

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

ADRIANA KINOSHITA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUÍZO DE PONDERAÇÃO
ANTE OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.**

BRASÍLIA

2010

ADRIANA KINOSHITA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUÍZO DE PONDERAÇÃO
ANTE OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP

BRASÍLIA

2010

ADRIANA KINOSHITA

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUÍZO DE PONDERAÇÃO
ANTE OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco, Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Prof. Dr. Márcio Pereira Pinto Garcia, Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Prof^a. Dr^a. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Professora do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

À Ana Carolina, minha filha, o porquê de ainda procurar por respostas.

Agradecimentos:

Paulo Gustavo Gonet Branco, orientador,
por transmitir com tanta brandura e segurança seus conhecimentos acadêmicos
demonstrando que o mestrado é apenas uma ponte para o saber
e um degrau em nosso desenvolvimento como ser humano.

Kazuaki, companheiro de discussões e questionamentos,
inspiração para novas conquistas.

Larissa, amiga de toda hora, por compartilhar das inquietudes de todo mestrando.

Édna, irmã querida, pelo carinho e apoio diário.

RESUMO

A presente dissertação tem por objetivo a análise das restrições impostas aos direitos fundamentais dos membros das organizações militares com fundamento nos princípios da hierarquia e disciplina. As restrições aos direitos fundamentais dos militares estão previstas constitucionalmente e são o resultado da ponderação prévia de valores que resultaram da opção pela proteção das instituições militares em virtude de suas atribuições constitucionais, submetendo os militares a relações especiais de sujeição. Entretanto, há outros direitos fundamentais, comuns aos demais indivíduos, que ao serem exercidos pelos membros das Forças Armadas podem colocar em risco a hierarquia e a disciplina militar. Diante da especialidade do Direito Penal e Processual Penal Militar, analisa-se a possibilidade ou não da aplicação do juízo de ponderação neste ramo do direito para solução dos conflitos provenientes das colisões entre os princípios da hierarquia e disciplina e outros direitos ou valores constitucionalmente protegidos, que poderão ensejar restrições aos direitos fundamentais dos militares.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Relações Especiais de Sujeição. Princípios da Hierarquia e Disciplina. Juízo de Ponderação.

ABSTRACT

The present dissertation's objective is to analyze the restrictions of fundamental rights imposed on members of military organizations based on the principles of hierarchy and discipline. Restrictions on fundamental rights of military personnel are constitutionally based and are the result of a balancing of values, that resulted in the protection of military institutions due to its constitutional attributions above all else, submitting the military personnel to special relations of subjection. However, there are other fundamental rights, in common to other citizens, which, when exercised by members of the armed forces, can jeopardize the military hierarchy and discipline. Given the specialty of military Penal and Procedural Law, we analyze whether or not is possible to apply balancing approach in this branch of law to resolve the conflicts arising from collisions between the principles of hierarchy and discipline and other constitutionally-protected rights or values, that may give rise to restrictions of the fundamental rights of military personnel.

Keywords: Fundamental Rights. Special Relations of Subjection. Principles of Hierarchy and Discipline. Balancing Approach.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 JUSTIÇA MILITAR.....	10
2.1 História da Justiça Militar.....	10
2.2 A Justiça Militar no Brasil.....	12
2.3 A Justiça Militar como parte do Poder Judiciário.....	14
2.4 A Justiça Militar da União na atualidade e sua contextualização no âmbito da Constituição Federal de 1988.....	15
3 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.....	18
3.1 Forças Armadas no Brasil – Noções básicas.....	18
3.2 Princípios da hierarquia e disciplina.....	24
3.3 Reflexos dos princípios da hierarquia e disciplina no direito militar.....	29
4 DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	31
4.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.....	31
4.2 As gerações de direitos fundamentais.....	34
4.3 Constitucionalização dos direitos fundamentais.....	37
4.4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais: princípios e regras.....	40
4.5 O valor dos princípios.....	42
4.6 Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.....	45
4.7 Restrições aos direitos fundamentais.....	50
4.8 Relações especiais de sujeição.....	57
4.9 O princípio da proporcionalidade.....	61
5 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA.....	69
6 CONCLUSÃO.....	88
REFERÊNCIAS.....	92

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, ao dispor sobre as Forças Armadas, estabeleceu em seu texto, como pilares básicos de sua organização e funcionamento, e porque não dizer de sua própria essência, os princípios da hierarquia e disciplina.

Tais princípios, na rotina da vida castrense, se traduzem em um conjunto de particularidades e restrições ao espaço do indivíduo, na medida em que impõem uma série de servidões aos seus integrantes.

As relações especiais de sujeição baseadas nos princípios da hierarquia e disciplina, às mais das vezes, podem vir a limitar o exercício de direitos fundamentais, sendo que o cerne da pesquisa e relevância do tema estão centrados exatamente nessa análise, isto é, na perquirição acerca da legitimidade e validade dessas limitações nas variadas situações que se apresentam, mormente no âmbito da seara penal e processual penal militar.

No caso das Instituições Militares, algumas das limitações, de forma geral, foram impostas pelo próprio constituinte, como a restrição à impetração de habeas corpus contra punições disciplinares militares ou a proibição aos militares de sindicalização e de greve.

Outras restrições, no entanto, decorrem da própria vivência diária na caserna como, por exemplo, a proibição de se manifestar sobre assuntos políticos, de forma que a força e influência dos princípios da hierarquia e disciplina se espraiam por toda a legislação castrense, incluindo-se aí o próprio diploma penal militar e processual penal militar, e acabam por adentrar o próprio espaço do Poder Judiciário que, no caso do modelo adotado em nosso País, também é específico para o julgamento dos crimes militares.

A relevância constitucional das instituições militares definida pelo Poder Constituinte, com o estabelecimento da hierarquia e disciplina como princípios norteadores das Forças Armadas, delimitaram a existência de uma justiça especializada para processar e julgar seus membros.

Para melhor compreensão dessa especial relação jurídico-militar e até mesmo o porquê de a Justiça Militar fazer parte do Poder Judiciário brasileiro, já que tal inserção não é comum em todas as legislações e países, oportuno se mostra num primeiro momento

contextualizar historicamente as instituições judiciais militares, desde sua origem até sua inclusão no contexto da Constituição Federal de 1988.

No segundo capítulo, após uma breve introdução sobre as Forças Armadas, adentra-se na questão da doutrina militar, seu significado e a importância das instituições militares, porque devem existir mesmo em tempo de paz e suas relações com o poder.

Além disso, diante das categorias teóricas relacionadas ao tema, imprescindível o aprofundamento da análise em face dos princípios da hierarquia e disciplina, desde sua origem, seu significado e a questão sempre atual de sua (im)prescindibilidade para existência das instituições militares. A fixação destes conceitos faz-se necessária para a compreensão do valor que possuem tais princípios dentro das organizações castrenses e como ocorreu sua transcendência para todo o Direito Penal Militar.

Num terceiro momento, e até mesmo como um contraponto, necessário o estudo abrangente dos direitos fundamentais. Abordam-se vários aspectos dos direitos fundamentais sob várias perspectivas, em destaque o caráter não absoluto de tais direitos. Desse ponto de vista avalia-se a possibilidade de ocorrerem restrições constitucionais aos direitos fundamentais com fundamento nas relações especiais de sujeição, o que justificaria o tratamento diferenciado dos cidadãos militares em relação aos cidadãos civis de modo geral.

Na seqüência, já dentro do contexto das decisões tomadas pelo Judiciário, discute-se a possibilidade, ou não, do uso do princípio da proporcionalidade, com aplicação do juízo de ponderação, nas restrições aos direitos fundamentais dos militares não expressamente autorizadas pela Constituição, principalmente em se tratando de um estamento submetido às denominadas relações especiais de sujeição.

Por fim, apresentar-se-á a jurisprudência sobre a questão e as decisões/posicionamentos mais relevantes no âmbito do Superior Tribunal Militar e Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se que, com intuito de delimitar a pesquisa, não foi objeto de estudo deste trabalho a Justiça Militar Estadual, nem o Direito Penal Militar quando aplicado aos Policiais Militares e membros dos Corpos de Bombeiros Militares.

Apesar de tais instituições também encontrarem-se organizadas segundo os princípios da hierarquia e disciplina, sua destinação constitucional, por ser diversa das Forças Armadas, não permite um estudo conjugado e congruente.

2 JUSTIÇA MILITAR

2.2 História da Justiça Militar

A pesquisa a respeito da origem da Justiça Militar nos reporta à antiguidade e à necessidade dos povos de expandirem suas fronteiras e conquistarem novos territórios, sendo essencial, para tanto, a existência de um exército forte e coeso para executar suas empreitadas, se sobrepondo a outros povos através das vitórias nas batalhas.

Os primeiros exércitos tinham caráter eminentemente temporário, restringindo sua existência ao tempo da guerra, sendo reorganizados em caso de necessidade e eram formados por todos os homens aptos pertencentes a uma determinada comunidade. Costuma-se dizer que o primeiro exército organizado surgiu na Suméria, quatro mil anos antes de Cristo, mas não há como se afirmar com exatidão como se formaram os primitivos exércitos.

Os sinais de uma organização militar surgem na Mesopotâmia e no Egito, motivados pelo expansionismo dos impérios orientais, pela luta por terras aráveis e de águas de rios. Mas foi na Grécia com a implantação das cidades-estados que apareceram os primeiros rudimentos de um estado militar organizado.¹ Entretanto, ainda não passavam de povos dominantes e povos subjugados, determinados de acordo com as vitórias nas batalhas, ainda não conseguiam aplicar com eficiência suas regras internas e estabelecer sua organização militar propriamente dita.

Dentro desse contexto organizacional é que surge o que podemos chamar de um Direito Militar, visando essencialmente disciplinar as relações entre os militares, sendo imprescindível o estabelecimento de regras especiais, dada a peculiaridade deste grupo formado até então de bravos conquistadores. Assim, a instituição de uma Justiça especial para o exército foi reconhecida, em todos os tempos e por todos os Estados, como uma necessidade, pois a força militar regularmente organizada deveria ter jurisdição sobre si mesma.²

¹ A esse respeito, vide JÚNIOR, Edgard de Brito Chaves. **Escorço histórico da justiça militar**, in Revista de Estudos e Informações, TJM/MG, 2001, n. 08. p. 12.

² JÚNIOR, Edgard de Brito Chaves. **Escorço histórico da justiça militar**, in Revista de Estudos e Informações, TJM/MG, 2001, n. 08. p. 13.

Foi em Roma, à época de César Augusto, que a jurisdição penal militar adquiriu contornos de uma verdadeira e própria instituição jurídica, sendo que o julgamento de militares por juízes civis já era uma exceção. Segundo Antonio Geraldo Peixoto “os juízes foram militares, tanto na paz como na guerra, a princípio assessorados por magistrados civis e depois, julgando, juntamente com estes, num colégio judicante.”³ Foi assim que teve origem a figura do Auditor, nome dado ao magistrado civil que tinha a incumbência de superintender a Justiça Militar e que perdura até os dias atuais.

Na República romana o exército passou a ter caráter quase permanente, passando a ser formado por todos os cidadãos, inclusive o proletariado. Mas foi no Império que consolidou-se o domínio de Roma, o exército tornou-se permanente sendo formado por voluntários e por jovens que prestavam o serviço militar obrigatório. Com efeito, a eficiência e a operacionalidade das tropas romanas eram decorrência de uma rigorosa disciplina e hierarquia, princípios basilares das forças armadas que desde então embasavam as conquistas territoriais.

Após a queda do império romano do ocidente, temos um período de barbáries marcado pela estagnação do Direito Penal Militar devido a falta de exércitos permanentes e ausência de disciplina rígida nos grupos combatentes. Na Idade Média ocorreram mudanças fundamentais, sendo estabelecido um código de conduta e rigorosa disciplina que deram origem aos “Artigos de Guerra” de Guilherme, o Conquistador, ao Código de Ricardo II (1385) e os Estatutos de Guerra de Henrique V (1415).⁴

Já Napoleão, em 1809, estabeleceu de forma definitiva a qualificação de cidadão e soldado numa discussão, no Conselho de Estado, a propósito do Código Penal, afirmando que o “militar tem uma dupla característica: ele é cidadão e, como tal, sujeito ao império das normas comuns. Mas a pátria lhe dá uma missão particular: ele é soldado, e daí nasce para ele deveres especiais regidos e protegidos pela lei especial do exército.”⁵

Com o surgimento dos exércitos alemães de caráter permanente, o Direito Militar se expande, e é assim que chegamos a Portugal, de quem herdamos a organização judiciária militar e a justiça castrense.

³ PEIXOTO, Antonio Geraldo. **A justiça militar**. R. Sup. Trib. Mil., Brasília, 10(1): 179-222, 1988. p. 180.

⁴ FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 5.

⁵ JÚNIOR, Edgard de Brito Chaves. **Escorço histórico da justiça militar**, in Revista de Estudos e Informações, TJM/MG, 2001, n. 08. p. 13.

2.2 A Justiça Militar no Brasil

No caso do Brasil, por questões históricas, o modelo da Justiça Militar seguido era idêntico ao existente em Portugal.⁶ Com efeito, desde os primórdios a nova colônia foi seqüencialmente submetida às Ordenações Afonsinas, seguidas pelas Manuelinas (1521), Sebastianas (1569), Filipinas (1603) e, por fim, aos “Artigos de Guerra” do Conde Lippe (1763), que aqui vigoraram até a Proclamação da República.

A chegada da Família Real no Brasil transformou a colônia em metrópole, sendo a Justiça Militar oficialmente instituída⁷ pelo Alvará de 1º de abril de 1808, com força de lei, que assim dispôs sobre a composição do Conselho Supremo Militar e de Justiça:

VII - O Conselho de Justiça se comporá dos Conselheiros de Guerra, Conselheiros do Almirantado, e mais Vogaes, e de três Ministros Togados, que Eu houver de nomear, dos quais será um o relator, e os outros dois adjuntos para o despacho de todos os processos, que se remetam ao Conselho, para serem julgados em última instância, na forma acima exposta...

Desde o tempo do descobrimento, sempre existiram no Brasil os Conselhos de Justiça Militar (órgãos de segundo grau) e os Conselhos de Guerra (órgãos de primeiro grau), seguindo sempre o modelo português. Posteriormente o Conselho de Justiça Militar transformou-se no Supremo Tribunal Militar, atualmente Superior Tribunal Militar, portanto, o primogênito Tribunal do país.⁸

⁶ Como se observou, o modelo no Brasil da Justiça Militar era idêntico ao existente em Portugal, portanto, pode-se afirmar que, desde o descobrimento do Brasil, os crimes praticados por militares de mar e terra eram conhecidos, processados e julgados pelos superiores hierárquicos dos réus, os quais integravam os Conselhos de Guerra e as Juntas Militares, estrutura essa de Primeira Instância que consistia a Justiça Castrense. (ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 5.)

