

4

JUSTIÇA MILITAR, ESCABINATO E ACESSO À JUSTIÇA JUSTA

Fernando José Armando Ribeiro¹

RESUMO

A temática do acesso à Justiça está diretamente ligada a construção e efetividade do Estado Democrático de Direito. Todavia, as dimensões estrutural, procedimental e material do acesso à Justiça seriam destituídas de sentido se não concebêssemos a possibilidade de acesso à uma Justiça justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso a Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daqueles a que elas se destinam. A especialização de conhecimentos que do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será chamado a resolver.

A moderna hermenêutica nos ensina que o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. O caso concreto reflete uma nova situação na qual o intérprete tem que renovar a efetividade da norma.

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade da Califórnia em Berkeley (EUA). Doutor em Direito pela UFMG. Professor da PUC Minas. Vice-presidente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

Tal efetividade não se consegue simplesmente com a busca de reconstrução da intenção original do legislador, mas da mais correta apropriação das pré-compreensões envolvidas no contexto de aplicação.

Considerando-se o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, pois seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete, em termos gadamerianos, remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhe tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico.

Palavras-chave: 1. Acesso à Justiça. 2. Adequação. 3. Hermenêutica. 4. Pré-compreensão.

ABSTRACT

The issue of access to justice is straightly connected to the construction and effectiveness of the democratic rule of law. However, structural, material and procedural conditions to the access to justice would be meaningless unless we conceived the access to a fair Justice. The mere expansion of the formal system of access to justice by itself would be insufficient and fallacious if the judiciary is not structured to produce decisions that fit effectively to the situations of life and worldview of the parties. The specialization of knowledge that is required of the judiciary should not be just technical legal knowledge (called "dogmatic") or normative. But it is also required visceral approach to the existential world in which the conflicts emerge.

Modern hermeneutics teaches us that the interpreter of law accesses the normative text already provided with certain possibilities of meaning, of the pre-comprehensions that, far from revealing subjectivism or relativism in the interpretation, stand as conditions of possibility of all understanding. The case reflects a new situation in which the interpreter has to renew the effectiveness of the legal norm. Such effectiveness is not achieved simply by searching for reconstruction of the legislature original intention, but the most correct appropriation of the pre-comprehensions involved in the application context. Considering the hermeneutic circle, the interpreter of the law does not return from the fusion with the case or with the normative text in the same way that it came before. As their original pre-comprehension scan consolidate, modify, or even completed changed. Therefore, the hermeneutic circle brings us a better interpreter of the law. And better interpreter according to Gadameris intrinsically related to the extent descriptions are available and the higher integration between them.

The trials in military courts (Federal and State) has demonstrated the importance of the pre-comprehensions brought by military judges stemming from their vast experience in the barracks. Letting the military to be judged by peers is not to give him special treatment but guarantee the order, correction and justice. Especially if we consider that in the structure of Brazilian escabinato of the trial will also take part civilian judges endowed with proven experience and legal knowledge.

Keywords: 1. Access to Justice. 2. Appropriateness. 3. Hermeneutics. 4. Pre-comprehension.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A compatibilidade entre o escabinato e a moderna teoria do Direito; 3 O escabinato e o acesso à Justiça justa; 4 Conclusão; 5 Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Militar, como ramo especializado do Poder Judiciário, é ainda uma desconhecida da maior parte dos cidadãos e mesmo dos profissionais do Direito. Assim, faz-se alvo de críticas que, na maioria

das vezes, apenas atestam esse desconhecimento. A incompreensão começa pelo nome. Ao confundir o adjetivo militar com militarismo, e este com autoritarismo e autocracia, muitos são levados a pensar que a Justiça Militar seja um legado de regimes despóticos que se instalaram no Brasil. Nada mais falso! A Justiça Militar federal, que possui jurisdição sobre as forças armadas nacionais, é na verdade o mais antigo órgão do Poder Judiciário no Brasil, tendo sido criado 4 anos antes do próprio Supremo Tribunal Federal, quando da vinda da família real para o Brasil em 1808. No que diz respeito às Justiças Militares estaduais, foi com a Constituição (democrática) de 1934 que foi lançado o fundamento normativo para a sua criação.

Merece destaque especial o fato de que, já sob a égide da Constituição de 1988, além de terem sido expressamente inscritas como órgão do Poder Judiciário, tanto a Justiça Militar federal quanto a estadual, houve um notável fortalecimento desta última, com a substancial ampliação de sua competência advinda da EC/45, de 2004. A partir de então, além de processar e julgar os crimes militares previstos no CPM, a Justiça Militar estadual assumiu também competência cível, antes pertencente à Varas da Fazenda Pública e Autarquias da Justiça Comum, passando a julgar ações judiciais contra atos disciplinares militares. Foi profunda a transformação operada na Justiça Militar estadual desde então. Com o crescimento geométrico do número de processos, terminou por ser também alterado o próprio perfil dos Tribunais de Justiça Militar, que deixaram de ser Cortes de feições tipicamente penais, para tornarem-se também tribunais de caráter civil-administrativo. Todavia, como campeia o desconhecimento sobre a Justiça Militar, muitos ainda não se deram conta desta realidade, 8 anos depois e, quando se referem aos números da Justiça Militar estadual, fazem menção apenas a seus feitos criminais.

