

Direito Militar: Memória e Propostas de Trabalho

Boulesis Editora

CONSELHO EDITORAL

Ana Stela Vieira Mendes Câmara	Antônio Jorge Pereira Júnior
Beatriz Rêgo Xavier	Bruno Leonardo Câmara Carrá
Carlos César Souza Cintra	César Oliveira Barros Leal
Clarissa Sampaio da Silva	Daniel Mota Gutiérrez
Daniel Gomes de Miranda	Emerson Castelo Branco Mendes
Fabiano Silva Távora	Gabrielle Bezerra Sales
George Marmelstein Lima	Gustavo Cesar Machado Cabral
Hugo de Brito Machado Segundo	Isabel Cecília de Oliveira
Janáinia Soares Noleto Castelo Branco	Jorge Bheron Rocha
José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque	Juliana Cristine Diniz Campos
Juraci Mourão Filho	Marcelo Lima Guerra
Napoleão Nunes Maia Filho	Paula Saleh Arbs
Pedro Henrique de Araújo Cabral	Raquel Ramos Machado
Raquel Coelho Lenz César	Roberta Madeira Quaranta
Sheila Cavalcante Pitombeira	Tarin Cristino Frota
Tiago Asfor Rocha Lima	Mont'Alverne
	William Paiva Marques Júnior

DIREITO MILITAR

MEMÓRIA E
PROPOSTAS
DE TRABALHO

ORGANIZAÇÃO
SUSI CASTRO SILVA

©Copyright by Boulesis Editora

CONTATOS:

boulesiscontato@gmail.com

*Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica feita pelo autor*

S586

Direito Militar: memória e propostas de trabalho /Susi Castro
Silva [organizadora]. – Fortaleza: Editora Boulesis, 2017.

270 p.: 14x 21 cm

ISBN: 978-85-5848-017-8

1. Direito Militar. 2. História do Direito. 3. Justiça Militar. I. Silva, Susi Castro. III. Título.

*CDD:
343.81*

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Marcus Fábio Silva Luna

ix

MEMÓRIAS DO DIREITO MILITAR NO BRASIL E SUAS PERSPECTIVAS

Susi Castro Silva

1

A LEI, A NORMA E OS MILITARES ESTADUAIS

Anderson Duarte Barboza

Fábio Gomes de França

31

A LIMITAÇÃO DA APLICABILIDADE DO HABEAS CORPUS PELO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NAS PUNIÇÕES DISCIPLINARES MILITARES

Rodrigo Ribeiro de Vasconcelos

63

**GREVE DE MILITARES, ANISTIA E DIÁLOGOS
CONSTITUCIONAIS**

Fernando Hugo Miranda Teles

103

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO DOS
DIREITOS POLÍTICOS DOS MILITARES NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA
DE 1988**

Arlindo da Cunha Medina Neto

Taís Medina Lopes de Freitas

145

**A RESPONSABILIDADE
ADMINISTRATIVA DO AGENTE
PÚBLICO MILITAR SOB A ÓTICA DO
DIREITO PENAL MILITAR**

André Luis Nunes Vidal

163

**O ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE
CASERNA**

Carlos Eduardo Nascimento

Lucas Coelho Nabut

197

**DIREITO À INDENIZAÇÃO POR
HABITAÇÃO AOS MILITARES QUANDO DA
NÃO APLICAÇÃO DO SISTEMA DO PRÓPRIO
NACIONAL RESIDENCIAL - PNR - COM
ESTUDOS DE CASOS**

Carla Núbia Nery Oliveira

Memórias do Direito Militar no Brasil e Suas Perspectivas

*Susi Castro Silva*¹

Introdução

O Direito Militar é sub-ramo do Direito Público. Em sua origem como sistema jurídico autônomo, destinava-se predominantemente a disciplinar as legiões romanas. Na atualidade, é um vasto ramo jurídico especializado, que regulamenta toda a dinâmica castrense, tais como a burocracia

¹ Mestranda e Bacharel em Direito pela UFC. Pós-graduanda em Direito Público pela Faculdade Damásio. Especialista em História Militar pela Unisul. Graduada em Letras pela Unime. Serviu no 1º/7º Grupo de Aviação Patrulha da FAB. Advogada. Servidora Pública na UFC. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB-CE.

administrativa de pessoal, de suprimentos e de material bélico, os uniformes, os cerimoniais, os aspectos penais e processuais penais militares, as questões constitucionais e previdenciárias específicas, bem como a disciplina militar.

Conforme Machado Neto (1987), nas origens primitivas do direito ibérico está o Direito Militar romano, que foi herdado pelo direito português e, através deste, trazido ao Brasil em conformidade com as necessidades portuguesas de colonização. O sistema de direito militar romano-lusitano, portanto, foi o primeiro modelo jurídico militar adotado na terra *brasilis*². As normas portuguesas foram sendo aos poucos adaptadas às peculiaridades brasileiras, até que fosse construído o modelo pátrio.