⁷ Com o advento da vinda da família real para o Brasil – fugindo das tropas francesas de Napoleão Bonaparte, comandadas pelo General Junot -, a Justiça Militar é efetivamente criada na legislação brasileira, momento esse que, mantida a estrutura jurisdicional existente, foi criada a Segunda Instância daquela Justiça, situação essa mantida até os nossos dias. (ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 11)

⁸ GUALTER, Godinho. *História da Justiça Militar do Estado de São Paulo*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1976.

E o atributo de mais antigo não lhe impôs o encargo da estagnação, mas quase que o obrigou a participar das constantes evoluções jurídicas ocorridas no transcorrer dos tempos, por vezes inovando, como foi o caso da concessão de liminar em *habeas corpus*, que jamais havia sido concedida anteriormente neste país.⁹

Constata-se, também, que a Justiça Militar, por vezes, se viu atrelada a interesses políticos, por exemplo, na década de 20, quando precisou julgar com mais rigor os insubmissos para que os pudesse manter em seus quadros, momento em que teve que recrudescer para manter o volume das tropas a serviço do Exército Brasileiro e, como assevera o Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, não há como separar a história da Justiça Militar da história política do Brasil:

Pois bem, a Justiça Militar atravessou o Império e sobreviveu à República. Nela enfrentou, reitera-se, em decorrência dos choques ideológicos e das contradições sociais que os alimentaram, todas as turbulências e vários períodos de exceção, inclusive duas ditaduras. Viu a construção e a ruína de sistemas políticos que se pretendiam capazes de anular as mazelas do século e mudar o destino dos povos. Presenciou a espantosa chegada da modernidade.¹⁰

Quando a Justiça Militar teve sua competência ampliada e passou a processar e julgar civis acusados da prática de delitos contra a segurança nacional, ela insurgiu-se concedendo *habeas corpus* para libertar João Mangabeira, à época deputado, que havia sido condenado pelo Tribunal de Segurança Nacional (este sim um tribunal de exceção) e que já tinha recorrido ao Supremo Tribunal Federal sem êxito.

Mas existem fatores que, por vezes, impedem essa evolução, atualização e até mesmo integração da Justiça Militar com os demais ramos do Judiciário, tema que ainda será abordado mais amiúde neste trabalho.

⁹ Uma das inovações introduzidas pela jurisprudência militar foi a concessão de medidas liminares em *habeas corpus*, em célebre voto proferido pelo ministro almirante de esquadra José Espíndola, logo no início do regime militar, em 31 de agosto de 1964. Contestando de frente dispositivos estabelecidos pelo sistema vigente, o Superior Tribunal Militar inspirou outros tribunais e até a Suprema Corte para que passassem a tomar decisões semelhantes. Esse voto histórico estava destinado a abrir importante trilha no direito brasileiro, agregando novas e relevantes configurações à famosa doutrina brasileira do *habeas corpus*, inaugurada desde o início do século XX, a partir dos magistérios de Rui Barbosa e Pedro Lessa. (BIERREMBACH, Flávio Flores da Cunha. **Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil**. São Paulo: Lettera.doc, 2006. p. 59.)

¹⁰ BIERREMBACH, Flávio Flores da Cunha. **Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil**. São Paulo: Lettera.doc, 2006. p. 49.

2.3 A Justiça Militar como parte do Poder Judiciário

A Justiça Militar da União, especificamente o Superior Tribunal Militar, começa a integrar o Poder Judiciário¹¹ a partir da Constituição de 1934, deixando, assim de pertencer ao Poder Executivo.

Referido tribunal, ainda sob a égide da Carta de 1891, possuía algumas competências administrativas¹², todavia, a partir da Constituição de 1934 somente a atividade judicante permaneceu no Superior Tribunal Militar e, segundo Luciano Roberto Melo Ribeiro, “ importante observar que a Constituição de 1934 estendia aos civis o foro militar, nos casos expressos em lei, para repressão dos crimes contra a segurança externa do país, ou contra instituições militares.”¹³

Na sequência, a Constituição de 1946 apenas modificou o nome Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar.

Sobre a questão da inserção da Justiça Militar no âmbito do Poder Judiciário, oportuno referir que tal modelo brasileiro é praticamente único no contexto mundial. Segundo Luciano Roberto Melo Ribeiro, dos 193 países soberanos que fazem parte da Organização das Nações Unidas (ONU), a Justiça Militar brasileira, até pouco tempo atrás, era a única inserida na estrutura do Poder Judiciário.¹⁴

Outro dado relevante é que, apesar de pensamentos divergentes, e diferente do que se possa imaginar, a Justiça Militar não se confunde com tribunal de exceção, pois sua competência tem previsão constitucional. Nesse sentido, asseveram Mônica Herman Salem Caggiano e Evandro Babiani Capano que a “Justiça Militar constitui uma jurisdição especial, nunca de exceção, pois prevista na CF/1988, com suas competências e atribuições bem

¹¹A Constituição Republicana, de 1891, ao organizar o Poder Judiciário, ainda não contemplava a Justiça Militar, prevendo apenas a existência de foro especial para os delitos militares, que seria composto pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Conselhos necessários para a formação de culpa e julgamento de crimes, dando, assim, à Justiça Militar outra estrutura, passando a figurar como o seu órgão supremo. Desse modo, o antigo Conselho foi extinto, ficando, a partir de então, Supremo Tribunal Militar e a Justiça Militar, sob o pálio da Constituição, alçados a categoria de órgãos judicantes, de natureza especial, porém ainda não integrados na estrutura do Poder Judiciário. (RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de justiça militar no Brasil, 1908-2008**. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008. p. 32)

¹² A respeito, vide os Parágrafos 5 e 6 do Decreto Legislativo 149, de 18 de julho de 1893.

¹³ RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de justiça militar no Brasil, 1908-2008**. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008. p. 32.

¹⁴ RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de justiça militar no Brasil, 1908-2008**. Rio de Janeiro: Action Ed., 2008. p. 32.

delimitadas, o que demanda sua conformação aos princípios pétreos erigidos pelo legislador constitucional.”¹⁵

E a Justiça Militar é especializada porque as instituições militares estão sujeitas a uma ordem jurídica particular, possuindo Códigos, Leis e Regulamentos próprios distintos da legislação comum, com vistas à proteção da hierarquia e disciplina que devem sempre existir no interior das organizações militares.¹⁶

2.4 A Justiça Militar da União na atualidade e sua contextualização no âmbito da Constituição Federal de 1988

Conforme podemos depreender das normas constitucionais, a Justiça Militar da União é competente para conhecer de matéria especializada, sendo seus jurisdicionados os integrantes das Forças Armadas, e constituída de duplo grau de jurisdição, sendo a Primeira Instância representada pelos Conselhos de Justiça para cada Força e a Segunda Instância representada pelo Superior Tribunal Militar, e tendo como características marcantes a composição colegiada e mista em ambas as instâncias.

Conforme salienta o Ministro Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, à “composição mista dá-se o nome de ‘escabinato’, órgão de colegialidade heterônoma”¹⁷, cuja finalidade é unir a técnica e o conhecimento jurídico dos ministros civis com a vivência trazida da caserna dos ministros militares. Os ministros militares devem ser os mais antigos de cada Força, do último posto da carreira, não estando subordinados a nenhum comando, tendo, portanto, independência para julgar de acordo com suas convicções.¹⁸

¹⁵ CAPANO, Mônica Herman Salem Caggiano e Evandro Babiani. **As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar. In Direito Militar: doutrina e aplicações.** Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 122.

¹⁶ É a Justiça Militar – Justiça Especial – que aplica essa legislação particular, necessária e distinta da legislação comum em face da hierarquia e da disciplina existente no interior das corporações militares. E é essa condição militar do integrante da instituição castrense que o submete à legislação específica, e não porque a classe militar é levada em conta como um todo. A Justiça militar existe não por causa dos crimes militares, mas para examinar o cometimento de crimes militares como definidos pela lei como tal, o que é completamente diferente. (SOUZA, Octávio Augusto Simon de. **Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano.** Curitiba: Juruá, 2008. p. 79)

¹⁷ BIERREMBACH, Flávio Flores da Cunha. **Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil.** São Paulo: Lettera.doc, 2006. p. 54.

¹⁸ A importância conferida pelo legislador constituinte à composição mista, sempre com primazia numérica para os militares, considerando precipuamente as particularidades da vida castrense, é primordial para a compreensão do presente trabalho e será tratado amiúde nos capítulos seguintes.

Assim, a Justiça Militar da União é responsável pela aplicação da lei penal militar, atuando em todo o território da Federação. Atualmente, está dividida em 12 circunscrições judiciárias militares, distribuídas no território nacional em 19 auditorias militares, sendo cada uma competente para processar e julgar os delitos militares, nos termos do Código Penal Militar¹⁹ e o Código de Processo Penal Militar.²⁰

Conforme dito, o escabinato, da mesma maneira como ocorre no âmbito do Superior Tribunal Militar (com primazia para uma maior quantidade de juízes de origem militar), se repete na primeira instância da Justiça Militar da União, que é constituída pelos Conselhos de Justiça, formados por um Juiz-Auditor Militar, provido por concurso público de provas e títulos, e mais quatro oficiais das Forças Armadas, cujas patentes dependerão do posto ou graduação do acusado.

Interessante verificar, também, que no primeiro grau de jurisdição existem Conselhos distintos para julgamento de praças e de oficiais. O Conselho Permanente de Justiça é sorteado trimestralmente para julgar as praças, sendo formado um Conselho para cada Força Armada. Já o Conselho Especial de Justiça é sorteado não por períodos, mas, sim, para cada processo específico envolvendo oficial, sendo que a origem dos juízes militares do citado Conselho será a mesma da Força Armada a qual pertence o acusado.

Oportuno referir uma certa confusão entre o papel dos Conselhos de Justiça e aquele exercido pelo Tribunal do Júri da Justiça Comum, todavia, Cláudio Amim Miguel esclarece que:

Os conselhos de justiça são formados, em linhas gerais, por um Juiz-Auditor e quatro militares. Pode parecer, em princípio, que funciona da mesma forma que o Tribunal do Júri. Mas não é bem assim, pois nestes os jurados decidem tão-somente pelo reconhecimento ou não da prática do delito, enquanto ao Juiz-Presidente cabe a aplicação da pena. Nos Conselhos de Justiça, tanto o Juiz-Auditor, como os militares, apreciam as matérias relativas à existência ou não do delito, bem como aplicação da pena. O peso do voto de cada Juiz é o mesmo, significando dizer que o Juiz-Auditor e o presidente, que é militar de mais alto posto ou mais antigo, votarem pela condenação, e os demais absolverem, o réu será absolvido por maioria, não cabendo embargos infringentes.²¹

¹⁹ Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969.

²⁰ Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969.

²¹ MIGUEL, Cláudio Amin e COLDIBELLI, Nelson, **Elementos de direito processual penal militar**, Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2ª edição, 2004. pp. 9-10.

Na Justiça Castrense os militares são sempre processados e julgados por juízes militares, cujo grau hierárquico é superior, ou pelo militar que seja mais antigo na carreira das armas, ou seja, prevalece na Justiça Militar o princípio do juízo hierárquico. Verifica-se, desta forma, não sem razão, a valorização da hierarquia como fator imprescindível na formação de um Conselho de Justiça. Conforme refere João Ronaldo Roth, “vigora um princípio no sorteio do juiz militar e no próprio Direito Processual Penal Militar para o militar integrar o Conselho de Justiça, de que sua condição hierárquica deve ser superior ou mais antiga que a do réu.”²²

Esta formação do Conselho julgador baseada no respeito à hierarquia fundamenta-se, primordialmente, na realidade da caserna, uma vez que seria inviável, no âmbito das Forças Armadas, um militar ser julgado por outro de hierarquia inferior. E com esta restrição decorrente da particularidade da vida militar evitam-se vinganças privadas, revanchismos e a própria quebra de um dos pilares das instituições militares. A própria rotina da caserna inviabiliza a hipótese de um inferior julgar seu superior hierárquico, levando-se em consideração que, no dia a dia, a hierarquia impera como requisito nodal para a manutenção da disciplina.

Observa-se, portanto, que no âmbito da Justiça Militar, para além da natural e obrigatória imparcialidade que deve ter o julgador, vigem outros paradigmas igualmente relevantes, a saber:

- o julgamento dos crimes militares por órgão colegiado e de origem mista (civis com formação jurídica e militares com experiência da caserna), com vistas a qualificar o julgamento em termos técnicos sem, contudo descuidar das particularidades da vida na caserna; o fato delituoso, desta forma, é analisado também levando em conta os elementos culturais, psicológicos, os riscos, os aspectos técnicos e os operacionais que envolveram a situação, e primordialmente a partir das próprias experiências de vida dos juízes militares; e

- o respeito ao princípio da hierarquia militar na composição dos órgãos julgadores, considerando sua relevância para manutenção das instituições militares.

²² ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003. p. 30.

3 PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

3.1 Forças Armadas no Brasil – Noções básicas

Foi ainda durante a monarquia que se estabeleceu no Brasil o sentimento de patriotismo, iniciando-se um processo de formação e organização das Forças Armadas, cujos principais objetivos eram defender a realeza portuguesa, desbravar e defender a região, afastando os invasores estrangeiros do território nacional.

As Forças Armadas brasileiras tiveram suas origens na Marinha e no Exército português, que após instalarem-se em nosso território passaram a fazer alianças com os índios locais para lutar contra invasores. Nessa união, os europeus se sobressaíam pela grande superioridade de suas armas de fogo, por sua organização hierarquizada e pela disciplina de suas tropas. Os índios preponderavam em número, na precisão do uso de suas próprias armas, e principalmente no conhecimento do terreno.²³

Na tentativa de colonizar as terras brasileiras, os portugueses instituíram as capitânicas hereditárias, neste sistema o território nacional foi dividido em capitânicas que eram governadas por donatários que tinham como função proteger, administrar e desenvolver sua parcela de terra. Este sistema não prosperou, e com o fracasso das capitânicas hereditárias, instituiu-se o governo geral e com ele o Exército Geral Brasileiro. O principal objetivo de então era a defesa do território pátrio e a luta contra os invasores espanhóis, franceses, holandeses e ingleses.

Com o advento da independência do Brasil, em 1822, a função primordial passou a ser exterminar todas as tentativas de fragmentação territorial e social do país. Mas foi com a Proclamação da República que as Forças Armadas passaram a ter maior destaque no cenário nacional.