2. A COMPATIBILIDADE ENTRE O ESCABINATO E A MODERNA TEORIA DO DIREITO

Nos últimos anos, os juristas brasileiros têm podido assistir e tomar parte em ricas e profundas transformações no Direito. Dentre os fatores responsáveis por tal fenômeno hão de ser destacados os novos parâmetros normativos democráticos trazidos pela Constituição re-

publicana de 1988 e a busca por novos vetores da racionalidade jurídica. Após o chamado giro hermenêutico-linguístico-pragmático os juristas passam a se dar conta da necessária complementaridade entre filosofia e ciência. Se antes, tanto jusnaturalistas quanto positivistas assumiam como pressuposto uma “racionalidade naturalista totalizadora”, em nossos dias, as dimensões dialógica e aplicativa apresentam-se como postulados centrais do pensamento jurídico.

A partir dos estudos de Heidegger (1967; 1997), Hans-Georg Gadamer consubstancia um tratamento paradigmático capaz de radicar em novas bases a questão hermenêutica. Com Gadamer, a tarefa hermenêutica não é mais desenvolver um procedimento para a compreensão, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão” (GADAMER, 1997, p. 442). Portanto, tem-se uma nova e definitiva lição: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é investigar as categorias a partir das quais ocorre a compreensão.

O pensamento jurídico deve abrir-se então para uma hermenêutica jurídica crítica, compreendendo que o intérprete aplicador é responsável também pela atualização permanente do Direito, visto em toda a sistematicidade e abrangência inerentes a seu modo de ser no mundo. Pela hermenêutica de Gadamer a questão interpretativa deixa de colocar-se enquanto um problema metodológico, ou de simples técnica, para ser condição de possibilidade, à medida que a interpretação não é concebida como um meio de conhecer, mas como um modo de ser. A partir da obra *Verdade e Método*, a pergunta pelo sentido do texto jurídico é uma pergunta pelo modo como esse sentido se dá, qual seja, pelo ser que compreende e pelos horizontes de sentido. Assim, as questões levantadas por Gadamer atingem profundamente os marcos teóricos e/ou práticos da Ciência do Direito. Os métodos interpretativos ainda tão em voga no estudo do Direito não conseguem filtrar a situação hermenêutica do intérprete. No próprio modo de utilizar-se dos métodos interpretativos já se manifesta aquele que se propõe a deles lançar mão. Ressalte-se, todavia, que a Hermenêutica de Gadamer não pretende negar que o Direito possui uma delimitação de sentido. Ele próprio esclarece que:

A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do

Direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis, mas de uma ponderação justa de conjunto (GADAMER, 1998, p. 489)

Considerando o Giro Hermenêutico operado por Gadamer, pode-se dizer que o intérprete é produto da linguagem, que envolve os pré-conceitos advindos da tradição. A linguagem em Gadamer é pensada a partir de uma reflexão da filosofia analítica, tendo como aporte teórico, mais especificamente, a teoria dos atos de fala de Austin. Apreciando os estudos de Austin, Gadamer afirma que “a linguagem é o médium universal em que se realiza a própria compreensão”. Só pela linguagem se pode compreender, salientando que não se entende por linguagem apenas a descrição dos objetos. É pela linguagem que se compreende, na medida em que é por meio dela que se relacionam velhas descrições com outras novas, portanto, é por meio dela que se cria e age. (GADAMER, 1998, p. 566)

É isso que permitirá a Gadamer entrelaçar a dialeticidade intrínseca à relação entre pensamento e fala, como conversação, na dialética da pergunta e da resposta pertinente a interpretação de qualquer texto. Nesse sentido, chega o autor a dizer que “a lingüisticidade da compreensão é a concreção da consciência da história efetual” (GADAMER, 1998, p. 567). Não apenas a tradição, mas a própria compreensão tem natureza lingüística, portando uma relação fundamental com a lingüisticidade. Como diz Gadamer, o próprio mundo

é o solo comum, não palmilhado por ninguém e reconhecido por todos, que une a todos os que falam entre si. Todas as formas da comunidade de vida humana são formas de comunidade lingüística, e, mais ainda, formam linguagem. (GADAMER, 1998, p. 647).

A mundanidade lingüística do mundo em que desde sempre nos movemos constitui então condição de todas as nossas concepções. Não há um ponto de observação fora da história, assim como não há história sem linguagem. Compreende-se aí o caráter especulativo inerente à linguagem, na medida em que suas palavras não copiam o ente, mas deixam vir à fala uma relação com o todo do ser.