Consideramos como tendo sido as primeiras normas com teor militaristas operantes no Brasil: a Carta de Doação de 10 de março e o Foral de 4 de setembro, ambos de 1534; o “Termo” de 1542, aprovado pelos próprios colonos, na Vila de São Vicente; e as disposições do regimento do governo geral do Brasil de 1548. Apesar de destinados à regulamentação e à concessão de poderes aos primeiros agentes colonizadores, tais normas continham (em algum nível) matéria militarista, dispondo sobre competência penal, processual, administrativa e disciplinares.

Após a Proclamação da República, conforme Brasil (2004),

² “*Terra brasilis*” é a expressão utilizada para denominar o Brasil enquanto era terra dos índios, antes da chegada dos europeus, mas também no início do processo de colonização.

a Lei nº 314 de 30 de outubro de 1895 estabeleceu um currículo único para os Cursos de Direito brasileiros, que tinham duração de cinco anos. Em tal currículo, o Direito Militar, como disciplina autônoma, deveria ser estudado no 3º ano. Este currículo se manteve com o mesmo núcleo até 1962, quando o Conselho Federal de Educação modificou a concepção de “currículo único”, para a concepção de “currículo mínimo”, em conformidade com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 4.024 de 1961. Hoje, depois de várias modificações curriculares, poucas instituições de ensino superior possuem o Direito Militar ao menos na grade de disciplinas optativas.

Apesar do quase nenhum fomento ao avanço científico na matéria, vários estudiosos brasileiros dedicaram-se ao estudo do Direito Militar. No século XX, destacamos Hélio Lobo, Chrysólito de Gusmão, Esmeraldino Bandeira e Luiz Carpenter. Após a Constituição Federal de 1988, sob a inspiração do neoconstitucionalismo, destacamos Eliezer Pereira Martins, Jorge César de Assis e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa.

Neste trabalho, pelo método histórico-descritivo, pretende-se realizar um levantamento das principais contribuições dos juristas no âmbito do Direito Militar brasileiro, bem como traçar perspectivas para novos estudos, tendo em vista a tendência neoconstitucionalista, os direitos fundamentais e os princípios jurídicos da ordem constitucional brasileira.

1. As principais contribuições de juristas brasileiros no âmbito do direito militar, anteriores à constituição de 1988

Em princípio, o Direito Militar brasileiro foi sendo moldado a partir de ajustes demandados pelos próprios chefes militares, e a partir de críticas de parlamentares e demais líderes políticos. Os Artigos de Guerra do Conde Schaumburg-Lippe de 1762, que continham austeras cláusulas penais elaboradas para conter a indisciplina das tropas portuguesas, foram importados para o Brasil com o mesmo intuito. Porém, segundo Magalhães (1998), considerando pouco eficaz e “prejudicial ao soldado” no Brasil, o coronel alemão Böhm propôs a substituição das penas de prisão e/ou multa, no caso de faltas leves, por bengaladas ou pranchadas.

Já as Comissões Militares que, segundo Ribeiro (2008), foram criadas para processar e julgar rapidamente os líderes das insurreições regionais que ocorreram após a Independência, foram duramente criticadas pelos políticos liberais. Como os processos e julgamentos ocorriam sumariamente, e como os desvios de conduta dos militares eram julgados pelos próprios comandantes das unidades em que serviam, os políticos liberais consideravam tais Comissões abusivas. O próprio Conselho Supremo Militar, por sua vez, foi alvo de um projeto que propunha a sua extinção, porém sem êxito.

Durante todo o período monárquico, a legislação penal militar não era sistematizada. Porém,

Desde 1802 buscava-se uma maneira de codificar a legislação penal militar, cujo projeto foi revisto em 1816 e aprovado por alvará de 7 de agosto de 1820, embora jamais tenha sido posta em execução. Apesar de tal esforço e da evidente existência daquele órgão judiciário, a Constituição Política Brasileira, de 25 de março de 1824, não cogitou da Justiça Militar. Prosseguiu-se na busca de uma organização para aquela legislação. (RIBEIRO, 2008, p. 28).

No intuito de construção de um arcabouço jurídico “moderno” para o país, a Constituição de 1824 trouxe inovações ideológicas em relação às Ordenações Filipinas, adotando, por exemplo, os princípios da legalidade e da pessoalidade da pena. Mas o primeiro Código brasileiro somente foi promulgado em 1830, qual fora o Código Criminal do Império do Brasil.

Os primeiros juristas provenientes de faculdades brasileiras, por sua vez, somente viriam a ser formados após a Independência, quando foram criadas as primeiras faculdades de Direito no Brasil, em Olinda e em São Paulo, pela lei de 11 de agosto de 1827. Naquela época, o intuito era ter o Direito como instrumento de viabilização de interesses políticos, tendo em vista que tanto os juristas, quanto os militares, detinham prestígio social, dado o potencial poder político decorrente de suas carreiras. Dentre militares e bacharéis em Direito, formaram-se ministros, senadores, governadores, e outros que “ditaram os destinos do

país.” (SCHWARCZ, 1993, p. 142).