Logo após a Proclamação da República, o então Exército Nacional não tinha ainda papel destacado e, por vezes, se via desvalorizado em detrimento da guarda nacional e dos exércitos estaduais, que ao tempo possuíam maior prestígio. Nesse sentido, os integrantes da guarda nacional eram selecionados entre os integrantes das classes mais abastadas, o

²³ MAGALHÃES, João Batista. **A evolução militar do Brasil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 1998. p. 115.

mesmo acontecendo com os membros dos exércitos estaduais, restando então a camada mais pobre da população que era selecionada para pertencer às carreiras do Exército Nacional.

Demais disso, além do baixo nível intelectual e dos baixos soldos, o Exército Nacional também carecia de uma melhor organização estrutural e doutrinária.

Na sequência, com o fim da Primeira Guerra Mundial a França passou a ter destaque no cenário internacional. Por conta do prestígio obtido com suas conquistas bélicas, os franceses impunham ao mundo a imagem de vencedores, despertando nos países menos desenvolvidos o interesse na aquisição/apreensão daquela, por assim dizer, exitosa tecnologia de guerra.

Os franceses também tinham interesse nos países subdesenvolvidos, principalmente comerciais, considerando a necessidade exportar todos os excedentes da guerra e, desta forma, visualizaram no Brasil um excelente parceiro para consecução desses objetivos.

Foi neste contexto que surge a Missão Militar Francesa para instrução do Exército Brasileiro e que, ao se estabelecer no Brasil, aqui fixou os fundamentos da doutrina militar brasileira.

Ao chegarem em terras brasileiras, os franceses encontraram, conforme relatos da época, um exército fraco e desorganizado. Nesse sentido, Adriana Iop Bellintani em sua pesquisa sobre as missões francesas de adestramento cita que em cartas remetidas à França os representantes da missão relatavam a situação do Exército Nacional:

Não existem, no funcionamento geral do Exército, atividades metódicas, sistemáticas e coordenadas. O armamento é ultrapassado, antiquado e insuficiente; o serviço militar, fraco; a justiça militar precária e a hierarquia inexpressiva. Quanto à defesa nacional, nada está organizado. A justiça militar precisa urgentemente de pessoal qualificado para evitar insubordinações e falta de disciplina. (...) Além dessa questão da justiça militar, há falta de disciplina, insubordinação e pouco preparo profissional; para a reorganização dessa força militar é necessária a hierarquização dos quadros de oficiais, de acordo com o valor de cada homem. Mas, durante a década de 20, os franceses encarregaram-se apenas das instruções e das escolas.²⁴

²⁴ BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 301.

Ainda, conforme Adriana Iop Bellintani, num período de 10 anos, entre 1920 e 1930, “a Missão Militar Francesa de Instrução (MMF) contratada ordena, disciplina e aperfeiçoa os quadros do exército: introduz novos regulamentos, refaz outros, cria grandes unidades de combate, constrói escolas, quartéis; e, (...), profissionaliza esses militares.”²⁵

Foi também neste período, pós Primeira Guerra Mundial, que surge dentro do contexto do Exército a Aeronáutica, criada inicialmente como uma especialidade e somente depois vindo a ser uma Força Armada independente em 1941.²⁶

Apesar da doutrina francesa disseminada nas academias não recomendar a participação dos militares na política, não foi isso que ocorreu nesse período em nosso País. Durante o período do Estado Novo, o Exército foi um grande aliado de Vargas, que acreditava na necessidade de ter as Forças Armadas ao seu lado para manter a soberania.²⁷

Com a participação das tropas brasileiras na Segunda Guerra Mundial ao lado dos Aliados, processaram-se diversas modificações nas instituições militares, tendo como consequência o abandono das tradições francesas e a importação do modelo norte-americano.

Observou-se então um progresso no quadro geral da legislação militar, tendo o Decreto de 1º de abril de 1946 estabelecido a composição das Forças Armadas com o Exército, Marinha e Aeronáutica como seus elementos de atividade permanente, suas organizações de reserva e Forças Auxiliares. Na paz tinham a missão comum de preparar a mobilização militar e a ordem legal, e em tempos de conflitos realizarem as mobilizações e executar as operações de guerra, tudo sob o controle de seu chefe supremo, o Presidente da República.²⁸

Com o fortalecimento das Forças Armadas, sua função de mantenedora da ordem e do nacionalismo passou a ter mais destaque. A união com a classe governante tratou de politizá-los e colocou-os cada vez mais próximos do poder, o que juntamente a fatores econômico-sociais e ameaça comunista, resultou no Golpe Militar de 1964.

²⁵ BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f.Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. P. 57

²⁶ Segundo João Batista Magalhães, a criação da aeronáutica como força independente foi muito mais um efeito da politicagem, do que uma necessidade da defesa nacional. Seria uma nova força para posar na balança das influências nem sempre concordantes da Marinha e Exército. (MAGALHÃES, João Batista. **A evolução militar do Brasil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 1998. p. 338.)

²⁷ BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f.Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 424.

²⁸ Sobre o assunto da influência ianque no Exército brasileiro consultar: MAGALHÃES, João Batista. **A evolução militar do Brasil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 1998. p. 367 e seguintes.

Depois de 25 anos de governo ditatorial, os militares voltam para caserna, deixando de atuar na política. Esse episódio da história é visto pelos sociólogos, conforme refere Adriano Nervo Codato, não “como uma volta dos militares aos quartéis, mas como a expulsão da política de dentro deles.”²⁹

Após a ditadura, a relação entre a sociedade civil e as instituições militares não restava clara e transparente o suficiente. Não havia muito interesse por parte dos líderes de opinião, acadêmicos, jornalistas, representantes do mundo do corporativismo, nem dos políticos, no sentido de direcionar as atribuições conferidas a estas organizações, conferindo-lhes, aumentando ou diminuindo seus poderes. Neste contexto, coube a Constituição Federal de 1988 determinar a destinação que as Forças Armadas teriam dali para frente na sociedade democrática estabelecida: a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem.

Importante referir nesse ponto que, mesmo com o advento da nova ordem constitucional, a base principiológica secular das Forças Armadas não foi alterada, isto é, sua organização com base na hierarquia e disciplina foi mantida.

E a perenidade de tais princípios está fortemente ancorada em arcabouço doutrinário a lhe amparar, senão vejamos.

Doutrina militar é o conjunto de conceitos básicos, princípios gerais, processos e normas de comportamento que sistematizam e coordenam as atividades das Forças Armadas na nação.³⁰ É o conjunto de normas práticas, uma ordem de ensinamentos de caráter permanente, é um princípio. Segundo Adriana Iop Bellintani “a doutrina militar compreende a organização, o equipamento, a instrução e o emprego da força; nela, estão contidos os princípios e as leis da organização militar. É ela quem define as bases organizacionais da instituição.”³¹

²⁹ MARTINS, L. 1979-1980. **A política (e os limites) da “abertura”**. Ensaio de Opinião, Rio de Janeiro, v. 15, p. 18-33, dez.-ago. apud CODATO, Adriano Nervo. Uma história política da transição brasileira: da ditadura militar à democracia. **Rev. Sociol. Polit. n.25 Curitiba nov. 2005**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782005000200008&lng=pt&nrm=iso> acesso em 03.02.2012.

³⁰ Glossário de termos e expressões para uso no Exército. C 20-320. Disponível em: <<http://www.coter.eb.mil.br/html/3sch/IGPM/site%20IGPM/web%20site/PDF/C%2020-1.pdf>>, acessado em 27.01.2012.

³¹ BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 545.

A principal atribuição exercida pelas Forças Armadas é a defesa da Pátria, da lei e da ordem, sendo efetivada, se preciso for, com excepcional recurso ao confronto armado, em princípio repudiado pela ordem constitucional brasileira, como forma de resolução de conflitos. Por outro lado, antigo ditado: “é na paz que se faz a guerra”,³² tem relevante significado no entendimento das questões militares.

É que a existência de uma Força Armada naturalmente pressupõe a possibilidade de que, a qualquer momento, o Estado possa vir a fazer uso dessa Força, respeitando, contudo, suas atribuições constitucionais, que no contexto da atual Constituição prevê somente a “defesa”, não colocando como fim maior destas instituições o enfrentamento pelo “ataque” que nos levaria a uma idéia de guerra.

Entretanto, mesmo com intuito de “defesa”, necessário se faz estar também pronto para a guerra. Para vencer uma batalha, o exército deve estar organizado e preparado para pronta mobilização de suas tropas, necessita de estratégias e táticas para alcançar a vitória no teatro de operações. Somente com o treino diário se consegue o aprendizado das posições que devem ser tomadas no campo de batalha, sendo que tudo deve ser estudado e exaustivamente treinado visando sempre um possível combate.

Assim, a doutrina militar agrega um diferencial aos militares em relação aos demais membros da sociedade civil em geral. Ter um objetivo sempre em mente, uma meta a cumprir, um fim a alcançar, seja na guerra³³ ou na paz, e faz com que os militares tenham a necessidade de se organizar e estarem sempre preparados para um hipotético, porém factível, confronto futuro. Estudar e aplicar táticas e estratégias para vencer o inimigo requer uma doutrina³⁴ que prepare os militares para a pronta mobilização das tropas e atendimento imediato às ordens emanadas de superiores.

Para que as Forças estejam sempre preparadas é necessário que exista uma coesão entre seus membros, devendo, na cabeça de um deles estar incutida como valor maior a pronta obediência às ordens emanadas, e para alcançar este objetivo é que se faz uso da

^{32,32} Aron traduz este ensinamento em simples palavras: “A razão recomenda, ao contrário, que pensemos na paz a despeito do fragor dos combates e que não esqueçamos a guerra quando as armas silenciarem.”(ARON, Raymond. **Paz e Guerra entre as Nações**. Brasília: UnB, 2002. P. 91.)

³³ O conceito de guerra por Carl Von Clausewitz: “a guerra é pois um ato de violência destinado a forçar o adversário a submeter-se à nossa vontade.” E outro conceito do mesmo autor: “a guerra é uma simples continuação da política por outros meios.” (CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da guerra**. 3ª Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.7.)

³⁴ Maquiavel respondendo questões sobre as funções de um exército observa que : “um Estado não pode basear sua segurança a não ser em seus próprios exércitos; esses exércitos só podem ser bem organizados mediante a formação de milícias, que, enfim, só existe esse meio para estabelecer um exército num país e formá-lo na disciplina militar.” (MACHIAVELLI, Niccolo. **A arte da guerra**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Escala, 2006. p. 37.)

doutrina militar. É por meio dela que cidadãos comuns passam a pensar de forma militarizada, aprendem a dar ordens e a recebê-las com rígido acatamento, e descobrem que há momentos nos quais não há tempo para contestar, cabendo tão somente cumprir o que é determinado.

Obediência e respeito não se alcançam da noite para o dia, devem ser pautadas no exemplo do próprio chefe³⁵, que com sua conduta disciplinada e constante observância dos preceitos e princípios militares ao longo de sua carreira, perpassa segurança e confiabilidade a seus subordinados, que aceitam e cultuam o modelo e não hesitam em acatar suas ordens.

É um processo de doutrinação comparado aos que são exercidos nas instituições religiosas, com fundamento na crença e na confiança. O soldado tem que sempre ter em mente que as ordens emanadas por seu comandante são corretas, devendo, portanto, nelas confiar e oferecer pronto atendimento.

Há momentos nos quais não há tempo para fazer um discernimento no sentido de avaliar se uma ordem dada por um superior é correta ou não, e para esses momentos é que se mostra necessário estar sedimentado na cabeça do subalterno que ordem é certa e deve ser cumprida de imediato.

É a certeza da constante correção da ordem que transmite ao subalterno o sentido de sempre obedecê-la. Com essa certeza em mente o soldado acata a ordem e dispara um gatilho, ataca o inimigo, pula do avião, lança um míssil. Nas operações militares reais não há tempo para se pensar em fazer ou não fazer algo que foi ordenado, só há tempo para o pronto atendimento.

Quando falamos de doutrina militar estamos nos referindo também aos regulamentos que normatizam a conduta dos comandantes e de seus comandados, seus direitos e deveres, as formas de ascensão hierárquica, a definição de cada posto e de cada função, os organogramas, etc. Todos os assuntos pertinentes à organização, funcionamento e execução das Forças Armadas, em tempo de guerra e em tempo de paz.³⁶

³⁵ “O comandante só pode dirigir o todo, não cada parte individual, e aí onde ele não pode dirigir as partes o espírito militar deve orientá-las.” (CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da guerra**. 3ª. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.191.)

³⁶ BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 256.

3.2 Princípios da hierarquia e disciplina

Aprofundando ainda mais a questão das particularidades que regem o estamento militar, oportuno se mostra a específica análise em face de sua base principiológica, ou seja, a perquirição acerca dos princípios da hierarquia e disciplina, tratando-os como princípios fundantes e norteadores de todo o sistema organizacional militar.

Ao discorrer sobre este tema, verifica-se que tais princípios são rotineiramente decantados aos quatro cantos que, por vezes, se afirma que a própria existência das Forças Armadas depende da existência e manutenção intocável desses princípios, e esse é o cerne das questões tratadas neste trabalho.

Apesar de os conceitos de hierarquia e disciplina estarem inseridos no contexto de outras instituições tão longevas quanto as Forças Armadas,³⁷ certo é que a referência tais princípios acaba sempre por remeter à idéia primeira de sua ligação com as instituições militares.

Com efeito, a noção de hierarquia e disciplina esteve sempre ligada à própria existência dos exércitos organizados. Numa guerra tem-se objetivos a serem conquistados, táticas a serem seguidas e, inexoravelmente, hão de se apresentar diversas situações limites, cujas ações para fazer face a esses desafios exigirão dos combatentes o irrestrito cumprimento das ordens emanadas das autoridades militares. Daí porque não se concebe um exército em que não impera a disciplina e o respeito à hierarquia, como pilares básicos de organização institucional.

Com esse entendimento o legislador constituinte de 1988, seguindo orientação de textos constitucionais anteriores, estabeleceu expressamente que as Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais

³⁷ Michel Foucault refere que os procedimentos disciplinares existiam há muito tempo nos conventos, nas oficinas, nos hospitais e nas escolas, mas foi nos séculos XVII e XVIII que se tornaram fórmulas gerais de dominação. Segundo o mesmo autor, a disciplina “dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita”. Já ao discorrer sobre hierarquia complementa alertando que “a disciplina recompensa unicamente pelo jogo das promoções que permitem hierarquias e lugares; pune rebaixando e degradando”. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 134.)

organizadas com base na hierarquia e na disciplina conforme previsão contida no artigo 142 de nossa Carta Magna.³⁸

Os princípios basilares das instituições militares encontram-se também previstos e definidos no Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 1980)³⁹, que contempla o tema consubstanciando os conceitos e prescrevendo o escalonamento hierárquico a ser observado na organização das Forças Singulares.