Se a compreensão é linguisticamente mediada, essa mediação é feita por meio de pré-compreensões. Nos termos de Gadamer, “não existe compreensão que seja livre de toda pré-compreensão, por mais que a vontade do nosso conhecimento tenha de estar sempre dirigida, no sentido de escapar ao conjunto de nossas pré-compreensões” (GADAMER, 1998, p. 709). A pré-compreensão seria uma antecipação prévia e difusa do sentido do texto influenciado pela tradição em que se insere o sujeito que o analisa. Noutros termos, é o produto da relação intersubjetiva que o hermenêuta tem no mundo. A pré-compreensão é parte formadora da própria compreensão, constitui ontologicamente a compreensão. Desse modo, como assevera Pereira não existe “possibilidade de compreender que se forme à margem do conjunto difuso de pré-compreensões advindas do horizonte histórico em que se situa o sujeito”. (PEREIRA, 2001, p. 28)

Portanto, a situação hermenêutica do homem já o encaminha a um objeto com um certo olhar. O fenômeno sempre é visto de forma mediada, é sempre representado. Não se conhece algo em sua plenitude, mas sempre algo enquanto algo.

Não obstante, Gadamer ressalta que o horizonte histórico não significa enclausuramento, mas abertura. Como coloca Pereira, a consciência do horizonte histórico permite melhor vislumbrá-lo rumo a um padrão mais correto (2001, p. 28). Pela noção do horizonte histórico chega-se à consciência da múltipla possibilidade de sentidos em que se reconhece “uma constante mobilidade de significados cambiantes em função de cada época”. (PEREIRA, 2001, p. 44)

Nesse sentido, pertinentes são as considerações de Souza Cruz, que, aludindo ao giro linguístico, explica que, como fruto da linguagem social o “magistrado deve deixar de contar apenas consigo mesmo (ou com o consolo de que sua decisão, em caso de erro, poderá ser revista pelo tribunal/instância superior)” (SOUZA CRUZ, 2001, p. 232). Como fruto da linguagem o magistrado conta com todos os seus pré-conceitos, desde suas mais remotas experiências (conscientes ou não), de sua formação humana e jurídica, até os elementos probatórios que se deram no curso regular do processo, argumentação das partes, etc. A compreensão do juiz não se dá em solidão, ou seja, dele para com ele mesmo e exclusivamente a partir dele, pois ocorre num processo jurisdicional em que são precípuos o contraditório e a ampla defesa.

Tanto o autor quanto o réu ao se manifestarem no processo em simétrica paridade participam da interpretação-compreensão-aplicação (lembrando que não constituem momentos distintos) da lei expressa no provimento final do juiz. Portanto, no momento de produção do provimento jurisdicional as partes, o dito e o contraditado, já aportam para o provimento jurisdicional uma série de pré-compreensões, as quais densificam a possibilidade de sentido normativo para muito além de uma suposta moldura das normas.

A revelação da atividade interpretativa enquanto indissociável da pré-compreensão do intérprete impõe-se à exigência de que o processo de interpretação seja aberto. Nesse sentido, torna-se ainda mais imprescindível a necessidade de aqueles que são legitimados participarem do processo para que venham a ser consideradas as suas próprias pré-compreensões, uma vez que sofrerão as consequências da compreensão/aplicação que se fizer da norma.

A lei, o processo e toda formação jurídica e de vida do hermenauta compõem suas pré-compreensões, às quais se fundem as novas leituras do texto legal que se seguirão, bem como a análise do caso concreto que surgir, as teses empregadas pelas partes, num círculo hermenêutico onde o saber do Direito não se fecha. Dessa forma, os métodos de interpretação devem ser entendidos como uma orientação aberta, incumbindo a eles salientar os aspectos que o intérprete deve levar em conta, mas consciente de que eles não têm o poder de esvaziar a interpretação das pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, para Gadamer, a compreensão do Direito não significa apenas um projetar do intérprete em direção a um significado, mas precipuamente a aquisição pela compreensão de novas e numerosas possibilidades, as relações nele implícitas, as conclusões que dele advém (2003, p. 41).

Na esteira de Gadamer, o intérprete do Direito já acessa o texto normativo munido de certas possibilidades de sentido, das pré-compreensões que, longe de revelarem um subjetivismo ou relativismo na interpretação, situam-se como verdadeiras condições de possibilidade de toda compreensão. Nesse sentido, para uma hermenêutica jurídica de viés gadameriano, o juiz só decide porque encontrou o fundamento. Como qualquer intérprete, há um sentido que é antecipado ao juiz – advindo das pré-compreensões – e nesse momento já se tem

a decisão. Portanto, o julgador não decide para depois buscar a fundamentação, mas só decide porque já encontrou o fundamento, que nesse momento é ainda uma antecipação prévia de sentidos tomada de pré-compreensões ainda não problematizadas. Obviamente, deve o magistrado testar e aprimorar o fundamento, e revê-lo a partir de uma racionalidade discursiva. É certo que muitas decisões parecem manifestar apenas o primeiro sentido, isto é, revelam tão somente a antecipação do sentido embebida pelas expectativas do juiz, sem maiores aprofundamentos. Daí advém o possível elo entre a hermenêutica e a teoria da argumentação. É que, se a decisão jurídica deve ser construída argumentativamente, não devem ser apenas as compreensões e pré-compreensões do Juiz que devem conformá-la. Para esses casos a parte que se sente prejudicada, acreditando não ter sido o direito devidamente interpretado, pode valer-se do duplo grau de jurisdição, que encontra aí um de seus mais sólidos fundamentos.