Assim, conforme Schwartz (1993), essas primeiras faculdades tinham a tarefa de formar juristas com a “responsabilidade de fundar uma nova imagem para o país”, “uma nova consciência” e de promover o “desenvolvimento de um pensamento político próprio”, novas leis, e uma nova Constituição. Eram os “eleitos da nação” os responsáveis por “abrasileirar” o sistema jurídico português que vinha sendo adotado no Brasil: “tinham como meta a elaboração de um código único e desvinculado da tutela colonial, bem com a formação de uma elite intelectual nacional mais autônoma” (SCHWARTZ, 1993, p. 24).

1.1 As Contribuições de Hélio Lobo

Em 1903, o diplomata mineiro Hélio Lobo Leite Pereira bacharelou em Direito pela Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro e, já em 1906, publicou a obra *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. Nesta,

invocou a teoria evolucionista de Spencer para defender cientificamente, (...), o unionismo penal entre o Direito Militar e o Direito comum. Também defendeu a escola inovadora que pregava a “unidade de organismos legais”: códigos e tribunais indistintos para civis e militares. (SILVA, 2016, p. 233).

O autor propunha uma reforma que julgava ser essencial e indispensável para a supressão da “repressiva” autonomia militar, e para entregar o soldado ao direito comum. Para ele, à armada competiria o papel de “guarda da segurança nacional” e não o de constituir “um fórum ou um palácio de Justiça” (LOBO, 1906, p. 209). Outro argumento apresentado pelo autor com vistas à abolição dos tribunais militares era que a função judicante deveria pertencer apenas ao magistrado civil, independentemente de se estar em tempo de guerra ou de paz. Lobo (1906) considerava a Justiça Militar um privilégio de classe, ao mesmo tempo em que a considerava uma forma de opressão do superior para com o subordinado. Para Silva (2016, p. 238), este entendimento aparentemente contraditório continha na realidade uma crítica às “duas vertentes do poder militar que, apesar de originariamente judicantes, poderiam prestar-se à consecução de interesses políticos”.

Para propor cientificamente a unificação entre o código militar e o comum, Hélio Lobo (1906, p. 43) seguiu um método:

Dividida a exposição, portanto, em duas partes, - 1ª, a paz - 2ª, a luta, - na primeira se pesquisará o problema da supressão da autonomia da lei criminal repressiva, sob o aspecto exclusivamente jurídico. Analysaremos, então, o unionismo penal em relação ao direito criminal, ao direito constitucional, e, addicionada uma partícula de philosophia. - á lei de evolução de Spencer. Applicando-se, forçosamente, as idéas que ahi

forem emittidas, aos períodos de luta ou guerra, na parte segunda, relativa a estas, trataremos de saber se existirão razões políticas abonadoras da judicatura militar entregue a meros soldados.

Conforme Silva (2016), em *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*, Hélio Lobo esforça-se para realizar um estudo de direito comparado, no intuito de exemplificar como alguns países lidavam com o Direito Militar naquela época, e que haveria uma tendência mundial para a sua unificação com o Direito comum. Na Itália, segundo Lobo (1906), a autonomia militar repressiva teria demonstrado incapacidade para atingir os fins pretendidos. Na “União Americana”, o autor indicava que sentenças civis corrigiam os excessos das cortes marciais. A Inglaterra, conforme Lobo (1906), teria “ódio” pelos exércitos permanentes, e fazia prevalecer as leis civis do *common law*. Na Grã Bretanha, mesmo nos momentos de “convulsões internas”, teria prevalecido a lei civil.

Outro ponto audaz na obra de Hélio Lobo, segundo Silva (2016, p. 235),

é sua argumentação sobre a justiça militar especializada também não se fazer necessária durante a guerra, bastando que a justiça civil se abstivesse de determinadas exigências “de direito”, para que julgasse mais rápido, apesar de que somente por isto seria mais injusta.

O autor ainda arrojou-se em criticar as penas militares, afirmando que os castigos não possuíam eficácia, e que a sociedade poderia subsistir e até mesmo prosperar se eles fossem suprimidos.

Hélio Lobo destaca-se, portanto, por ter sido um jurista de vanguarda no âmbito do Direito Militar, discutindo aspectos estruturantes e propondo profundas mudanças, ainda no início do século XX. A proposta de extinção da Justiça Militar, por exemplo, continua sendo debatida, e com ferrenhos adeptos, na atualidade.

1.2 As Contribuições de Chrysólito de Gusmão

Outro expressivo jurista na área do Direito Militar foi o magistrado e professor Chrysólito Chaves de Gusmão. No âmbito do Direito Militar, publicou, em 1914, *A Competência dos Tribunais Militares*; e, em 1915, *o Direito Penal Militar*. Neste, segundo Silva (2016), Gusmão adota a teoria da solidariedade social para explicar por que os exércitos devem ser disciplinados de forma diferenciada, conforme a sociedade a que pertencem. Para Gusmão (1915, p. 4), “A evolução social impregna de feições características, diversas e justapostas, a tática e a disciplina militares”. Ao analisar a disciplina militar dos exércitos dos povos antigos, Gusmão (1915) conclui que dado o paralelismo entre o organismo militar e o social, a disciplina é fenômeno sociológico complexo, que deve ser tratado como produto da solidariedade orgânica.