Para melhor entendimento, parte-se primeiro da definição proposta por José Afonso da Silva para quem, hierarquia "é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior" e disciplina "é o poder que tem os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores."⁴⁰

A partir dessas definições, chegamos à conclusão de que os princípios da hierarquia e disciplina militar são interdependentes, uma vez que a existência de um depende da do outro, sendo assim indissociáveis.

Apesar de correlatos, contudo, esses bens jurídicos não devem ser confundidos, como bem salienta José Afonso da Silva:

Não se confundem, como se vê hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem o poder hierárquico. 'Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há, correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, as ordens, normativas ou individuais,

³⁸ Art. 142 - As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (Constituição Federal de 1988)

³⁹ Com efeito, assim dispõe o art. 14, *caput*, e § 1º, da Lei nº 6.880, de 1980: Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º. 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. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º. 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.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

⁴⁰ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 774.

emanadas dos órgãos superiores.’ A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica.⁴¹

O Estatuto dos Militares conceitua hierarquia como sendo a “ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. Esta ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação.”⁴²

Desta forma, quanto mais elevado o grau hierárquico do militar⁴³, proporcionalmente maior será sua responsabilidade de ação, de delegação de tarefas e de escolha da opção mais conveniente dentre várias apresentadas, devendo esta responsabilidade ser apreendida em todos os escalões.

Assim, organização de uma Força Armada depende da obediência e da disciplina em todos os postos, do general ao soldado.

Hierarquia é a forma de organização das instituições militares, é um quadro estrutural que demonstra o sistema de transmissão de poder e emanação de ordens, com suas ramificações que vão diminuindo de acordo com a distância do centro (nesse contexto disciplina seria o princípio assegurador desta transmissão).

O vínculo comandante-subordinado ocorre em um escalonamento vertical que vai do Presidente da República, como comandante supremo das Forças Armadas, num extremo mais alto, até ao recruta no extremo mais baixo.

A disciplina de acordo com o mesmo Estatuto “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”, é a força principal dos exércitos, mantenedora da hierarquia, sem ela não há obediência. Em tempos remotos a

⁴¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. p. 774.

⁴² Art. 14, caput, e § 1º, da Lei nº 6.880, de 1980

⁴³ “O comandante é eleito proporcionalmente à reputação e excelência das suas qualidades; os mais eminentes chefes das largas massas são selecionados depois de um minucioso exame. Mas esta seleção diminui a medida que se desce na hierarquia do posto militar, e pode-se pois contar cada vez menos com as disposições individuais; esta diminuição tem que ser compensada pela virtude militar.” (CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da Guerra**. 3ª. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.192)

palavra disciplina se referia muito mais ao sentido do obedecer fisicamente às ordens, Maquiavel sempre exaltava essa característica como sendo fundamental do soldado.⁴⁴

Segundo Max Weber a disciplina seria “a execução conseqüentemente racionalizada, isto é, metodicamente ensinada, precisa e que incondicionalmente reprime qualquer crítica pessoal, de uma ordem recebida e a contínua disposição íntima dirigida exclusivamente a este fim.” O autor acrescenta ainda uma outra propriedades que caracteriza a disciplina que é a capacidade de uniformização racional da obediência de uma multiplicidade de pessoas.⁴⁵

A disciplina militar traduz-se, desta forma, pela obediência imediata às ordens do superior hierárquico, com prontidão para execução do serviço, correção nas atitudes e cooperação, tendo em vista a coletividade e a eficiência das Forças Armadas.⁴⁶

Sem disciplina não existe um exército coeso, mas, sim, um conjunto desordenado de homens armados sem dever militar, sem espírito patriótico, sem consciência de sua missão.

Portanto, o traço marcante que distingue as Forças Armadas de outras instituições civis é a sua militarização, ou seja, o enquadramento hierarquizado e disciplinado de seus membros, dispostos em unidades armadas e preparadas para o combate, detentores da coação impositiva e da força pública com que deve contar o Estado para manter a unidade de seu povo e a independência de seu território.⁴⁷ E é por possuírem tal estrutura e organização que receberam a relevante e ímpar missão constitucional de proteção da Pátria.

E é nesse contexto que não se pode falar de militares sem que se pense de antemão em seus princípios fundamentais. Assim é que os soldados que se alistam para o serviço militar obrigatório, bem como aqueles que entram nos quadros voluntariamente,

⁴⁴“Os antigos nos fornecem uma multidão de exemplos que atestam que com uma boa disciplina se tem bons soldados em qualquer região. A disciplina supre as deficiências da natureza e é mais forte que suas leis.” (MACHIAVELLI, Niccolo. **A arte da guerra**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Escala, 2006. p. 31.)

⁴⁵ WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009. p. 356.

⁴⁶ Foucault, ao tratar do assunto faz sua análise sintetizando que: A disciplina militar não é mais um simples meio de impedir a pilhagem, a deserção, ou a desobediência das tropas; torna-se uma técnica de base para que o exército exista, não mais como uma multidão desajustada, mas como uma unidade que tira dessa mesma unidade uma majoração de forças; a disciplina faz crescer a habilidade de cada um, coordena essas habilidades, acelera os movimentos, multiplica a potência de fogo, alarga as frentes de ataque sem lhes diminuir o vigor, aumenta as capacidades de resistência, etc. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 198.)

⁴⁷ CARVALHO, Alexandre Reis de Carvalho. **A Tutela da hierarquia e da disciplina militar**. Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7301/a-tutela-juridica-da-hierarquia-e-da-disciplina-militar>. Acesso em: 27 Fev 2012.

recebem na caserna os fundamentos desse modo de ser e de agir diferenciado. Tomam conhecimento da estrutura organizacional da Força e são iniciados em seus regulamentos disciplinares.

O soldado, pois, nesse contexto, deve confiar nos seus comandantes e na direção política de seu país, sendo fundamental para formação de seu caráter profissional o dogma de que o soldado deve confiar e obedecer.

Por outro lado, não se trata apenas de um obedecer cego e inquestionável. Tratando do assunto João Manoel Simch Brochado adverte que

a simples redução de um soldado à disciplina, oferecendo-se-lhe as opções da servidão inquestionável ou da sanção dos regulamentos disciplinares, deve ceder lugar, nas Forças Armadas nacionais, à consciência coletiva de obediência em nome da eficácia do instrumento de guerra. As punições disciplinares continuam existindo para os infensos a essa subordinação, que as devem receber com a aprovação consensual de seus camaradas do agrupamento de combate.⁴⁸

Portanto, para os que não se enquadram nos valores da hierarquia e disciplina, em desobediência aos regulamentos da caserna, resta a punição disciplinar ou a reprimenda na esfera do Direito Penal Militar.⁴⁹

A disciplina militar, sob seu aspecto da subordinação, precisa ter respeitado seus limites. O superior não pode transformar o inferior em instrumento para cometimento de delitos e, para tanto, refere-se como exemplo o instituto da obediência hierárquica, que no Direito Penal Militar é uma excludente de culpabilidade.⁵⁰ Agindo assim, o legislador quis impedir que se colocasse em cheque o princípio constitucional da hierarquia. Quando a ordem

⁴⁸ BROCHADO, João Manoel Simch. **O Caráter dos Soldados**. Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército Editora, 2001. Disponível em: <www.cdocex.eb.mil.br/Livro2.pdf>. Acessado em 04.12.11.

⁴⁹ Sobre o assunto, interessante pensamento de Foucault:

Na essência de todos os sistemas disciplinares, funciona um pequeno mecanismo penal. É beneficiado por uma espécie de privilégio de justiça, com suas leis próprias, seus delitos especificados, suas formas particulares de sanção, suas instancias de julgamento. As disciplinas estabelecem uma “infrapenalidade”; quadriculam um espaço deixado vazio pelas leis; qualificam e reprime um conjunto de comportamentos que escapa aos grandes sistemas de castigo por sua relativa indiferença. (FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 171.)

⁵⁰ Neste sentido discute-se, ainda, a excludente especial de ilicitude do comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, dos responsáveis pelo bom desempenho de uma tropa, bem como a admissão incondicional do princípio constitucional da hierarquia à exclusão da culpabilidade, pelo instituto da obediência hierárquica. (FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. xv.)

ilícita dada pelo superior não for manifestamente criminosa, excluir-se-á a culpabilidade do inferior pela aplicação do instituto da obediência hierárquica.

Observa-se, ainda, que os princípios da hierarquia e disciplina, apesar de existirem também no âmbito da administração pública em geral, têm no âmbito das Forças Armadas um sentido todo especial, que lhes conferem um status diferenciado e determinam todo um agir próprio desse estamento. Segundo Eliezer Pereira Martins

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 público militar refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense, e tal diferenciação impõe-se já na legislação aplicável aos militares, que destaca valores especiais a serem tomados por esta categoria de servidores.⁵¹ (grifou-se)

Da análise em relação aos princípios da hierarquia e disciplina como postulados norteadores e garantidores da existência das organizações militares, verifica-se que sua relevância impôs ao legislador constituinte a necessidade de explicitá-los na Carta Maior. Além disso, a disposição constitucional dos princípios da hierarquia e disciplina acabou por promovê-los a princípios de direito, justificando assim o fato de terem se espreado, deixando de ser um princípio organizacional restrito às instituições militares, para se estenderem como fundamento determinante da própria especialidade do Direito Militar.

E atuando dentro do direito militar, transmutam-se em princípios de Direito Penal Militar e Processual Penal Militar, regendo as relações entre os indivíduos vinculados às instituições castrenses, não somente no tocante a esta relação especial de sujeição estabelecida, mas também no tocante a conflitos que devam ser resolvidos dentro da seara judicial criminal militar.

3.3 Reflexos dos princípios da hierarquia e disciplina no direito militar

A Constituição de 1988 instituiu um novo modelo no tocante ao tratamento dado aos direitos fundamentais, privilegiando-os em relação a outros direitos. Essa tendência

⁵¹ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996. p. 24.

à proteção mais efetiva dos direitos fundamentais se alastrou por todo ordenamento jurídico incorrendo na necessidade de sua adaptação ao novo modelo de proteção.

O giro hermenêutico perpetrado pelos princípios da hierarquia e disciplina, que ao transcenderem da regência da organização das instituições militares e transformarem-se em princípios de Direito Penal Militar, traz consigo a imposição de que tais princípios, apesar de fundantes e norteadores das organizações militares, quando balizadores das relações jurídico-penais, entrem em consonância com todo o sistema jurídico e com o primado constitucional da proteção aos direitos fundamentais.

A importância capital dada aos princípios da hierarquia e disciplina estabelece no direito militar determinados dogmas que, por um lado, sustentam os referidos pilares, e de outro, estabelecem uma série de diferenças de tratamento em face da sociedade civil em geral.

Tais diferenças de tratamento podem materializar-se em conflitos entre princípios que, ao serem sopesados, podem vir a caracterizar verdadeiras restrições a direitos fundamentais dos militares com fundamento nos princípios da hierarquia e disciplina.

O que se observa na prática diária da rotina judicial criminal militar é que o Direito Penal Militar parece andar exatamente no sentido contrário do Direito Penal Comum, uma vez que os institutos típicos da proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo voltados à seara criminal, tais como a subsidiariedade, a fragmentariedade e a intervenção mínima, frequentemente, para não dizer em todos os casos, não são aplicados no âmbito da Justiça Militar.

Constata-se, portanto, se não um recrudescimento do sistema penal militar, pelo menos um engessamento da Justiça Militar no sentido de sua ortodoxia no tratamento das medidas despenalizadoras quando comparado ao moderno Direito Penal enquanto consubstancializador e garantidor dos direitos fundamentais, e sempre sob o argumento de que a hierarquia e disciplina impõem tal rigidez.

Seja como for, ao fim deste estudo é imprescindível retomar o questionamento se o legislador constituinte originário, ao prever no texto da Carta Constitucional de 1988 os princípios da hierarquia e disciplina, teve como intuito privilegiar, incontinenti, o interesse público específico que envolve as instituições militares, uma vez que somente a partir dessa resposta pode-se avaliar o peso de tais princípios quando confrontados com aqueles erigidos à categoria dos direitos fundamentais, igualmente contidos na Constituição e que serão analisados a seguir.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Direitos Humanos e Direitos Fundamentais

No contexto deste estudo, isto é, a análise acerca da influência dos princípios da hierarquia e disciplina como balizadores de restrições aos direitos fundamentais dos militares dentro da ordem constitucional, oportuno estabelecer, inicialmente, uma ordem cronológica do surgimento desses princípios.

E, nesse sentido, é oportuno observar que os direitos fundamentais⁵² surgem em um momento bem posterior ao estabelecimento das primeiras instituições militares.

As noções de exércitos e, por conseguinte, de hierarquia e disciplina, são anteriores à própria existência do Estado que, em conseqüência, é anterior a própria idéia de direitos humanos e obviamente ao próprio processo de constitucionalização dos direitos fundamentais. Dessa seqüência, decorre a necessidade de compatibilização da ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito⁵³ com os princípios milenares da hierarquia e disciplina militares. Partindo dessa visão cronológica e abrangente, inicia-se o estudo dos direitos fundamentais.

São chamados de direitos humanos os direitos do homem em geral e de direitos fundamentais os direitos positivados em um determinado tempo e espaço.

⁵² Com a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776 e a Declaração Francesa, de 1789 tem-se o ponto fulcral do desenvolvimento dos direitos humanos, quando se deu a positivação destes direitos, acabando por adquirir o lastro de um consenso abrangente com a Declaração Universal, de 1948, reforçado pela Conferência de Viena da ONU sobre direitos humanos, de 1993.

⁵³ A configuração do Estado Democrático de Direito, segundo José Afonso da Silva não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (...), em que o poder emana do povo, e que deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (...); participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de idéias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. pp. 119-120.)

Podemos esboçar uma definição de direitos humanos em termos explicativos, como a proposta por Pérez Luño, que delimita como deve ser empregado o termo na teoria jurídica e política de nosso tempo, para conseguir a máxima clareza e rigor, a partir do uso mais representativo do termo direitos humanos como “conjunto de qualidades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humana, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos a nível nacional e internacional.”⁵⁴

Os direitos fundamentais são os direitos humanos que determinado Estado positivou e reconheceu em sua esfera constitucional, são aqueles direitos subjetivos que as normas de um determinado ordenamento jurídico atribuem universalmente a todos enquanto pessoas, cidadãos e pessoas capazes de agir.⁵⁵

Essa diferenciação conceitual não significa que os direitos humanos e os direitos fundamentais estejam em domínios incomunicáveis, sendo possível um intercâmbio entre eles. Os direitos humanos internacionais podem abalizar-se nos direitos fundamentais positivados por um Estado, e estes podem incluir no rol de seus direitos fundamentais, direitos humanos proclamados em diplomas e em declarações internacionais.⁵⁶

Vale ressaltar que quando os direitos humanos deixaram de ser teorias filosóficas e foram positivados pelos legisladores, deixaram de ser reivindicações políticas e éticas, neste contexto ocorreram ganhos e perdas. Ganharam em concretude com a prerrogativa da exigibilidade jurídica. Perderam em abrangência, pois são protegidos somente no Estado em que os proclama.⁵⁷

As revoluções do século XVIII trouxeram para os ordenamentos jurídicos seus princípios cardeais, ou seja, liberdade, igualdade, fraternidade, que foram generalizados e universalizados como direitos fundamentais. Esses postulados determinaram a seqüência histórica da gradativa institucionalização desses direitos, sendo manifestados na ordem institucional em gerações sucessivas que correspondem aos princípios outrora abstratos agora

⁵⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9ª ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 50.