É relevante explicitar que, numa leitura gadameriana, mesmo após o aprofundamento de sentido, não se pode falar de uma verdade na interpretação como se fosse um conhecimento fixo. Para Gadamer pode-se ter num dado momento uma melhor interpretação, considerando a história efetual da norma, seu contexto, sua construção dialógica e processual. Todavia, essa interpretação não pode ser considerada como definitiva, uma vez que a interpretação acontece de forma circular e espiralada, em que a cada leitura, novos elementos e releituras fazem-na expandir.

Destarte, uma interpretação só pode ser melhor em relação ao um dado contexto, e nesse sentido o caso concreto ganha relevo. O caso concreto que reflete uma nova situação na qual o intérprete (o juiz é antes de tudo um intérprete) tem que renovar a efetividade da norma. Tal efetividade não se consegue simplesmente na tentativa de reconstrução da intenção original do legislador mesmo porque é ela uma tentativa fadada ao fracasso, considerando que a pré-compreensão daquele que interpreta faz parte do processo interpretativo. Renovar a efetividade da norma significa que ante um caso concreto o horizonte do intérprete, com todas as suas pré-compreensões (suas experiências de vida, seu estudo e vivência do Direito) funde-se com o horizonte legado pelas dimensões do próprio caso. E do inter-relacionamento

do horizonte próprio do intérprete com o do caso concreto nasce um novo, que, obviamente, como já pontuado, necessita ser aprofundado pelo intérprete sob o risco de expressar equívocos e pré-conceitos inautênticos. Dessa forma, a pretensão reguladora da norma é apenas o início de todo um processo hermenêutico em que se tem a aplicação produtiva da norma, uma vez que a compreensão não é um simples ato reprodutivo do suposto sentido original do texto.

Não obstante, considerando o círculo hermenêutico, o intérprete do Direito não retorna da fusão com o caso concreto ou com o texto normativo da mesma forma que nele entrou, porquanto seus pré-conceitos originais podem se consolidar, modificar, ou mesmo outros serem instaurados. Destarte, a cada caso concreto, ou a cada nova leitura do texto jurídico tem-se um novo intérprete, seja mais convicto de sua posição jurídica, seja dela reticente.

Portanto, ante o círculo hermenêutico tem-se um melhor intérprete do Direito. E melhor intérprete em termos gadamerianos remete à metáfora de amplitude na qual quanto mais descrições estiverem disponíveis e quanto maior a integração entre elas, melhor a compreensão do intérprete em relação ao objeto identificado por qualquer das descrições. Em termos mais gerais, compreender melhor o Direito é ter consciência efetiva da historicidade de sua aplicação, é ter mais a dizer sobre ele, é ser capaz de abrir-se para conjugar ditames normativos, institutos, experiências e teorias de uma maneira sempre renovada e ao mesmo tempo integrada a uma correta reconstrução da própria tradição.

3. O ESCABINATO E O ACESSO À JUSTIÇA JUSTA

A partir da segunda metade do século XX o tema do acesso à Justiça ganha grande importância nos debates mundiais sobre o Direito, tanto na academia quanto nas instâncias públicas e mais especialmente no âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, a Constituição democrática de 1988 veio a trazer toda uma renovação do pensamento jurídico no que tange às possibilidades de acesso à justiça. Tal ampliação, trouxe em seu bojo um profundo desafio aos órgãos vocacionados à aplicação do Direito, trazendo especialmente ao Judiciário uma situação paradoxal de crise e de crescente importância, na qual ele

ainda se encontra imerso. De fato, a tradição “judiciarista” da história republicana brasileira nunca foi tão incrementada.

Tal fenômeno foi muito bem reconhecido e destacado pelo Min. Sepúlveda Pertence em seu discurso de posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, quando assim se manifestou:

Desconheço outro texto constitucional – sejam os que a precederam, no Brasil, sejam os de direito comparado – que haja confiado, mais que a Constituição de 88, na solução judicial dos conflitos individuais e coletivos de toda ordem e aberto formalmente com tanta generosidade as vias de acesso à jurisdição aos cidadãos, às formações sociais intermediárias e ao Ministério Público, como instrumento de toda a sociedade. (1995, p. 46)

Numa de suas configurações mais concretas, acesso à justiça significa acesso aos valores constitucionais, numa extensão que permita a que os jurisdicionados introjetem em suas práticas e vidas as premissas do sistema constitucional democrático. Trata-se pois de uma das dimensões da ideia *deliving constitution* (a constituição viva), tão apregoada pela doutrina estadunidense, e que se torna irrealizável, ou mero artifício retórico, sem o pressuposto do acesso à Justiça. Permitir a vivência dos valores constitucionais implica na maior ampliação e efetividade do acesso dos cidadãos à Justiça, a fim de que esses possam levar-lhe seus anseios, suas angústias e, sobretudo, sua particular visão acerca do direito e dos valores por ele protegidos. Não há como chegar à constituição viva sem o efetivo acesso à Justiça. Mas não há sentido em se falar em acesso à Justiça se essa não puder manifestar-se de forma Justa. É que a ampliação do sistema formal de acesso a Justiça por si só seria insuficiente e gerador de números falaciosos se o Judiciário não se estruturar de forma a produzir decisões que se adequem efetivamente às situações de vida e à visão de mundo daqueles a que elas se destinam.