Gusmão (1915) também analisa a possibilidade de unir o Código Penal Militar ao Código Penal comum. Segundo Silva (2016, p. 239), o autor até vislumbra a vantagem da aplicação dos mesmos princípios em ambos os códigos. Porém, termina por concordar “com os motivos listados por Clóvis Beviláqua para a existência de uma legislação especial voltada a regular os crimes propriamente militares”. Dentre tais motivos estariam a necessidade de imposição de disciplina aos “cidadãos armados”, de assegurar o “brio e o pundonor característicos do militar”, e dado o particularismo dos crimes militares.

Para Crysólito de Gusmão, os crimes militares seriam apenas aqueles que somente os militares poderiam cometer, ou seja, seriam infrações funcionais; “Todos os demais crimes, por não afetarem a ‘fisionomia orgânica’, nem os alicerces básicos das forças militares, deveriam ser crimes comuns” (SILVA, 2016, p. 241), e, portanto, julgados pela justiça comum. Assim, Gusmão (1915) criticava o Código Penal Militar por não ser científico e tratar como crime militar todos aqueles que simplesmente se encontrassem listados em seu *corpus*.

O jurista também defendeu que não haveria mais lugar para uma obediência passiva, automática e mecânica por parte do militar, frente a uma autoridade indiscutível. Para Gusmão (1915), os militares deveriam poder agir de modo espontâneo diante de seus superiores.

Gusmão (1915) também criticou a predominância de militares na justiça militar, pois esta não deveria ser “uma emanção do comando”, e também porque os militares não satisfariam às exigências

científicas para o exercício da função judicante.

Crysólito Chaves de Gusmão, portanto, também foi um jurista de vanguarda no âmbito do Direito Militar, chegando a relacionar a sociologia de Émile Durkheim à dinâmica disciplinar da caserna. A discussão sobre a distinção entre os crimes propriamente militares e os crimes comuns cometidos por militares, por seu turno, encontra-se entre as principais pautas para a reforma do Código Penal Militar na atualidade.

1.3 As contribuições de Esmeraldino Bandeira

Esmeraldino Olímpio Torres Bandeira, político que chegou a ser ministro da Justiça, bacharelou pela Faculdade de Direito do Recife em 1889, e foi outro importante jurista que se debruçou sobre o estudo do Direito Militar. Em 1915, 1919 e 1925, publicou, respectivamente, o Curso de Direito Penal Militar, o Direito, Justiça e Processo Militar, e o Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro.

No Curso de Direito Penal Militar, Esmeraldino Bandeira denuncia a escassez de obras sobre o Direito Penal Militar, afirmando que “Muito poucas são as que possuímos e essas mesmas se mostram ou incompletas no tratto do assumpto ou retardadas na orientação doutrinária.” (BANDEIRA, 1915, prefácio). Nesta obra, inicialmente o autor faz um levantamento histórico do processo de evolução da Justiça

Militar entre os romanos, apresentando detalhes quanto essa evolução. Por exemplo, o autor descreve que

Nos casos de grave perigo, porem, nomeava-se um Ditador que, como magistrado excepcional, concentrava então todos os poderes judiciais, inclusive um direito absoluto de vida e morte sobre militares e paisanos, sendo irrestritas e inapeláveis as suas decisões. (BANDEIRA, 1915, p. 474).

Quanto à formação da legislação militar brasileira, Bandeira (1915) discorre que se teria atravessado dois períodos: o primeiro marcado por momentos políticos; e o segundo por momentos históricos. Para o autor, “No alcance do projecteis e na tempa das baionetas se acha inscripto o primeiro, na lei e no direito militar se deparam as conquistas do segundo” (BANDEIRA, 1915, p. 480). Sobre o período político, o autor destaca que havia uma grande pluralidade de tribunais, que estes possuíam inúmeras funções, ao mesmo tempo em que não existia codificação das leis, nem critério diferenciando crimes militares e crimes comuns, bem como teria sido precária a classificação das infrações nesse primeiro momento. O autor também denunciou que até 1895 havia dificuldade para se aferir quais normas estavam em vigor, pelo fato de a regulamentação Processual Criminal Militar ser esparsa, e os diversos Conselhos Militares estarem ainda se adaptando ao regime republicano.

Ao analisar os critérios para a configuração do crime militar, Bandeira (1915) argumentou que no critério *ratione materiae* se identifica a matéria militar pela simples presença do elemento

militar, tanto no pólo ativo como no passivo. Quanto ao critério *ratione personae*, configuraria o crime militar quando a condição de militar estivesse no pólo ativo.