⁵⁵FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 291.

⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 278.

⁵⁷MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 288.

positivados em cada ordenamento jurídico. O estudo das gerações de direitos fundamentais será objeto do próximo subitem.

Ao discorrer sobre os direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade tratou-os sob diversas perspectivas, sendo a primeira a perspectiva jus naturalista, que define os direitos fundamentais como anteriores ao Estado e à Sociedade, sendo direito de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares. A segunda perspectiva citada pelo autor português é a internacionalista, na qual infere que há um conjunto de direitos fundamentais dos quais decorrem todos os outros que, seriam o conjunto de direitos que estão mais intimamente ligados à dignidade e ao valor da pessoa humana, não podendo ser violados sob qualquer pretexto, ou seja, direito de todos os homens, em todos os lugares, num certo tempo. E finalmente em terceiro lugar, a perspectiva constitucional que se refere aos direitos fundamentais como direitos dos homens num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto.⁵⁸

Para José Joaquim Gomes Canotilho “a positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica dos direitos considerados ‘naturais’ e ‘inalienáveis’ do indivíduo.”⁵⁹ A maior dificuldade reside, entretanto, na delimitação do que seja direito fundamental, materialmente falando, em cada Estado que o deseje positivizar, haja vista que o rol dos direitos fundamentais não é homogêneo, nem coincidente em todos os casos e vem se avolumando em decorrência das necessidades de proteção de acordo com cada momento histórico.

Na tentativa de fugir da subjetividade e encontrar um denominador comum determinante da fundamentalidade em um direito, chegou-se ao princípio inspirador dos direitos fundamentais, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Deste princípio emanam as necessidades de proteção à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, dentre outros. A partir dessa prerrogativa, pode-se inferir que “os direitos e garantias fundamentais (ao menos boa parte deles) podem ser considerados expressões e concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, (...)”⁶⁰

Na visão de José Carlos Vieira de Andrade há quem conteste a aptidão do princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundante, responsável por conferir

⁵⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 11.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 347.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. pp. 125-126.

unidade de sentido ao conjunto dos direitos fundamentais, mas contrariando este argumento preceitua:

Os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente os impõe. O conjunto dos direitos fundamentais é significativo (e desvendável) porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há-de ser uma unidade axiológica, material, que funde e legitime o seu conteúdo normativo.⁶¹

Não se trata de um posicionamento limitativo e excludente das demais fontes de produção de direitos fundamentais que não estejam especificamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, mas é um parâmetro direcionador, um critério basilar, mas não exclusivo, para construção de um conceito material de direitos fundamentais.⁶²

Portanto, sendo os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, pretensões que se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana, em cada momento histórico⁶³, cabe a cada Estado discernir quais pretensões devem ser realmente capituladas como exigências desse postulado⁶⁴, estabelecendo-se assim um limite de proteção.

4.2 As gerações de direitos fundamentais

⁶¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 113.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 129.

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 271.

⁶⁴ Conceituação que se recolhe em José Afonso da Silva, para quem os direitos fundamentais designam: no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que o [ordenamento jurídico] concretiza em garantia de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentalmente do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. (SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. pg. 178.)

Sob o ponto de vista histórico, pode-se discorrer sobre a evolução dos direitos fundamentais dispendo-os em gerações que representam a seqüência em que foram surgindo e sendo implementados no ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio, ao discorrer sobre as gerações de direitos fundamentais, justifica sua historicidade na medida que os interpreta como conquistas gradativas, portanto “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. O autor cita, como exemplo, a liberdade religiosa que resultou das guerras de religião; as liberdades civis resultaram da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais resultaram dos movimentos dos pobres, camponeses, trabalhadores assalariados, que reivindicavam não só a liberdade, mas também a proteção do Estado. A evolução do próprio homem em sociedade justificaria o reconhecimento de novas proteções que acompanharam seu desenvolvimento e o estabelecimento de futuras gerações de direitos fundamentais.⁶⁵

Os direitos fundamentais da primeira geração surgiram como reflexo das aspirações ideológicas das Revoluções francesa e americana. Os direitos da liberdade foram os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, representados pelos direitos civis e políticos. A titularidade dos direitos de primeira geração pertence ao indivíduo, sendo a subjetividade sua principal característica. Pretendia-se com o estabelecimento desses direitos fixar uma esfera de autonomia pessoal de oposição perante as pretensões do Estado, que se traduziam para este em obrigações de não fazer, não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. Aludiam-se aos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, complementados pelas liberdades individuais como a de consciência, imprensa, culto, reunião, inviolabilidade de domicílio, participação política, etc. São direitos que valorizam primeiro o homem-singular não se preocupando com as desigualdades sociais.⁶⁶

Os direitos da segunda geração⁶⁷ são representados pelos direitos sociais, culturais, econômicos. Inspirados pelas ideologias proclamadas nas Constituições marxistas nasceram

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 25-26.

⁶⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 267.

⁶⁷ Paulo Bonavides coloca como integrante dos direitos de segunda geração os direitos coletivos ou das coletividades e explica: Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto

atrelados ao princípio da igualdade. Os direitos desta geração surgiram em decorrência das disparidades sociais, do aumento demográfico, do processo de industrialização e como consequência do descaso do Estado para com os problemas sociais.⁶⁸

Os ideais do Estado Liberal absentista não satisfaziam às exigências da sociedade. Os direitos pleiteados ao contrário de outrora, exigiam do Estado prestações positivas (assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer, etc) e reconhecimento de liberdades sociais (direito à sindicalização, à greve, direitos trabalhistas) no sentido do estabelecimento de uma igualdade real e igual para todos. A utilização da palavra “social” para denominar os direitos de segunda geração, não nos remete aos direitos coletivos ou difusos da terceira geração, outrossim, respalda as inspirações de justiça social, correspondendo às reivindicações das classes menos favorecidas.⁶⁹

Os direitos da terceira geração refletem a ideologia da fraternidade, não se propõem à proteção específica de interesses individuais, destinam-se a proteção de grupos humanos (família, povo, nação), caracterizando-se como direitos de titularidade difusa ou coletiva.⁷⁰ Os direitos de terceira geração mais citados são o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio histórico e cultural da humanidade e o direito de comunicação.⁷¹

Os direitos da quarta geração refletem a ideologia da globalização do neoliberalismo e atrelado a esse ideal político, a globalização dos direitos fundamentais. Segundo Paulo Bonavides “dos direitos de quarta geração dependem a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” Os direitos da quarta geração são: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.⁷²

Essa distinção entre gerações dos direitos fundamentais não é estabelecida no sentido de suplantação e exclusão de direitos no tempo e no espaço. Pelo contrário, a divisão

salvaguardar o indivíduo, conforme ocorreria na concepção clássica dos direitos da liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude.(BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 565.)

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. pp. 56-57.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 58.

⁷¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 569.

⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 570-572.

em gerações objetiva apenas situar os diferentes momentos históricos em que esses grupos de direitos surgiram como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. Demonstra um caráter cumulativo e interativo da evolução desses direitos, prevendo a possibilidade do surgimento de novas gerações motivadas por novas necessidades impostas por uma sociedade em constante evolução.⁷³

4.3 Constitucionalização dos direitos fundamentais

Constitucionalização, a partir do conceito sugerido por José Joaquim Gomes Canotilho, “é a incorporação de direitos subjetivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário.”⁷⁴ Tem como maior consequência a possibilidade de proteção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdicional da constitucionalidade dos futuros atos normativos reguladores.

No Brasil, a atual Carta de 1988⁷⁵ foi um marco jurídico da transição para o regime democrático ao consolidar a ruptura com o regime ditatorial militar, proporcionando uma expansão no campo dos direitos e garantias fundamentais.⁷⁶ O texto constitucional em seu preâmbulo projetou a construção de um Estado Democrático de Direito e em seus primeiros artigos afirmou princípios que consagrariam seus fundamentos e seus objetivos.

Os postulados da cidadania e dignidade da pessoa humana transformaram-se então em alicerces do Estado Democrático de Direito brasileiro e os direitos fundamentais

⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 268.

⁷⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 348.

⁷⁵ Segundo Paulo Bonavides:

A Constituição de 5 de outubro de 1988 foi de todas as Constituições brasileiras aquela que mais procurou inovar tecnicamente em matéria de proteção aos direitos fundamentais. Não o fez porém sem um propósito definido, que tacitamente se infere do conteúdo de seus princípios e fundamentos: busca em termos definitivos de uma compatibilidade do Estado social com o Estado de Direito mediante a introdução de novas garantias constitucionais, tanto do direito objetivo quanto do direito subjetivo.

Quanto às do primeiro teor, a saber, as de direito objetivo, as garantias das garantias, se assim podemos nos expressar; vem a ser a Constituição mesma, a sua rigidez, o seu grau de legitimidade, o seu formalismo, a eficácia, a juridicidade e o alcance de suas cláusulas, a par de um efetivo controle de constitucionalidade. Mas não param aí as garantias formais de que a Constituição será protegida e protegerá o Direito.

Uma outra garantia clássica, intimamente vinculada ao Estado de Direito, e que durante a primeira metade do século XX parecia constituir um obstáculo ao advento e à caracterização do Estado Social, recebeu considerável reforço com a lei maior brasileira de 1988: o princípio da separação dos poderes. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. pp. 547-548)

⁷⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 25-26.

passaram a ser substratos para realização do princípio democrático tendo em vista sua função democratizadora.⁷⁷ A importância do estabelecimento dos direitos fundamentais a nível constitucional⁷⁸ determinou sua relevância jurídica daí para frente como precursor e responsável pela institucionalização e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, verificou-se a necessidade de zelar para que as posições afirmativas como essenciais da pessoa não se transformassem em letra morta no texto constitucional aguardando manifestação positiva do legislador para se efetivarem. A previsão contida no § 1º do art. 5º da CF/88 que dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, busca evitar que os direitos fundamentais só ganhem expressão quando regulados por lei. O significado maior dessa cláusula é destacar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programáticas, podendo ser aplicadas independentemente de regulação infraconstitucional.⁷⁹

Os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei.

A questão sobre a função da lei neste domínio é esclarecida por José Carlos Vieira de Andrade que, na tentativa de dirimir a dúvida, infere que não se pode afirmar que os direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem apenas pelo conteúdo que por estas lhe é dado, porque “a Constituição vincula positivamente o legislador e uma lei não terá valor jurídico se atentar contra a norma constitucional que consagra um direito.”⁸⁰

⁷⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. pp. 25-26.

⁷⁸Em relação a importância dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 infere o eminente Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de lhes emprestar significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e sete incisos e dois parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A idéia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância. (MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n.º. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de junho de 2009.)

⁷⁹José Carlos Vieira de Andrade detalha este entendimento, afirmando que a qualidade de direito imediatamente aplicável: Em primeiro lugar, significa a afirmação do carácter jurídico-positivo e não meramente programático (proclamatório) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias. Constitui, neste sentido, uma explicitação do princípio da constitucionalidade, de acordo com o qual “a validade das leis e dos demais actos do Estado... depende da sua conformidade com a Constituição”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 254.)

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 255.

Destaca-se, portanto, dessa assertiva, que a disposição contida no § 1º do art. 5º da Constituição Federal, que dispõe sobre as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e determina sua aplicação imediata, trata-se de uma norma-princípio que estabelece uma ordem de otimização, uma determinação para que seja conferida maior eficácia possível aos direitos fundamentais, respeitados, entretanto, os limites inerentes à sua concretização.⁸¹

No direito brasileiro, os direitos fundamentais se definem como direitos constitucionais e as normas que os abrigam impõem-se a todos os poderes constituídos, ou seja, vinculam o executivo, legislativo e judiciário. Em relação ao legislativo coloca-se assim como verdadeiro limite ao poder de reforma da constituição. Desta forma são vedadas emendas ou propostas de emendas que tendam a abolir normas elencadas no rol das cláusulas pétreas, nas quais se inserem os direitos e garantias fundamentais, ficando assim protegidos contra a ação erosiva do legislador ordinário.⁸²

Toda essa rigidez no trato da proteção de tais direitos se justifica no sentido de serem direitos essenciais a manutenção da dignidade do ser humano, não podendo nem mesmo seu titular dele dispor, sendo, portanto, irrenunciáveis, inalienáveis e intangíveis.

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade, devendo essa igualdade ser respeitada pelo Estado e pela sociedade. Restrições aos direitos fundamentais podem ser impostas, mas nunca poderão ultrapassar os limites da dignidade da pessoa humana.⁸³

Oportuno nesse ponto assinalar que, das características listadas, não se inseriu o adjetivo absoluto, pois não há que se falar que os direitos fundamentais são absolutos, podendo sofrer limitações quando confrontados com outros direitos fundamentais ou princípios.

⁸¹ Paulo Gustavo Gonet Branco adverte que:

Essa característica indicada pela própria Constituição, entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos.

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são auto-aplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. Mesmo algumas normas constantes do artigo 5º da Constituição Federal não dispensam a concretização, por via legislativa, para que possam produzir efeitos plenos e mesmo adquirir sentido. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 285-287.)

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 401.

⁸³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 126.

4.4 A estrutura normativa dos direitos fundamentais: princípios e regras

São vários os autores que se propuseram a estabelecer definições sobre as espécies normativas, diferenciando regras de princípios, tendo todos, entretanto o mesmo fim, ou seja, justificar a aplicação dos princípios como solução de conflitos nos casos concretos.