Trata-se do conceito mesmo de adequação, apanágio dos nossos tempos. É que a preocupação com o plano da aplicação leva os juristas de hoje a compreenderem, um pouco como Drummond, que “as leis não bastam, os lírios não nascem das leis” (1992, p. 102). Mas não são apenas os lírios que delas não brotam, não brotam também a justiça nem a efetivação de seus desideratos. Exige-se pois mais, exige-se

sobretudo a valorização das instâncias voltadas para a interpretação e aplicação do Direito. Não, todavia, com a ingenuidade dos que pretendem fazer do Judiciário um “*alter ego* da sociedade”, tampouco dos que pretendem fazer dos juízes justiceiros ou heróis, fonte por excelência do Direito ou parâmetro exclusivo da justiça. Nada disso pode encontrar sustentação nos tempos em que vivemos, onde a razão se assenhoreia das práticas jurídicas, e a intersubjetividade torna-se elemento imprescindível à realização do imperativo democrático. Os postulados do Realismo Jurídico norte-americano e da Escola do Direito Livre não mais devem encontrar ecos na vivência jurídica das sociedades democráticas hodiernas.

É grande a importância atribuída por nossos tempos ao Poder Judiciário. Mas dele espera-se mais e ao mesmo tempo menos do que o pretendido pelas aventadas escolas antiformalistas. Da Justiça espera-se que tenha estrutura e formação técnica e humana suficiente para realizar a justiça! Pois de nada adiantaria ao cidadão que lhe fossem franqueadas as portas abertas das Casas de Justiça, se essas não puderem atender adequadamente aos seus reclamos, não compreender a extensão de seus conflitos, se não puder vislumbrar, com experiência e conhecimento, a vastidão dos elementos que permeiam os seus dramas. O tempo do *da mihifactumdabotibi jus* resta superado, e hoje a produção do direito exige uma participação conjunta e mais efetiva dos destinatários dos provimentos jurisdicionais em sua produção. Como nos lembra Aroldo Plínio Gonçalves,

o processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. Chega-se assim, ao processo como espécie de procedimento realizado através do contraditório entre os interessados, que, no processo jurisdicional, são as partes. (1992, p. 113-114)

É tempo de quebra de antigas dualidades, entre as quais se encontra a separação entre situação de fato e situação de Direito. Não há mais sentido em sustentá-las, pois ambas coexistem e são condição de possibilidade uma da outra. Logo, a especialização de conhecimentos que

do Judiciário se exige não deve ser apenas do conhecimento técnico-jurídico (dito “dogmático”) ou normativo. Mas exige-se também uma aproximação visceral com o mundo existencial do qual emergem os conflitos que será a chamado a resolver. Esse é o pressuposto de sustentação de antigos e imprescindíveis institutos como o Tribunal do Júri e o Escabinato (ou escabinado), todos representantes de um gênero tão antigo quanto fundamental na história humana: os *tribunais populares*.

As origens dos tribunais populares é bastante remota e não encontra consenso entre os historiadores, havendo muitos que as remetem às conformações primitivas do Direito grego, com o instituto das *Dikastas*. Outros, contudo, atribuem sua origem às *Judice Juratis* do Direito romano. (SANTOS, 2013)

Pelas fontes históricas que nos chegam, dúvidas não remanescem sobre as fundações do tribunal popular na *Magna Charta* inglesa de 1215. De fato, esse documento emblemático na história do constitucionalismo, para muitos o primeiro esboço histórico das constituições modernas, parece conter uma notável explicitação dos pressupostos que regem o conceito de tribunal popular e de juiz natural. Dentre seu vasto rol de matérias e disposições, podemos destacar as seguintes cláusulas:

20. Um homem livre não será punido por um delito menor a não ser segundo o grau (reduzido) do delito; por um delito grave a punição será também grave, mas sem prejuízo das prerrogativas inerentes à sua posição social (...) e nenhuma das penas citadas será aplicada, a não ser mediante juramento de homens probos da vizinhança.

21. Condes e barões não serão punidos, senão por seus pares e unicamente em proporção à gravidade do delito cometido.

39. Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens, banido ou exilado ou, de algum modo, prejudicado, nem agiremos ou mandaremos agir contra ele, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*per legem terre*). (Apud COMPARATO, 1999, p. 70-71)

Cabe frisar que a expressão *per legem terre*, que aparece tão frequentemente nos preceitos relativos ao Juiz Natural e ao devido pro-

cesso legal nos prenúncios do constitucionalismo moderno, podem ser vistos também como pressupostos estruturantes do conceito de escabinato, uma vez que são conceitos basilares para o instituto dos tribunais populares. É que, na acepção conceitual do preceito do *per legem terre* – radicado na origem e na estrutura do conceito de Constituição na modernidade – situa-se, com grande destaque, a ideia segundo a qual os jurisdicionados devem ter assegurada a garantia de que seus julgadores compartilhem de um mesmo espectro de vivências, ações e sentidos historicamente partilhados, ou seja, de um mesmo “mundo da vida”, se quisermos usar a expressão habermasiana.