Bandeira (1915) também discorreu sobre os crimes militares. Quanto ao crime de “dormir em serviço”, por exemplo, o autor argumentou que o sono, na maioria das vezes, seria uma condição irresistível, porém, concordava que poderiam advir dano e graves conseqüências se o sentinela viesse a dormir, quando deveria estar alerta.

Em *Direito, Justiça e Processo Militar*, segundo Silva (2017, p. 132), Esmeraldino Bandeira

entendeu que bastaria que o juiz togado apreciasse o fato para que pudesse dizer o direito militar, uma vez que o processo e o julgamento seriam um estudo do *facto* criminoso e a investigação da responsabilidade do agente em face da lei, do direito e do processo.

Quanto à categoria dos crimes impropriamente militares, Bandeira (1919) afirma que se trataria de uma extensão aos civis dos deveres militares, portanto inadequada.

Esmeraldino Bandeira (1919) também defendeu uma reforma “orgânica e urgente” na Justiça e no Direito Militar. Para o autor,

A pluralidade de tribunais e a multiplicidade de suas funções; a estreita subordinação da justiça ao comando militar; a inexistência de uma codificação de leis substantivas e adjetivas; a falta de um discri-me nítido entre os delitos militares e comuns; e a defeituosa classificação das infrações à lei penal e à disciplina militar estavam a clamar por uma reforma orgânica e urgente. Arrastavam-se os processos em juízo e quase sempre terminavam por um ato de arbítrio e não por um ditame da justiça. A necessidade dessa reforma era não só uma aspiração comum nos círculos militares, como um fato trabalhado no parlamento e fora dele. Diversos escritores se ocuparam do assunto e numerosos parlamentares apresentaram projetos a respeito. (BANDEIRA, 1919, p. 187).

Apenas em outubro de 1834, entretanto, foram declarados quais os crimes eram puramente militares. Em 1891 entrou em vigor o Código Penal da Armada, organizado por uma comissão presidida por Benjamim Constant, conforme Figueiredo (1968). Nesta ocasião, deixaram de ser aplicados os Artigos de Guerra do Conde Schaumburg-Lippe, mas

apenas em 1899 a aplicação do Código Penal da Armada foi estendida ao Exército. O código Penal Militar somente entraria em vigor em 1944 sistematizando a matéria, e “dando-lhe um cunho melhor de perfeição técnica e legislativa.” (FIGUEIREDO, 1968, p. 102).

Em Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro, Bandeira defende que seria um gravíssimo erro considerar o Direito Penal Militar como um direito de exceção, pois “se o soldado não é uma exceção (sic) do homem, o direito penal militar não é uma exceção do direito penal comum” (BANDEIRA, 1925, p. 25).

Ademais, afirma o autor que

só a lei marcial, que surge com a guerra, é que forma um direito extraordinário e de exceção, porque o direito penal militar é uma especialização e não uma exceção do direito penal commun, os princípios e preceitos básicos d'este constituem os preceitos e os princípios básicos d'aquelle. (BANDEIRA, 1925, p. 25).

Esmeraldino Bandeira, de modo geral, não produziu obras polêmicas ao nível de Hélio Lobo e Crysólito de Gusmão. Seus trabalhos eram de caráter descritivo, com viés doutrinário, apesar de que não abriu mão de tecer várias críticas contra a legislação e a Justiça Militar em sua época.

1.4 As contribuições de Luiz Carpenter

Luiz Frederico Sauerbronn Carpenter colocou grau na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro em 1898. Em 1914, publicou duas obras: *O Direito Penal Militar Brasileiro* e *O Direito Penal de outros povos cultos*; e *O Velho Direito Penal Militar Clássico*. Em 1935, juntamente com outros professores, fundou a Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, onde lecionou Teoria e Prática do Processo Civil, Comercial e Criminal, e Direito Civil.

Carpenter apresentou uma sucinta, porém impactante concepção a respeito da distinção entre os crimes propriamente e os impropriamente militares. Para o autor,

O chamado crime propriamente militar, ou infração de criação política praticada por homem de farda na sua qualidade de soldado. Crime impropriamente militar é entidade invenção infeliz que torturou muitos discutidores de gabinetes em pura perda. Eles não chegaram a conclusões, mas a confusões. O crime comum é sempre comum, ainda que o inscrevam no Código Penal Militar, ainda que o façam julgar no foro militar. (CARPENTER, 1914, apud LYRA, 1980, p. 144-145).

Para Carpenter (1914), os crimes propriamente militares não seriam delitos militares, mas contravenções à disciplina militar em

grau mais elevado. Seriam infrações funcionais, ou de serviço, tipificadas por criatividade política. Ademais, Luiz Carpenter destacou-se na seara do Direito Militar por conferir abordagem sociológica, e aplicar visões criminológicas em suas obras.