O primeiro conceito a ser citado é o proposto por Claus Wilhelm Canaris que diferencia as duas espécies normativas baseando-se em seus conteúdos axiológicos, para o autor os princípios, diferentemente das regras, possuem conteúdo axiológico explícito não precisando de regras para sua concretização. No tocante ao modo de interação com outras normas, os princípios recebem seu conteúdo de sentido, seu significado de acordo com um processo dialético de complementação, o que não ocorre com as regras.⁸⁴

Com a intenção de atacar o positivismo⁸⁵ e na defesa do modo aberto de argumentação embasada na aplicação de princípios, Ronald Dworkin define regras como sendo normas concretas, já determinadas para uma aplicação específica, ao passo que os princípios jurídicos são gerais e carentes de interpretação. Tanto as regras quanto os princípios são mandamentos cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. Para o autor as regras são aplicadas ao modo do tudo ou nada, portanto, na hipótese de incidência de uma regra, ela será válida, devendo sua resposta ser aceita, caso contrário, não será válida, em nada contribuindo para a decisão, portanto se duas regras entram em conflito, uma não pode ser válida.⁸⁶

No caso dos princípios, eles possuem uma dimensão de peso e importância demonstráveis na hipótese de colisão, pois quando se inter cruzam, o princípio com peso

⁸⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. pp. 80,81 e 88.

⁸⁵ Nesse sentido Paulo Gustavo Gonet Branco discorre que “os positivistas consideram que, além de um conjunto de sentidos bem definidos que se pode extrair das normas, resta, por vezes, uma zona de penumbra, caracterizada pela falta de norma encontrável pelos métodos tradicionais para regular a situação mais complexa. Não haveria uma diretriz estabelecida para a solução da controvérsia. Nessas hipóteses, o juiz gozaria de discricionariedade para decidir como lhe parecer mais apropriado. Essa discricionariedade seria a contrapartida da inexistência de somente uma resposta correta, extraída do direito posto – ainda que, como salientam alguns positivistas, essa liberdade não seja completa, nem se reduza a um capricho, uma vez que encontra limites que estreitam o seu escopo. Dworkin não admite a discricionariedade forte, equivalente a uma audaciosa liberdade de escolha de significados normativos, que os positivistas advogam, o direito nunca seria incompleto. Os princípios, considerados na sua globalidade, com sua carga moral, proveriam a resposta correta, passível de ser encontrada em situação ideal de discurso.” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147.)

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade. As regras não possuem essa dimensão de peso, podendo somente ser válidas ou não.⁸⁷ A diferenciação é estabelecida principalmente quanto à estrutura lógica e quanto ao modo de aplicação de cada uma das espécies normativas.

Robert Alexy, contudo, fez a distinção entre os dois preceitos deixando bem claro tratar-se de uma distinção qualitativa e não de grau, impondo-se, portanto, que uma norma ou é uma regra, ou é um princípio. Para o autor princípios são normas que estabelecem que algo seja cumprido na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, são mandamentos de otimização, caracterizados por poderem ser realizados em graus diversos. As regras são normas que devem sempre ser satisfeitas ou não satisfeitas, suas premissas são ou não diretamente preenchidas, possuem determinações na esfera do que é fática e juridicamente possível. Se uma regra é válida deve-se fazer exatamente o que ela exige.⁸⁸

Alguns critérios usualmente empregados para a distinção entre regras e princípios foram propostos por Humberto Ávila. O primeiro seria o critério do caráter hipotético-condicional, no qual a regra apresenta uma hipótese e uma consequência que determinam a decisão, enquanto os princípios indicam o fundamento a ser usado pelo interprete para encontrar a regra para o caso concreto.

Já o segundo critério é o do modo final de aplicação segundo o qual as regras são aplicadas de modo absoluto, baseadas no tudo ou nada, os princípios são aplicados de modo gradual, com base no mais ou menos.

O terceiro critério é o do relacionamento normativo, que dispõe que num conflito de regras a solução será encontrada com a invalidação de uma delas ou a criação de uma exceção, enquanto num conflito de princípios a solução será a ponderação, sendo atribuída uma dimensão de peso a cada um deles.

Por fim, o quarto critério diz respeito ao fundamento axiológico que considera que os princípios, ao contrário das regras, são fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.⁸⁹

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

⁸⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 90 e 91..

⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 39.

Os critérios de distinção acima enumerados são relevantes, sendo examinados e criticados pelo mesmo autor, que ao final conclui estabelecendo conceitualmente sua própria diferenciação:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁹⁰

O direito, portanto, é um sistema de normas harmonicamente articuladas⁹¹, partindo-se desta afirmação constata-se que uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Quando o conflito se estabelece entre regras, deverá ser solucionado pelos critérios da hierarquia, o critério cronológico e o critério da especialização, entretanto, quando nos referimos a conflitos entre princípios, busca-se a solução por meio da ponderação, já que não há um critério que estabeleça uma ordem de preterição ou uma hierarquia principiológica.

4.5 O valor dos princípios

Os princípios, como o próprio nome já diz, principiam, iniciam, no sentido de que contém em si um profundo valor fundante e significam a própria essência básica daquilo que representam.

Compreender o Direito como um sistema ajuda a refletir sobre o papel dos princípios e sua normatividade. Entender a força normativa dos princípios da hierarquia e disciplina auxiliará mais a frente a perceber porque, no contexto das Forças Armadas, possuem um peso tão significativo quando confrontados com outros princípios.

⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 78.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 331.

Conforme preceitua Claus Wilhelm Canaris⁹² o conceito de sistema que ainda deve dominar é a definição clássica proposta por Kant, que caracterizou o sistema como “a unidade, sobre uma idéia, de conhecimentos variados”, “um conjunto de conhecimentos ordenados segundo princípios”⁹³. Há duas características principais que podemos destacar dessas definições: a da unidade e ordenação.

Na ordenação tenta-se exprimir um estado de coisas fundado na realidade. Na unidade modifica-se o resultado da ordenação, não permitindo que se dispersem desconectadamente por meio de uns quantos princípios fundamentais que lhes dariam a idéia de conjunto.⁹⁴

Partindo-se desses conceitos, questiona-se: Existe um sistema jurídico?

E para responder ao questionamento, pergunta-se inicialmente se o Direito possui os dois quesitos propostos por Kant, se possui ordenação e unidade, indispensáveis como fundamentos do sistema.

A resposta é dada por Claus Wilhelm Canaris, quando esclarece que “as características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade, que encontram sua correspondência jurídica nas idéias da adequação valorativa e da unidade interior do Direito”.⁹⁵ Sendo assim, afere-se que o Direito também deve ser concebido a partir da idéia de sistema, sob pena de não se respeitar princípio constitucional da igualdade⁹⁶ e a tendência generalizadora da justiça.

O sistema jurídico é aberto, sempre preparado para novos contextos, não é estático, se o fosse estaria impossibilitado de progredir tanto como ciência, devido a sua incompletude, tanto como ordem jurídica, devido à mutabilidade dos valores jurídicos

⁹² CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. P. 9.

⁹³ KRITIK der reinen Vernunft, 1ª ed, 1781, p. 832 e Metaphysische Anfangsgrunde der Naturwissenschaft, 1ª ed., 1976, preâmbulo, p. IV, *apud* in Claus Wilhelm Canaris, **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. P. 9.

⁹⁴ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. P. 12.

⁹⁵ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. p. 279.

⁹⁶ “O princípio da igualdade é violado quando não se possa apontar um fundamento razoável, resultante da natureza das coisas ou materialmente informado pra a diferenciação legal ou para o tratamento igualitário, ou, mais simplesmente, quando a disposição possa ser caracterizada como arbitrária.” CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. p. 226.

fundamentais⁹⁷. O Direito deve estar preparado para receber novos argumentos que proporcionam seu alargamento, sua modificação e conseqüente evolução com base em melhores ponderações.

Essa não é a perspectiva própria do positivismo jurídico, que concebe, na sua vertente básica, o sistema jurídico como um sistema fechado. Fundamenta-se na idéia de que a atividade do interprete da lei é baseada num processo lógico dedutivo, no qual os casos concretos são facilmente resolvidos pela subsunção, ou seja, escolhe-se uma norma do ordenamento jurídico e submete-se a um fato relevante, por meio de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso.⁹⁸

Os positivistas proclamam ser o sistema jurídico hermético e autônomo, mas é impraticável cogitar-se uma completude lógica, menos ainda uma completude teleológica, uma vez que as leis apresentam uma série de cláusulas gerais carecedoras de valoração que segundo Claus Wilhelm Canaris

A confecção de um sistema axiomático dedutivo não é, assim, possível e contradiz a essência do Direito. Semelhante tentativa decorre, tal como, sobretudo, as considerações sobre a necessidade da plenitude dos axiomas deixam claro, da utopia de que dentro de determinada ordem jurídica, todas as decisões de valor necessárias se deixam formular definitivamente – decorre, portanto, de um pré-julgamento tipicamente positivista, que hoje pode considerar-se como definitivamente rejeitado.⁹⁹

Corroborando o mesmo pensamento, Ronald Dworkin enfatiza que o positivismo chegou a uma falsa tese da autonomia, porque entendeu o Direito como sendo um sistema fechado de regras específicas de aplicação, que quando entram em colisão necessitam de uma decisão na base do tudo ou nada por parte do juiz. Num sistema fechado, a colisão entre regras gera uma indeterminação da situação jurídica que só pode ser transposta pelo

⁹⁷ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. p. 281.

⁹⁸ Segundo Barroso, as principais características desta concepção clássica do direito são sua cientificidade e pureza científica, sua pretensão de completude, o emprego da lógica formal e a crença na neutralidade da lei e do intérprete. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 281.

⁹⁹ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. p. 44.

decisionismo. No entanto quando se reconhece os princípios como componentes normais do discurso jurídico há uma abertura do sistema e resolvem-se os conflitos de regras.¹⁰⁰

O fato do sistema de Direito ser aberto, não quer dizer que esteja predisposto a mudanças bruscas a ponto de ser desarmônico com o contexto do Estado Democrático de Direito e o valor da segurança jurídica. Apenas possibilita que o juiz utilize-se dos conhecimentos jurídicos provenientes do debate científico da atualidade, no momento da aplicação da norma.¹⁰¹

Isso ocorre porque o sistema aberto é pautado por princípios que não se confundem com os imperativos categóricos do positivismo jurídico. E, segundo Claus Wilhelm Canaris, são os princípios que tornam o sistema aberto, pois não valem sem exceção e podem entrar em oposição ou contradição entre si, não têm a pretensão de exclusividade, ostentam seu sentido próprio apenas numa combinação de complementação e restrição recíprocas, e para sua realização necessitam de uma concretização por meio de sub princípios e valores singulares, com conteúdo material próprio.¹⁰²

Na realidade, os princípios existem no sistema jurídico desde longa data, o que há de singular na dogmática jurídica da atualidade é o reconhecimento de sua normatividade. Segundo, Barroso, os princípios constitucionais passam a ser a síntese dos valores resguardados pelo ordenamento jurídico em uma determinada época. Refletem a ideologia de uma sociedade, seus postulados capitais, seus objetivos políticos, suas escolhas legislativas. Os princípios atenuam as tensões normativas do sistema integrando-o. Servem de guia para que o juiz possa julgar de acordo com o real objetivo do legislador, partindo do geral, que seria o princípio maior que rege a matéria apreciada até chegar à formulação da regra que regulará o caso concreto. Finalizando, o autor sintetiza que os princípios condensam valores, dão unidade ao sistema e condicionam a atividade do intérprete.¹⁰³

4.6 Dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

¹⁰⁰ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.

¹⁰¹ LACAVA FILHO, Nelson. **Responsabilidade Penal do Médico na Perspectiva da Sociedade do Risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 74.

¹⁰² CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989. p. 88.

¹⁰³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

Por vezes se mistura a idéia de direitos fundamentais, com a idéia de direitos do indivíduo, enquanto faculdade ou poderes de que estes são titulares, confundindo-os com direitos meramente subjetivos.¹⁰⁴ Alguns preceitos constitucionais nem mesmo conferem quaisquer direitos, mas estabelecem princípios objetivos destinados a garantir direitos individuais. A concepção que só visualiza o caráter subjetivo dos direitos fundamentais não mais se justifica à medida que tais direitos, dado a sua importância, se irradiam para toda uma coletividade e, a partir da suplantação da perspectiva individualista, conseguiu-se entender melhor a relação de complementaridade estabelecida entre o individual e o coletivo reconhecendo-se aos direitos duas dimensões sob as quais podem ser analisados, a objetiva e a subjetiva.¹⁰⁵

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais se expressa no poder da vontade de produzir efeitos sobre certas relações jurídicas, podendo ser entendida como uma prerrogativa que tem o indivíduo (titular de direitos fundamentais) de ter realizado direitos (frente ao destinatário do direito) que uma dada norma jurídica lhe confere como próprios (interesses juridicamente tutelados).¹⁰⁶

Para tanto, o reconhecimento de um direito subjetivo, segundo José Carlos Vieira de Andrade, está normalmente associado “a proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos.”¹⁰⁷

Analisados sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais correspondem à exigência de uma ação negativa ou positiva de outrem, e ainda correspondem a competências que apesar de não exigirem comportamentos ativos ou omissivos de outrem, tem o poder de modificar suas posições jurídicas.¹⁰⁸ Sob análise dessa dimensão subjetiva, os

¹⁰⁴ Segundo José Afonso da Silva,

Direito subjetivo conceitua-se como prerrogativas estabelecidas de conformidade com regras de Direito objetivo. Nesse sentido, seu exercício, ou não, depende da simples vontade do titular, que deles pode dispor como melhor lhe parece, até mesmo renunciá-los ou transferi-los, além de serem prescritíveis, situações essas incompatíveis com os direitos fundamentais do homem. (DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011. pp. 176-177)

¹⁰⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. pp. 143-145.

¹⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 177.

¹⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.163.

¹⁰⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300.

direitos fundamentais possuem traços essenciais que se transmutam em suas características basais, quais sejam: subjetividade, individualidade, universalidade, permanência e fundamentalidade.

No tocante ao significado da característica da subjetividade, nos reportados ao que foi dito sobre o assunto anteriormente e, frisamos que a noção de direitos subjetivos em sentido amplo, nos leva ao reconhecimento de determinado grau de exigibilidade dos direitos fundamentais, que segundo Ingo Wolfgang Sarlet se refere “à possibilidade que tem seu titular de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.”¹⁰⁹

A individualidade é a característica que possuem os direitos fundamentais de serem atribuídos aos seres humanos, individualmente considerados. Apesar de haver hipóteses as quais os direitos fundamentais não são atribuídos a indivíduos, a rigor somente estes podem ser titulares de direitos fundamentais, pois a dignidade da pessoa humana, princípio que os fundamenta, só é válido para pessoas físicas.¹¹⁰

No que tange ao predicado da universalidade, essa característica dos direitos fundamentais é expressão do direito de igualdade, que é geral e destinado a todos, não se tratando de privilégio de uma minoria. São direitos atribuídos a todos os homens, pelo simples fato de serem seres humanos, sem exclusões provenientes de condições temporais ou de situação.¹¹¹ Utilizar-se-a deste mesmo conceito para delimitar o significado da característica da permanência, destacando-se o período “sem exclusões provenientes de condições temporais”, sob essa perspectiva podemos inferir que os direitos fundamentais são perenes, não exauríveis no tempo, devem ser duradouros, pois que fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 179.