São esses sentidos partilhados condição de possibilidade para se obter um julgamento justo, uma vez que, sem os mesmos, faltar-lhes-ia o elemento *adequabilidade*. Assim, por mais conhecimento técnico-normativo que tivessem os julgadores, a falta de compreensão mais precisa da extensão de sentidos partilhados constitutiva das vivências às quais aquela normatividade se destina levaria a que as decisões pudessem resultar em profundas injustiças. Nesse sentido, é importante destacarmos que a temática da adequação entre o preceito normativo e as situações fáticas a que ele se destina tem sido uma tônica de nossos tempos, os tempos do pensamento pós-positivista (ou não positivista). Mas sua importância já foi detectada muito antes, nos primórdios do pensamento ocidental na antiguidade clássica e na Idade Média, onde não podemos desconsiderar as importantes contribuições dadas por Aristóteles e por São Tomás de Aquino, ao falarem na *phronesis* e na *prudentia* como virtudes sapienciais imprescindíveis ao julgador.

No Livro VI da *Ética a Nicômaco*, Aristóteles define a *phronesis* como uma capacidade racional de agir e decidir em face de situações que são boas ou más para o homem (2007, *passim*). Segundo Berti a *phronesis*

para Aristóteles é uma virtude, ou melhor, a mais elevada virtude da parte calculadora da alma racional, isto é, a razão prática. Ela, com efeito, é por ele concebida como a capacidade de deliberar bem, ou seja, de calcular os meios necessários para alcançar um fim bom. (BERTI, 1998, p 146)

Ademais, conforme lembra Salgado (1995, p. 44), justiça expressa pela lei positiva é uma justiça abstrata, já que a lei tem de prevenir

casos futuros sem consideração das particularidades que envolvem cada fato, podendo, com isso, sua aplicação mecânica não corresponder à justiça, resultando pois na célebre afirmação de Cícero, segundo a qual, *summuniussummainuria*.

São Tomás de Aquino, por sua vez, reelabora o conceito aristotélico ao escrever sobre a prudência (*prudentia*) na parte II-II, questões 47 a 56 da Suma Teológica. Segundo o escolástico, a prudência diz respeito a reta razão aplicada ao agir, tendo seu âmbito de aplicação nas questões de razão prática. Nas suas palavras, “este é o papel da prudência: aplicar os princípios *universais* às conclusões *particulares* do âmbito do agir”. (2004, p. II-II, 47, 6).

Resta pois evidenciada a imprescindibilidade do senso de equidade no momento de aplicação da lei como requisito para uma decisão justa. Esse senso de equidade, na visão dos citados pensadores do mundo antigo e medieval era fundada em elementos de caráter moral, residindo em uma virtude do próprio julgador. Sabemos que essa é uma diferença marcante para com as teorias contemporâneas que trabalham com o denominado senso de adequabilidade (GÜNTHER; HABERMAS) no momento da aplicação. Ambas têm em comum a valorização do momento de aplicação e a convicção de que a justiça só se torna concreta e efetiva a partir da conjunção dos parâmetros normativos abstratos com as premissas particulares e argumentativas do caso. Todavia, as teorias contemporâneas procuram outro fundamento normativo para tal juízo de adequação, que não seja de natureza moral.

Nesse sentido, Günther (2003) afirma que a metáfora do olhar é provavelmente uma das mais citadas na teoria do Direito, e que ela significa que no momento do discurso de aplicação normativa é preciso considerar todas as características relevantes da situação para a construção de uma decisão justa. Contudo, Günther aponta que quase todos os critérios para uma decisão justa levam ao contexto do pano de fundo confeccionado pela tradição e pelas ideologias jurídicas que funcionam como um tipo de “pré-compreensão” para a escolha de uma norma em face do caso concreto. Essa pré-compreensão reside na interpretação de normas, justificações e preconceitos que, de alguma maneira, são ordenados de forma coerente. E é a partir daí que

realizamos nossa escolha ao procurarmos uma norma relevante para a solução de um caso concreto.

A extensão e importância conceitual do princípio do juiz natural é tamanha que, na visão de ilustres processualistas “o princípio do juiz imparcial decorre do juiz natural, afinal, este, sem aquele não tem finalidade útil”. (*Apud* SANTOS, 2013) Segundo Nucci (*Apud* SANTOS, 2013)

é certo que o princípio do juiz natural tem por finalidade, em último grau, assegurar a atuação de um juiz imparcial na relação processual. Entretanto, por mais cautela que se tenha na elaboração de leis, é possível que um determinado caso chegue às mãos de um magistrado parcial. Essa falta de isenção pode decorrer de fatores variados: corrupção, amizade íntima ou inimizade capital com alguma das partes, ligação com objeto do processo, conhecimento pessoal sobre o fato a ser julgado, etc.

O acesso à Justiça justa para os militares só se torna possível graças a essa construção notável, portadora de algumas das melhores e mais vanguardistas concepções acerca do juiz natural. Deixar que o militar seja julgado por pares não é dar-lhes tratamento privilegiado, mas garantia de ordem, de correção e de justiça. Sobretudo se considerarmos que na estrutura do escabinato brasileiro, do julgamento também tomarão parte juízes civis, dotados de comprovada experiência e conhecimento jurídico, integrantes dos Tribunais de segunda instância e, em primeiro grau, juízes de direito concursados e integrantes da carreira da magistratura, aos quais hoje se atribui, na Justiça Militar estadual, a presidência do colegiado (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça) e a atribuição de redigir a sentença produzida pelo órgão colegiado.