2. O neoconstitucionalismo e o direito militar

A tendência “neoconstitucionalista” nasceu pós segunda guerra, quando da tentativa de resgatar e/ou fomentar a valorização da dignidade humana. Mas a expressão “neoconstitucionalismo” somente foi empregada na década de 1990, no âmbito dos trabalhos de Ronald Dworkin, Robert Alexy, dentre outros. Segundo Comanducci (2003), o termo “neoconstitucionalismo” pode designar uma teoria, ou uma ideologia ou um método de análise de direito. Mas também pode significar um modelo constitucional, ou

el conjunto de mecanismos normativos e institucionales, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales. (COMANDUCCI, 2003, p. 89).

Paolo Comanducci (2003) classifica o neoconstitucionalismo em três vertentes principais: o neoconstitucionalismo teórico, pelo qual seria forma atualizada da vivência e da aplicação do constitucionalismo como teoria do direito; o neoconstitucionalismo ideológico, pelo qual a

constituição seria instrumento máximo, e por excelência, garantidor dos direitos fundamentais; e o neoconstitucionalismo metodológico, pelo qual deve haver uma ligação umbilical e necessária entre Direito e Moral, sobretudo nas situações de direito constitucionalizado, “donde los principios constitucionales y los derechos fundamentales constituirían un puente entre derecho y moral.” (COMANDUCCI, 2003, p. 101).

No “neoconstitucionalismo”, portanto, adota-se um “modelo axiológico de Constituição como norma”, onde a Constituição desponta como norma suprema, ordem de valores, e ao mesmo tempo como ferramenta primeira de interpretação e limitação, com o propósito de suprimir os abusos, zelar pela evolução da pessoa humana, através da garantia dos direitos fundamentais. Nesse intuito, a teoria dos princípios constitucionais eclode nos estudos jurídicos contemporâneos, juntamente com a teoria da argumentação jurídica, que busca estabelecer critérios de racionalidade na aplicação dos princípios constitucionais, no âmbito da justificação das decisões judiciais.

Pela teoria de Ronald Dworking, além de regras, o direito é formado também de princípios, que em detrimento de serem ou não escritos, são obrigatórios. Esses princípios são trazidos à tona nos casos judiciais mais difíceis (hard cases). Dworking (2014) recomenda expressamente que os juízes americanos interpretem a constituição “como um conjunto de princípios morais”.

Contemporâneos desse modelo axiológico de Constituição,

alguns juristas brasileiros vêm levantando novos debates na área do Direito Militar. Por exemplo, Jorge Cesar de Assis, promotor de justiça do Ministério Público Militar, autor de dezenas de livros e artigos na área do Direito Militar, defende que

A sociedade militar é peculiar; Possui modus vivendi próprio;

Todavia, submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional; pode e deve ser submetido ao controle judicial do qual a ninguém é dado furta-se. (ASSIS, 2001, p. 38).

Apesar de situar o sistema jurídico militar submisso aos princípios gerais de direito, Jorge Assis defende que a legislação militar seja mais rigorosa que a comum. Para o autor,

Se a sociedade e a Pátria lhes outorgaram [aos militares] a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, curial que ao lado de tais garantias que muitas vezes escapam ao servidor público civil lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres. (ASSIS, 2012, p. 24).

De toda forma, o autor faz a ressalva de que “a rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão de seus direitos”. (ASSIS, 2001, p. 38).

Também sob a ótica dos princípios constitucionais há vários trabalhos de Eliezer Pereira Martins, advogado e professor, que já atuou

como oficial da Polícia Militar de São Paulo, e estuda especialmente o Direito Administrativo Disciplinar Militar. Na obra *O militar vítima do abuso de autoridade* (1994), ele abordou este delicado fato no âmbito militar, defendendo a tese de que parcela do abuso que o militar muitas vezes emprega no trato com os civis seria fruto dos abusos sofridos por esse militar em sua vivência nos quartéis.

Em 1996, Eliezer Martins lançou a obra *Direito Administrativo Disciplinar Militar e a sua processualidade*, criando um marco para o estudo dessa disciplina como sub-ramo do Direito Militar. Nesta obra, o autor explica que a disciplina militar seria “qualificada” em relação à disciplina dos civis, uma vez que seria detentora de institutos próprios, “com a imposição de comportamentos absolutamente afinados aos imperativos da autoridade, do serviço e dos deveres militares (...)”. (MARTINS, 1996, p. 24). O autor diferencia o próprio servidor público civil do militar:

Se em regra basta ao servidor público civil o rigoroso cumprimento de seus misteres, do servidor público militar espera-se um ‘plus’. Assim, além do estrito cumprimento de seus deveres, há que o servidor refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense (...). (MARTINS, 1996, p. 24).

Martins, portanto, destaca-se como jurista contemporâneo, tendo contribuído, inclusive, com a própria sistematização do sub-ramo Direito Administrativo Disciplinar Militar, facilitando o estudo dos institutos jurídicos e procedimentos nessa área.