¹¹⁰ José Carlos Vieira de Andrade relaciona hipóteses nas quais a individualidade, característica própria dos direitos fundamentais, não se encontra tão evidente, citando como exemplo os direitos de exercício coletivo (por exemplo a greve), dos direitos das pessoas coletivas, os direitos fundamentais naturalmente coletivos e os direitos de grupos. Após análise pormenorizada de tais institutos o autor conclui pela prevalência da individualidade dos direitos fundamentais, declarando:

Podemos, assim, concluir que os direitos subjectivos fundamentais representam posições jurídicas individuais, embora em alguns casos e em certos aspectos eles possam ser directamente encabeçados por pessoas colectivas privadas – neste caso estamos perante direitos subjectivos fundamentais por analogia, que devem ser considerados direitos atípicos. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. pp. 173-183.)

¹¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 183.

Por fim, a característica da fundamentalidade nos remete a análise dos direitos fundamentais com base na sua importância sob o ponto de vista material. Segundo José Carlos Vieira de Andrade, esse conceito corresponde aos valores que protegem a dignidade da pessoa humana num determinado tempo e lugar, sendo definido de acordo com a consciência jurídica geral da comunidade, portanto os direitos formalmente inscritos na Constituição devem presumir-se, salvo prova em contrário, direitos fundamentais do ponto de vista material.¹¹²

Conquanto a dimensão subjetiva seja a perspectiva de maior alcance dos direitos fundamentais, há a necessidade de se reconhecer na dimensão objetiva sua maior importância, haja vista que as posições jurídicas subjetivas pressupõem um preceito de direito objetivo que as preveja. Neste contexto bidimensional, José Carlos Vieira de Andrade nos alerta que “os direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a seguir.”¹¹³

A dimensão objetiva advém da aceção dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional, participantes da essência do Estado Democrático de Direito, com fundamentados na dignidade da pessoa humana, influenciando em todo o ordenamento jurídico, neste sentido Ingo Wolfgang Sarlet assinala que

os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Em outras palavras, de acordo com o que consignou Pérez Luno, os direitos fundamentais passaram a apresentar-se no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, (...) ¹¹⁴

Essa dimensão objetiva produz alguns desdobramentos, a saber.

¹¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 186.

¹¹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. pp. 144-145.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 167.

O primeiro deles faz com que o direito fundamental não seja levado a efeito somente sob a perspectiva individualista, mas também sob a perspectiva do valor em si a ser preservado e fomentado na ordem jurídica comunitária. É a dimensão objetiva na sua acepção valorativa, que seria a contraposição dos valores comunitários em relação aos direitos individuais, relativizando-os, revelando e definindo seus limites. Segundo Jose Carlos Vieira de Andrade “o conteúdo dos direitos fundamentais enquadrados na ordem jurídica comunitária há de ter necessariamente um alcance menor que aquele que teria pela remissão simples para o arbítrio (natural) dos indivíduos, que são os seus sujeitos activos.”¹¹⁵ Complementando esta linha de raciocínio, Paulo Gustavo Gonet Branco, afirma que essa faceta da dimensão objetiva “legitima até restrições aos direitos subjetivos individuais, limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais em favor os seus próprios titulares ou de outros bens constitucionalmente valiosos.”¹¹⁶

Nesta acepção objetiva, vislumbram-se os direitos fundamentais como ordens dirimentes dirigidas ao Estado no sentido de concretizarem e realizarem tais direitos, e também como parâmetro para controle de constitucionalidade de leis e de atos normativos estatais, independente de sua perspectiva subjetiva.¹¹⁷

Sob a perspectiva do reconhecimento de uma força jurídica autônoma dos direitos fundamentais, apresenta-se o segundo desdobramento da dimensão objetiva que tem relação direta com o dever de proteção dos direitos fundamentais pelo Estado, cabendo-lhe sua defesa contra agressões provenientes dos próprios poderes públicos, de particulares ou de outros Estados. Essa missão cria a obrigação dirigida para o ente estatal de adotar medidas positivas de diversas naturezas, inclusive penais com o objetivo de proteger efetivamente o exercício dos direitos fundamentais.¹¹⁸ Neste caso, ao invés de comprimir, a dimensão

¹¹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 161.

¹¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 300. Compartilhando da mesma opinião Ingo Sarlet:

É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 171.)

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. pp. 171-172.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 174.

objetiva vem reforçar a imperatividade dos direitos individuais e alargar sua influência no ordenamento jurídico e na vida da sociedade.¹¹⁹

Sob este enfoque, também verifica-se outra função outorgada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que é a de servir de parâmetro para a criação e constituição de organizações ou instituições, como também de um direito procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais.¹²⁰

Por fim, convém ressaltar a eficácia irradiante dos direitos fundamentais como último desdobramento de seu aspecto objetivo e que, nessa condição, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que aponta para a necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais (modalidade semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição). Destaca-se também, em relação a este quesito, a polêmica que se estabeleceu sobre se a eficácia irradiante dos direitos fundamentais alcançariam, ou não, as relações entre particulares ou se seriam direitos oponíveis somente aos poderes públicos.

4.7 Restrições aos direitos fundamentais

Uma consequência da tendência expansionista dos direitos fundamentais reflete-se no momento de seu exercício, haja vista que tais direitos poderão colidir entre si ou entrarem em conflito com princípios protegidos constitucionalmente. Para tanto, vislumbra-se a necessidade de definição de seu âmbito de proteção e a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos.

Como constatado alhures, reafirma-se aqui que os direitos fundamentais não são absolutos nem ilimitados, sua realização dentro de uma ordem jurídica pode sofrer imposições de ordem fática e jurídica, sendo assegurada por normas que podem ser regras

¹¹⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p.161.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006. p. 175.

ou princípios, que podem entrar em conflito, o que leva às noções de proporcionalidade e ponderação.¹²¹

Partindo-se da hipótese que poderão ocorrer conflitos entre direitos fundamentais, o primeiro passo a ser tomado é diferenciar o que seja âmbito de proteção de um direito fundamental e o que seria sua restrição.

Gilmar Ferreira Mendes propõe um conceito no qual “o âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica (...) e a consequência comum, a proteção fundamental”, o mesmo autor se socorre de uma segunda definição para qual “âmbito de proteção é aquela parcela da realidade que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, se se quiser, aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental.” Em seguida, após análise das duas proposições, conclui que quanto mais amplo for o âmbito de proteção de um direito fundamental maior será a probabilidade de considerar qualquer ato do Estado como restrição. E quanto menor o âmbito de proteção, menor a probabilidade de conflito entre o Estado e o indivíduo.¹²²

O âmbito de proteção designa o alcance da proteção jusfundamental, aquilo que por ela é concebido, abrangendo a definição do pressuposto fático do direito, ou seja, a descrição do bem protegido. Contraposto ao âmbito de proteção está o conceito de

¹²¹ Mais a frente será enfrentado a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade na solução de conflitos entre direitos fundamentais e entre estes e outros princípios ou valores constitucionais, mas adiantando o assunto por achar oportuno, nos reportamos a explicação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes sobre a matéria: O princípio da proporcionalidade - também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo ou, ainda, princípio da proibição do excesso - constitui exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou um “proibição do excesso” no cerceamento de tais direitos. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando ocorre restrição a determinado direito fundamental ou conflito concreto entre distintos princípios constitucionais, de maneira a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio: a) adequação (apto para produzir o resultado desejado); b) necessidade (insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz); c) proporcionalidade em sentido estrito (forma-se relação ponderada entre o grau de restrição de certo princípio e o grau de realização do princípio contraposto).

A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido pelo modelo relativo. Nesse aspecto, o princípio da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de certo direito fundamental. (MENDES, Gilmar Ferreira. Estado de direito e jurisdição constitucional – 2002-2010/Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2011. pp. 25- 26.)

¹²² MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco.** 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 328-329.

restrição de direito fundamental, que a grosso modo, designa afetações desvantajosas que lhes são impostas, diminuindo suas potencialidades.¹²³

O estreito vínculo que liga o âmbito de proteção dos direitos fundamentais às suas restrições nos reporta a diversas teorias que se esforçam na tentativa de conjugá-los, merecendo destaque as teorias interna e externa, que trabalham com a definição ampla ou restrita do pressuposto de fato do direito, delimitando, por conseguinte, sua hipótese de incidência.¹²⁴

A teoria interna parte da idéia de que há limites que são intrínsecos ao próprio direito, definindo mesmo a sua configuração. Para tanto não existiriam duas coisas distintas, ou seja, direitos e limites, ambos fariam parte do próprio direito. A idéia de limites substitui, nesta linha de pensamento, a idéia de restrições.¹²⁵

Como representante da teoria interna, surge Friedrich Muller¹²⁶, segundo o qual a previsão normativa jusfundamental é concebida de forma restrita, pois o fato de os direitos pertencerem a uma ordem jurídica constitucional impediria de serem tomados de forma ilimitada, existindo, portanto, limites imanentes¹²⁷, definidores da sua própria qualidade de direitos, a que o autor chama de reserva de qualidade de direitos.

¹²³SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 62.

¹²⁴ Sobre a questão, Robert Alexy, analisando a teoria proposta por Friedrich Klein acerca da impossibilidade lógica de restrições a direitos fundamentais, faz a diferenciação entre as teorias interna e externa:

O conceito de restrição a um direito sugere a existência de duas coisas – o direito e sua restrição –, entre as quais há uma relação de tipo especial, a saber, uma relação de restrição. Se a relação de direito e restrição for definida dessa forma, então, há, em primeiro lugar, o direito em si, não restringido, e, em segundo lugar, aquilo que resta do direito após a ocorrência de uma restrição, o direito restringido. Essa é a concepção que, normalmente de forma crítica, é denominada de teoria externa. Embora a teoria externa possa admitir que, em um ordenamento jurídico, os direitos apresentam-se sobretudo ou exclusivamente como direitos restringidos, ela tem que insistir que eles são também concebíveis sem restrições. Por isso, segundo a teoria externa, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação necessária. Essa relação é criada somente a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos.

Um cenário completamente diferente é a base de sustentação da teoria interna. Segundo ela, não há duas coisas – o direito e sua restrição –, mas apenas uma: o direito com um determinado conteúdo. O conceito de restrição é substituído pelo conceito de limite. Dúvidas a cerca dos limites do direito não são dúvidas sobre quão extensa pode ser sua restrição, mas dúvidas sobre seu conteúdo. Quando eventualmente se fala em “restrições” no lugar de “limites”, então se fala em restrições imanentes. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 277-278)

¹²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 277-278.

¹²⁶ MULLER apud ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 310

¹²⁷ Neste sentido, Jose Carlos Vieira de Andrade:

O problema deve, portanto, ser resolvido como problema de interpretação dos preceitos constitucionais que prevêm cada um dos direitos fundamentais. O que se pergunta em cada caso é se a esfera normativa do preceito em causa inclui ou não uma certa situação ou modo de exercício, isto é, até onde vai o domínio de proteção (a hipótese) da norma. Se num caso concreto se põe em causa o conteúdo essencial de outro direito, se se atingem intoleravelmente a moral social ou valores e princípios fundamentais da ordem constitucional, deverá resultar

Neste sentido, os limites imanentes atuam na realização da definição do próprio conteúdo do direito fundamental, razão pela qual, em relação a eles, não há que falar em restrição daquele, mas apenas em sua configuração. Por sua vez, esses limites podem ser explícitos ou implícitos. No primeiro caso, a própria norma constitucional expressamente exclui determinada situação do âmbito de proteção do direito fundamental. Tome-se como exemplo o direito a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar, previsto no art. 5º, XVII, da CF/88. Neste caso, a própria norma constitucional expressamente exclui do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de associação aquela que venha a ser exercida para fins ilícitos ou com caráter paramilitar.¹²⁸

No segundo caso, referente aos limites implícitos, não é possível admitir-se que a proteção jusfundamental abranja comportamentos absolutamente incompatíveis com outros direitos e garantias de igual natureza. Assim, não se pode invocar o direito à liberdade artística para se legitimar a morte de um ator no palco, para pintar no meio de uma rua movimentada atrapalhando todo o trânsito de uma cidade, ou para furtar o material necessário à execução de uma obra de arte.¹²⁹

Na obtenção dos limites imanentes a doutrina se reporta a diversas figuras, dentre elas destacamos as relações especiais de sujeição, cuja virtualidade de funcionarem como limites imanentes aos direitos fundamentais será analisada adiante.

Já a teoria externa parte da noção de uma previsão normativa jusfundamental ampla, distinguindo o direito em si e o direito restringido, sendo as injunções realizadas pelos poderes constituídos autênticas restrições. Segundo esta teoria, entre o conceito de direito e o conceito de restrição não existe nenhuma relação, esta só se estabelece como resultado da exigência externa de conciliar os direitos de diversos indivíduos, direitos individuais e interesses coletivos.¹³⁰

para o intérprete a convicção de que a proteção constitucional do direito não quer ir tão longe. E, então, o direito tem de respeitar os direitos dos outros, os princípios fundamentais ou as leis, porque não restringem o seu âmbito, tal como é constitucionalmente protegido. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987. pp. 215-219)

¹²⁸ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 63.

¹²⁹ Destaca-se, neste sentido, posicionamento de Jose Carlos Vieira de Andrade que vislumbra a existência de limites imanentes implícitos nas hipóteses em que se possa, de forma segura e categórica, dizer que a Constituição jamais concederia proteção, ou seja, jamais admitiria como forma de exercício de direito fundamental determinados comportamentos.

¹³⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 277.

Essa concepção ampla do âmbito de proteção nos remete ao modelo dos princípios, que concebe a definição das posteriores restrições a direitos fundamentais à ponderação entre direitos ou entre bens e valores em conflito. Sob este aspecto, a concepção ampla inclui no âmbito protegido tudo que possa ser retirado da norma jusfundamental e qualifica como restrição tudo que venha a diminuir seu espectro ou intensidade da proteção. Segundo a perspectiva de Alexy, a partir de uma concepção *prima facie* do direito fundamental, não se admite a exclusão apriorística de determinados comportamentos, defendendo o autor que a exclusão deve ser resultado de uma verdadeira ponderação. Sob este argumento, a vedação a associações com caráter paramilitar não seria um limite imanente, e sim uma restrição à liberdade associativa estabelecida pela Constituição.¹³¹

Há controvérsias entre uma e outra teoria, sendo ambas passíveis de crítica. Analisando a questão, Clarissa Sampaio Silva observou que a teoria interna ao centrar-se nas limitações imanentes “mascara verdadeiras restrições deixando de lhes aplicar os requisitos legitimadores (previsão legal, proporcionalidade, proibição de efeito retroativo)”, ao passo que a teoria externa, a partir de hipóteses normativas demasiadamente amplas “finda por admitir, ainda que de forma abstrata (porque haverá, necessariamente, restrição posterior), comportamentos absolutamente incompatíveis com a ordem constitucional, seus valores e outros direitos fundamentais.”¹³² E completando sua crítica, a autora refere como exemplo a proibição de não realizar sacrifícios humanos, que caso não sejam considerados como limites imanentes à liberdade religiosa, seriam em tese, antes da restrição, admitidos pelo constituinte, a não ser que ele mesmo os houvesse excluído.