São, portanto, muito atuais, e dotadas de grande sentido as palavras proferidas pelo Ministro Moreira Alves (1998, p. 3-6) quando diz que:

Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiossincrasias da carreira das armas, não estando, pois, em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas.

Refletindo ainda sobre a imprescindível contribuição do escabinato para a concretização da justiça, temos a importante lição de Laurentino Filocre, que assim se posiciona:

As Justiças Militares [...] têm que ser fator de referência e de equilíbrio comportamental de maneira que iniba a ação criminosa, desestime a violência e controle a força e, igualmente, dê segurança psicológica ao policial militar de que a ação legítima deve ser praticada sem temores; que o julgamento dos seus atos será feito por quem conhece as vicissitudes e riscos da sua profissão; que sua vida e seu futuro merecem apreço e respeito. (FILOCRE, 1987, p. 93)

A prática dos julgamentos na Justiça Militar (Federal e Estadual) tem demonstrado a grande importância das pré-compreensões trazidas pelos juízes militares, advindas de sua vasta experiência na caserna. É preciso destacar que se aplicam aqui também os argumentos que ao longo dos tempos uma plêiade de juristas notáveis tem sustentado em favor do Tribunal do Júri, com aprimoramentos. É que na Justiça Militar há algumas variáveis que conferem aos julgamentos dos seus órgãos ainda maior coerência e legitimidade. Como se viu, diferentemente do Tribunal do Júri, na Justiça Militar existe participação conjugada tanto de juízes leigos (militares com vasta experiência profissional) como de juízes togados (detentores de conhecimento técnico-jurídico) na decisão final de processos de competência dos Conselhos de Justiça (em se tratando de julgamentos de 1ª instância) e em todas as decisões colegiadas, em se tratando dos Tribunais de Justiça Militar ou do Superior Tribunal Militar. Merece destaque também o fato de que, segundo o CPPM (art. 438, parágrafo 2º), nos julgamentos dos órgãos colegiados de 1ª instância (Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça), a redação final da sentença deve ficar ao encargo do Juiz de Direito (togado) que o preside. Esse, no entanto, deve evidentemente reproduzir, ainda que vencido, a decisão majoritária.

O escabinato tem como função precípua, como diz Maria Elizabeth Teixeira Rocha, “permitir aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos magistrados civis”. (2013) Dessa forma, a Justiça Castrense garante

“uma aplicação justa e humana do direito militar”, na lição do Ministro Carlos Alberto Marques Soares. (*Apud* ROCHA, 2013)

Percebe-se, portanto, uma feliz ampliação e enriquecimento das pré-compreensões, tornando as decisões mais justas por propiciarem uma junção da formação e vivência profissional dos magistrados militares com a formação técnico-jurídica dos julgadores togados. De fato, como pondera Patrícia Silva Gadelha

em decorrência da particularidade das atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas, nada mais justo que os militares que pratiquem crimes militares sejam julgados por pessoas que conhecem o dia-a-dia da atividade militar e estejam submetidos a uma legislação especial. (GADELHA, 2013).

Essa especialidade, todavia, não compromete o princípio da isonomia, uma vez que a definição do crime militar dá-se pelo critério objetivo *ratione legis*, e não *ratione personae* ou *ratione materiae* (crimes cometidos por pessoas pertencentes às forças armadas, ou infrações específicas ou funcionais da profissão militar) os quais foram instituídos pelo Império Romano e pelo Direito Germânico. O critério adotado pelo Brasil desontologiza qualquer adjetivação militarizante que se atribua aos crimes militares e traduz, em derradeira análise, submissão à potestade civil da soberania estatal, tão bem consubstanciada no Poder Legislativo.

4. CONCLUSÃO

A fundação da modernidade foi marcada pelo compromisso dos homens com determinados valores então convertidos em preceitos jurídicos de força normativa constitucional. Entre eles, destaca-se, com grande evidência, a segurança pública. Segundo filósofos do porte de Hobbes, Locke e Rousseau, sua busca constitui-se na razão de ser da própria criação do Estado de Direito. Sua presença reflete-se tanto na declaração de 1789, como na célebre Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, que no seu artigo 3º dispõe que: “Todo indivíduo tem o direito à vida, à liberdade e à *segurança pessoal*.” Ao contrário do que alguns pretendem fazer crer, segurança pública é sim direito fundamental de primeira grandeza! No Brasil, esta carece de

concretização e efetividade, não de redução do aparato institucional voltado para garanti-la.