2.1 Os antigos e os novos debates no âmbito do Direito Militar à luz da teoria dos direitos fundamentais

A Constituição brasileira de 1988 (CF/88), conhecida como “cidadã”, consagrou em seu texto, especificamente no Título II, os Direitos e Garantias Fundamentais. Trata-se de um conjunto de dispositivos voltados a assegurar direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, dirigidos a todo ser humano, sem restrições, e independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política. Também foram consagrados no escopo da CF/88 os princípios políticos e jurídicos da ordem constitucional brasileira. Segundo Canotilho (2003), são os princípios que estabelecem uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração, de espírito.

Além do aparato constitucional brasileiro, a tendência mundial neoconstitucionalista, que possui ampla aceitação no Brasil, vem conferindo maior efetividade ao texto e aos princípios constitucionais. Isso ocorre em grande parte pela maior autonomia consentida e/ou conferida ao Poder Judiciário para aplicação dos direitos fundamentais, com base em princípios constitucionais, expressos ou não, bastando-lhe a justificação através das técnicas de argumentação racional.

Segundo Silva (2017, p. 133),

Através do movimento neoconstitucionalista, e do conseqüente desenvolvimento de uma “nova hermenêutica jurídica”, para elucidar os enunciados constitucionais, recorre-se a métodos de interpretação que declarem o direito, concretizando-o, e também o atualizando conforme as transformações sociais (...).

Por exemplo, a própria CF/88 prevê a hierarquia e a disciplina como bases da organização das Forças Armadas e demais instituições militares. Contudo, pelos princípios de interpretação constitucional, tais como o da unidade da constituição e o da harmonização ou concordância prática, entende-se que a hierarquia e a disciplina devem-se harmonizar com as demais normas constitucionais que formam um corpo único. Assim, diante de um caso concreto, o aplicador do direito deverá sopesar a hierarquia e a disciplina em relação aos direitos, garantias e princípios envolvidos.

Em sua teoria dos direitos fundamentais, Alexy (2011) leciona que quando duas normas conduzem a resultados incompatíveis entre si, ocorre uma colisão entre essas normas. Mas enquanto que a colisão entre duas regras é resolvida na dimensão da validade, pela introdução de uma cláusula de exceção em uma regra, ou pela declaração de nulidade de uma das regras; um conflito de princípios é resolvido na dimensão do valor. Ou seja, um princípio cede ao outro, preponderando o princípio de maior peso, o que somente será verificado diante do caso concreto.

Assis (2001) aborda, de forma conservadora, tópicos sobre os quais a CF/88 diferenciaria o cidadão civil do militar. Dentre esses tópicos, estariam as vedações ao militar de filiação a partido político, sindicalização e greve; a não previsão de hora extra, auxílio insalubridade ou periculosidade; e o não cabimento de habeas corpus em prisão disciplinar. Para Assis (2001), tais restrições são plenamente justificáveis, e por estarem expressas na constituição não lhe restam dúvidas acerca da imediata aplicabilidade.

Por outro lado, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, juiz de direito e professor da Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, em sua obra *Direito Administrativo Militar* (2011), enfrenta criticamente a (não) aplicação de princípios constitucionais no processo administrativo militar. Segundo o autor, “Existem certos postulados previstos na Constituição Federal que não são observados pelas autoridades administrativas quando da realização dos julgamentos no âmbito de suas Corporações”. (ROSA, 2011, p. 3).

Por exemplo, quanto ao princípio da legalidade em relação à transgressão disciplinar militar. Rosa (2001, p. 10) esclarece que “a efetiva aplicação desta garantia constitucional pressupõe o respeito à ampla defesa e ao contraditório para que uma pessoa, brasileira ou estrangeira residente no país, possa ter o seu *jus libertatis* cerceado, seja na esfera criminal ou administrativa.”

Como, dependendo da natureza da transgressão disciplinar, o militar pode ficar sujeito ao cerceamento da liberdade por até 30 (trinta)

dias, Rosa (2011) defende que os regulamentos disciplinares deveriam ser provenientes do Poder Legislativo, ou seja, que fossem Lei em sentido estrito. Além disso, que fossem assegurados aos militares todos os direitos relacionados ao contraditório, ampla defesa, pela própria aplicação do princípio da presunção de inocência, afastando qualquer discricionariedade administrativa. Assis (2012) discorda desse posicionamento, concordando com a origem administrativa e discricionária dos regulamentos disciplinares.

Paulo Rosa discute vários outros aspectos relativos aos militares, pautando-se por uma interpretação constitucional garantística, rebatendo várias práticas consolidadas no âmbito do Direito Administrativo Militar, por considerá-las contrárias ao texto, ou à pretensão, constitucional. Os debates propostos por Rosa, que envolvem aparentes conflitos entre normas, por exemplo, podem ser discutidos e ampliados no âmbito da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Ou seja, o momento “neoconstitucionalista” é propício para um debate amplo e inclusivo no âmbito do Direito Militar, possibilitando melhorias, sobretudo em prol de uma interpretação constitucional que assegure os direitos fundamentais aos militares.