A Justiça Militar é a responsável pela manutenção da ordem no interior das instituições militares, instituições essas que possuem a atribuição constitucional de garantia e preservação da ordem democrática brasileira. Como já deixou consignado o Min. Ayres Britto, em voto lapidar proferido como presidente do Supremo Tribunal Federal, a ordem democrática é

o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da tripartição dos poderes e o modelo das Forças Armadas. (HC 103.684/DF)

A preservação da ordem das corporações militares adquire, pois, estatura constitucional, e os princípios da hierarquia e disciplina veem-se incorporados ao princípio constitucional da ordem democrática. Pois não podem concorrer para a preservação da ordem democrática as instituições militares que não conseguirem preservar a ordem interna às próprias corporações. Recentes e tristes eventos ocorridos em Estados como a Bahia e o Rio de Janeiro, destituídos de Tribunais de Justiça Militar, evocam a reflexão de outro grande presidente do STF, o Min. Carlos Velloso, para quem, “sem as Justiças Militares, as instituições militares correriam o risco de se tornarem bandos armados”. Ademais, ao pensarmos no quadro de atentados e violações que recentemente vinha ocorrendo em São Paulo e ameaçava espalhar-se pelo país, devemos ter presente a realidade de que ordem e disciplina nas instituições vinculadas à segurança pública tornam-se imperativos fundamentais para evitarmos a formação de milícias e soluções paralelas ao Estado. Afinal, como bem adverte Lênio Streck, “este é o caminho para a barbárie. Um enfrentamento *ad hoc*. Fora das redes oficiais. Aí, sim, veremos a guerra!” (STRECK, 2012)

Como vimos neste artigo, o escabinato cumpre um papel central na conformação e estrutura da Justiça Militar brasileira (federal e estadual), sendo responsável por maior densificação e concretude ao princípio do juiz natural. Considerando-se que vivemos em uma era em que a preocupação com a acesso à Justiça já superou parâmetros exclusivamente materiais e instrumentais, alcançando também a qualidade, legitimida-

de e correção das decisões judiciais, o escabinato torna-se instituição diretamente ligada ao desiderato do acesso à Justiça. Em tempos em que a correção normativa das decisões jurisdicionais revela-se de superlativa importância, e em que o modelo de interpretação e aplicação lógico-silogístico apreçoado por escolas positivistas parece superado, o escabinato apresenta uma face de surpreendente atualidade e um lastro conceitual de enorme vigor. É por meio dele que teremos assegurada, no âmbito da Justiça Militar, uma das premissas fundamentais e estruturantes do acesso à Justiça: o de que esta seja uma Justiça justa.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. A Justiça Militar da União, pelo seu novo presidente. *Direito Militar – Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, Florianópolis, n. 13, 1998.

ANDRADE, Carlos Drummond de. *Poesia e prosa*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 1992.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica: a fé, a esperança a caridade, a prudência: volume 5*. São Paulo: Loyola, 2004.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Bauru/SP: Edipro, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 103.684/DF. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, acórdão de 12 de abril 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 13 de abril de 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFE, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FILOCRE, Laurentino de Andrade. Justiça Militar estadual: proposta para a Constituinte. In: POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS. *Policia Militar e Constituição: visão de estadistas, políticos, juristas e profissionais de segurança pública*. Belo Horizonte: 1987, p. 83-94.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. *O Problema da Consciência Histórica*. Org. Pierce Fruchon. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro/RJ: FGV, 2003.

GADELHA, Patrícia. Entendendo a competência e a importância da Justiça Militar da União. In: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1102>>. Acessado em: 26 de abr. 2013.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GÜNTER, Klaus. *Justificação e aplicação universalistas da norma no direito e na moral*. Tradução de José Emílio Medauar Ommati. [S.l.] 2003. Mimeografado.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Boston: The Massachusetts Institute of Technology Press, 1999.

HEIDEGGER, Martin. *Sobre o Humanismo*. Trad. Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro/RJ: Tempo Brasileiro, 1967.

HEIDEGGER, Martin. *Ser y Tiempo*. Trad. Jorge Eduardo Rivera Cru- chaga. Santiago: Editorial Universitária, 1997.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. *Um poder independente – discurso de posse como presidente do STF*. Brasília: AMB, 1995.

RIBEIRO, Fernando Armando. *Conflitos no Estado Constitucional De- mocrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A justiça militar da União da Constituição de 1988. In: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8796>. Aces- sado em: 27 de fev. de 2013.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A idéia de justiça em Kant*. Belo Horizon- te: UFMG, 1995.

SANTOS, Celso Rodrigo Lima dos. Tribunal do júri e escabinato da jus- tiça militar brasileira: duas faces da mesma moeda. In: <[http://jus.com. br/revista/texto/23491/tribunal-do-juri-e-escabinato](http://jus.com.br/revista/texto/23491/tribunal-do-juri-e-escabinato)>. Acessado em: 08 de abr. de 2013

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito brasileiro*. Rio de Janeiro, RJ: Lumens Juris, 2006.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Processo Constitucional e a Efetivi- dade dos Direitos Fundamentais. In: *Hermenêutica e Jurisdição Consti- tucional*. Coord. José Adécio Leite Sampaio e Álvaro Ricardo de Souza Cruz. Belo Horizonte/MG: Del Rey, 2001.

STRECK, Lênio. *As razões pelas quais o Estado não pode se “acadelar”*. Consultor Jurídico, 2012. In: <<http://www.conjur.com.br/2012-nov-13/lenio-streck-razoas-pelas-quais-estado-nao-acadelar>>. Acessado em: 13 de nov. de 2012.