Se os antigos debates reascenderam repaginados à luz das novas tendências e teorias do movimento neoconstitucionalista, as novas temáticas inseridas na vivência castrense fervilham pendentes de discussões focadas em casos práticos. Temáticas tais como as relações homoafetivas, o transexualismo, as licenças “maternidade” para homens nos novos modelos familiares, dentre outras, demandam imediata atenção dos juristas militaristas.

Considerações finais

Em seus primórdios, o Direito Militar limitava-se a normas disciplinares. Contudo, a evolução desse ramo jurídico, acompanhando as demandas de um novo contexto de atuação militar, ampliou o seu escopo, atualmente abrangendo vários sub-ramos, tais como os Direitos Administrativo, Previdenciário, Constitucional, Penal e Processual Penal Militares.

No Brasil, os primeiros bacharéis em Direito formados em faculdades brasileiras, na década de 1830, iniciaram suas carreiras com a “heroica” tarefa de construir uma legislação brasileira em substituição e desvinculada da portuguesa, além de construir/reformar a Constituição.

No levantamento realizado neste trabalho, através do método histórico-descritivo, acerca do Direito Militar no Brasil, verificou-se que as primeiras grandes obras datam do início do século XX. Destacaram-se: Hélio Lobo, com a teoria do unionismo entre o Direito Penal Militar e o Comum, e sua argumentação em defesa da extinção da Justiça Militar; Chrysólito de Gusmão, que relacionou a sociologia de Émile Durkheim à dinâmica disciplinar da caserna, e propôs uma reformulação na Justiça Militar e nas relações hierárquicas entre os militares; Esmeraldino Bandeira, com os seus trabalhos doutrinários; e Luiz Carpenter, com a sua abordagem sociológica e criminológica no Direito Militar.

Também se verificou que, com o avançar da tendência neoconstitucionalista no Brasil, reascenderam antigos debates e despontaram novos temas no Direito Militar, à luz da teoria dos direitos fundamentais, e de uma interpretação constitucional garantística, com foco nos princípios da igualdade e da dignidade humana. Dentre os juristas militaristas contemporâneos, destacamos Eliezer Pereira Martins, Jorge César de Assis e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa.

Em suma, o Direito Militar apresenta-se em contínua expansão, com vários sub-ramos em processo de sistematização e desenvolvimento. Temas modernos, tais como o emprego das Forças Armadas em operações de paz, em missões pós catástrofes, nas operações nacionais de garantia da lei e da ordem, nos desdobramentos dos novos direitos relacionados à sexualidade e aos novos modelos de família, entre outros, têm demandado bastante dos juristas que se dedicam ao estudo do Direito Militar.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar**: aspectos penais, processuais penais e administrativos. Curitiba: Juruá, 2001.

_____, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BANDEIRA, Esmeraldino. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

_____, Esmeraldino O. T. **Direito, Justiça e Processo Militar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1919. v. 2.

_____, Esmeraldino O. T. **Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925. v. 2.

BIERRENBACH, Flávio Flores da Cunha. Direitos Humanos e a administração da Justiça por Tribunais Militares. In: TEIXEIRA ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães; PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul (Coords.) **Coletânea de Estudos Jurídicos: Bicentenário da Justiça Militar no Brasil**. Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito**. Parecer nº CNE/CES 0055/2004, de 18 de fevereiro de 2004.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARPENTER, Luiz. **O Velho Direito Penal Militar Clássico**. Jacintho Ribeiro dos Santos Editor: Rio de Janeiro. 1914.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um analisis metateorico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 75-98.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FIGUEIREDO, Sara Ramos de. Justiça Militar. **Revista de informação legislativa**, janeiro a março de 1968.

GUSMÃO, Chrysólito de. **Direito Penal Militar**: com anexos referentes à legislação penal militar brasileira. Rio de Janeiro: Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, 1915.

LYRA, Roberto. **Novo Direito Penal**. Forense, Rio de Janeiro, 1980.

LOBO, Hélio. **Sabres e togas**: a autonomia judicante militar. Rio de Janeiro: Typ. Bernard Freres, 1906.

MACHADO NETO, A. L. **Sociologia Jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAGALHÃES, João Batista. **A evolução militar do Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade**. São Paulo: LED, 1996.

RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de Justiça Militar no Brasil, 1808 – 2008**. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática**, 3. ed. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2011.

SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças**. 9. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Susi Castro. Contenção ao poder político exercido pelos militares na República Velha (1889-1930): os argumentos político-jurídicos de Hélio Lobo e Chrysólito de Gusmão. In: CABRAL, Gustavo César Machado; DINIZ, Marcio Augusto de Vasconcelos. (Orgs.). **História do direito e do pensamento político brasileiro: debates e perspectivas**. 1. ed. Fortaleza: Edições UFC, 2016, v. 1, p. 209-249.

SILVA, Susi Castro. Más togas y menos sables: ampliación de competencias de los jueces civiles en la justicia militar brasilera Yel principio del juez natural. **PROLEGOMENOS**, Universidad Militar Nueva Granada, v. 20, p. 127-144, 2017.