Alexy ressalta que, entre as teorias em estudo, existe mais do que controvérsia terminológica ou conceitual, apontando que uma corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade e do Estado, tenderá mais para a teoria externa. Já para aqueles que o mais importante é o papel de membro ou participante de uma comunidade tenderá mais para a teoria interna. O autor nos alerta também, que a filiação a uma das teorias dependeria essencialmente da concepção de normas de direitos fundamentais como regras (posições definitivas) ou princípios (posições *prima facie*). Se se considerar que direitos

¹³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 322.

¹³² SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 64.

jusfundamentais consagram posições definitivas, aplica-se a teoria interna. Do contrário, se se entender que definem posições *prima facie*, aplica-se a teoria externa.¹³³

Finda a análise de tais teorias, destaca-se sua importância no sentido de que a elas nos reportaremos oportunamente no decorrer deste trabalho, já que extremamente necessárias na análise da perspectiva pela qual se vislumbrarão as restrições aos direitos fundamentais.¹³⁴

No tocante aos tipos de restrições a direitos fundamentais, difícil se torna sua enumeração, tendo em vista que restrições legais são limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais com fundamento em expressa autorização constitucional. Considerando-se que os diversos sistemas constitucionais prevêm diferentes tipos de restrições aos direitos fundamentais, considerando-se aspectos históricos, sociológicos e culturais, justifica-se assim essa dificuldade.

Como nem sempre o legislador constituinte contempla explicitamente limites imanentes, também não o faz em relação às possibilidades de restrição dos direitos fundamentais. Há, portanto, em nossa ordem constitucional direitos submetidos à reserva de lei restritiva, simples ou qualificada (cite-se como exemplo a liberdade de trabalho, ofício ou profissão)¹³⁵, direitos fundamentais com hipóteses de restrição apenas para algumas categorias (cite-se como exemplo a proibição de invocação de *habeas corpus* no tocante a punições militares de ordem disciplinar)¹³⁶ e outros desprovidos de qualquer cláusula restritiva expressa (cite-se como exemplo a inviolabilidade de domicílio)¹³⁷. Mas,

¹³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 278.

¹³⁴ A esse respeito Gilmar Ferreira Mendes menciona as teorias interna e externa como parâmetros para análise das restrições a direitos fundamentais, após afirmar que os direitos individuais são direitos de hierarquia constitucional, só podendo sofrer limitações por expressa determinação constitucional ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na Constituição. Nesse sentido, leciona:

Tal como enunciado acima, o problema traz à baila, uma vez mais, a controvérsia estabelecida entre as teorias interna e externa, isto é, entre uma concepção que recusa a existência de restrições estabelecidas na própria Constituição, porquanto eventuais limitações explicitadas pelo constituinte nada mais representam que a própria definição do direito assegurado, e aquela outra, que distingue precisamente entre o direito assegurado e sua eventual restrição.

Se se considerar como restritiva a cláusula que obsta à concretização de um princípio de direito fundamental, então tem-se de admitir que, do prisma ontológico, tanto as restrições estabelecidas pelo legislador com respaldo expresso na Constituição quanto as limitações decorrentes diretamente do texto constitucional devem ser consideradas cláusulas de restrição de direitos. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337.)

¹³⁵ Art. 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

¹³⁶ Art. 142, § 2º: “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.”

¹³⁷ Art. 5º, XII: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”

face ao caráter não absoluto dos direitos fundamentais, mesmo no caso de ausência de previsão expressa para restrição ela poderá ocorrer.¹³⁸

A reserva de lei restritiva simples, ou simples reserva legal, é a restrição prevista pela Constituição cuja única exigência é a previsão legal. Para expressar a reserva legal simples, o constituinte se valeu de fórmulas tais como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “assim definida em lei”, “previstas em lei”, dentre outras. Essa atribuição outorgada ao legislador lhe conferiu poderes para atribuir às normas constitucionais de direitos fundamentais significado instrumental, procedimental ou conformador/criador de direito.¹³⁹

A intervenção legislativa pode assumir o caráter de reserva legal qualificada quando a Constituição não exigir somente a previsão legal para a restrição ao âmbito de proteção de determinado direito, mas também estabelecer condições especiais, fins a serem perseguidos e os meios para alcançá-los.

Outra hipótese de restrição é aquela prevista somente para algumas categorias, também conhecido por relações especiais de sujeição, que ensejam restrições de direitos fundamentais a determinados grupos, assunto que nos dedicaremos detalhadamente no item a seguir.

No tocante aos direitos fundamentais sem cláusula restritiva expressa, a Constituição não prevê explicitamente a possibilidade de intervenção legislativa, mas ela poderá vir a ocorrer no caso de colisão ou conflito entre direitos ou entre direitos e valores constitucionalmente protegidos. Para tanto, a ação limitadora deve ser exercida com cautela, tendo em vista a possibilidade de abusos, restando, portanto asseverar que há necessidade de que eventual limitação de direitos fundamentais, sem reserva legal expressa, assente-se também em norma constitucional.¹⁴⁰

¹³⁸ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72.

¹³⁹ Gilmar Ferreira Mendes faz uma análise mais detalhada sobre o assunto. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 340-343.)

¹⁴⁰ Sobre o assunto, infere José Carlos Vieira de Andrade:

O poder de restrição é um poder excepcional, não apenas porque necessita de ser autorizado, mas também porque não se justifica em regra (como regra). O legislador tem, por isso, de se basear (nas situações excepcionais ou casos especiais em que a restrição se torne necessária) num outro valor constitucional que imponha o sacrifício do direito fundamental. Se esse valor não existir ou não exigir tanto quanto o legislador alega, então a restrição não é legítima e viola o conteúdo essencial do preceito constitucional que prevê o direito fundamental em causa. Não se trata aqui de um limite abstrato fixo, de uma proibição absoluta, mas de uma proibição relativa, referida a um conteúdo essencial elástico e só em concreto determinável. Neste sentido, o

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, cogita-se dos chamados limites imanentes ou “limite dos limites” que circunscrevem a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites decorrem da própria Constituição e “referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas.”¹⁴¹

Referimo-nos até aqui ao poder legal de restrição dos direitos fundamentais da generalidade dos indivíduos, mas vislumbram-se pessoas que se encontram em situações especiais de relação com os poderes públicos, sendo assim tratados de maneira diferenciada dos demais quanto ao gozo de certos direitos fundamentais.

4.8 Relações especiais de sujeição

No decorrer da História, houve um tempo em que o significado dos direitos fundamentais no âmbito das relações especiais de sujeição foi teórico e praticamente nulo. Na Alemanha, a doutrina dominante excluía as relações especiais de sujeição do âmbito de aplicação dos direitos fundamentais. Os vínculos específicos e fortes que ligavam determinadas pessoas à Administração lhes impunham um sistema de relações na qual o dever de obediência repelia a possibilidade de invocação dos direitos fundamentais. O fim perquirido pela Administração impunha que a instituição operasse numa base de confiança, eficiência e disciplina, que no momento eram incompatíveis com o privilégio exclusivo individual do gozo de direitos fundamentais. A preservação de bens e interesses comunitários ligados à função exercida pelo indivíduo justificava a constrição de seus direitos fundamentais.¹⁴²

Com o decurso do tempo, observa-se uma evolução na teoria das relações especiais de sujeição, ensejando na prática o estabelecimento de distinções. Vislumbra-se, neste contexto, duas situações, uma na qual a limitação da fruição dos direitos fundamentais era indispensável para a razão de ser da relação especial de poder, e outra, na qual limitação

conteúdo essencial dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias começa onde acaba a possibilidade (legitimidade) da sua restrição. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 239.)

¹⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 348-349.

¹⁴² ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, pp. 243-244)

não era essencial, devendo o indivíduo ser considerado como pessoa comum não sujeito a uma relação especial, não se justificando assim a compressão de seus direitos.¹⁴³

José Joaquim Gomes Canotilho nos atenta no sentido de não visualização das relações especiais de sujeição como caso de renúncia voluntária de direitos fundamentais. Segundo o autor, a renúncia aos direitos perturbadores dos institutos especiais é uma concepção ultrapassada. Prosseguindo com seu posicionamento, analisa ponderadamente as seguintes questões:

- a) Um militar, um funcionário, um estudante, ao ingressarem em certas relações especiais, não renunciam a qualquer direito, sendo o recurso à idéia de sujeição voluntária e de abdicação de direitos a face oculta de sobrevivência absolutista do ‘domínio do Estado’ sobre os ‘súditos’ ao seu serviço;
- b) mesmo a aceitar-se uma dimensão voluntária de abdicação de restrição de direitos, a vontade pura do particular não pode conduzir a uma relativização completa do princípio da reserva de lei. Se a Constituição só permite restrição através de lei e nos casos nela expressamente previstos, seria fácil eliminar a força dirigente dos direitos fundamentais, imanente a esta reserva, se a vontade individual se sobrepusesse ao sentido constitucional da reserva e transformasse os direitos, liberdades e garantias em direitos totalmente disponíveis susceptíveis, inclusive, de renúncia. As relações jurídicas especiais, não legitimam uma renúncia à direitos fundamentais, colocam, sim, problemas particulares quanto a tais pontos:
 1. especificidade da restrição de alguns direitos fundamentais;
 2. aplicação da exigência da lei restritiva e respectivos princípios;
 3. proteção jurídica dos cidadãos inseridos em esquemas organizativos regidos por relações jurídicas especiais.

Nenhuma destas questões justifica a idéia de renúncia a direitos.¹⁴⁴

Ao contrário do que pressupunha a doutrina clássica das relações especiais de sujeição, tem-se que os cidadãos regidos por estatutos especiais não renunciam a seus direitos fundamentais, nem se associam voluntariamente a um estatuto de sujeição produtor de restrições. O que caracteriza uma relação especial de sujeição é o fato de que determinadas

¹⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p.244.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. pp. 422-423.

relações de vida são disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, entretanto, deve estar dentro da esfera constitucional e deve estar a ela vinculado.¹⁴⁵

No Brasil, o regime jurídico dos direitos fundamentais está previsto constitucionalmente, obrigando a que a definição de seus titulares, a delimitação de seu âmbito de proteção, as hipóteses de restrição e os critérios para solução de conflitos, também encontrem justificação constitucional. Conseqüentemente, as relações mantidas entre o indivíduo e o Poder Público que gerem diminuição da proteção dos direitos fundamentais devem encontrar seu fundamento no mesmo texto constitucional.

Nesse contexto, observa-se que a Constituição prevê para os militares proibições específicas, no tocante ao exercício de determinados direitos e garantias individuais, sendo que tais limitações encontram-se justificadas em virtude das atribuições exercidas pela instituição à qual se encontram vinculados.

Com efeito, a destinação atribuída constitucionalmente às Forças Armadas inclui a defesa externa e a manutenção da lei e da ordem. Segundo Clarissa Sampaio Silva, a eficiência no alcance da efetividade dessas atribuições “envolve fatores diversos como a intangibilidade do território, independência do poder estadual e a liberdade, integridade física e os bens da população”, devendo ser realizada sem recurso ao confronto armado, pois que repudiado pela ordem constitucional brasileira como forma de resolução de conflitos, sendo utilizado somente em caráter excepcional.¹⁴⁶

A Constituição Federal estabelece explicitamente tratamento diferenciado aos militares no tocante ao exercício de determinados direitos fundamentais, considerando o fato de estarem submetidos a uma relação especial de sujeição. Entretanto, afirma-se que há outros direitos fundamentais, comuns aos demais indivíduos, que ao serem exercidos pelos membros das Forças Armadas podem colocar em risco as atividades na caserna.

Em relação a esses outros direitos fundamentais passíveis de restrição, seja pela diminuição do seu nível de proteção por atividades interpretativas, seja proveniente de restrições posteriores autorizadas de forma direta ou não pela Constituição, pelo menos a priori poderiam se justificar tanto pelo caráter não absoluto dos direitos fundamentais, quanto pela relevância constitucional conferida às Forças Armadas.

¹⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 425.

¹⁴⁶ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 134.

Importante nesse aspecto é afirmar que os estatutos especiais que venham a conferir restrições de direitos devem ter como referência instituições cujos fins e especificidades constituam, eles mesmos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos.

A proteção constitucional conferida a determinadas instituições são baseadas na sua relevância dentro do Estado Democrático de Direito, o que lhes confere posição de supremacia em relação a outros bens jurídicos, justificando a possibilidade de restrições a direitos fundamentais dos indivíduos submetidos funcionalmente a estas instituições.

Uma ponderação prévia efetuada pelo constituinte originário atribuiu importância relevante a determinados institutos e valores, que a partir de então passaram a ter proteção constitucional. Essa ponderação prévia não determina que tais valores sejam intangíveis, pelo contrário, essa ponderação de valores serviu para determinar a relevância constitucional das instituições que poderiam ensejar restrições a direitos fundamentais. Os futuros casos, provenientes de conflitos entre os valores e instituições constitucionalmente assegurados, deverão ser resolvidos, segundo as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho “à luz dos direitos fundamentais mediante uma tarefa de concordância prática e de ponderação possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais.”¹⁴⁷

Vislumbrando aqui a importância constitucional atribuída às Forças Armadas e a necessidade de assegurar o regular funcionamento das instituições militares lastreadas pelos princípios da hierarquia e disciplina e a manutenção de suas finalidades,¹⁴⁸ os direitos fundamentais dos militares estão submetidos, segundo Clarissa Sampaio Silva, a uma “reserva imanente de ponderação específica”, vinculadas às estreitas necessidades de ordem institucional. Esta concepção de restrição não se atrela à teoria tradicional¹⁴⁹ das relações de sujeição, que permitia compressão de direitos simplesmente para não atrapalhar a boa marcha

¹⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p. 425.

¹⁴⁸ Sobre Forças Armadas e suas finalidades institucionais vide capítulo 2 deste trabalho.

¹⁴⁹ O conceito de relações especiais de sujeição, para a doutrina tradicional, segundo Clarissa Sampaio Silva, pode ser expresso da seguinte forma: Vínculos travados entre o Poder Público e o particular em que este comparecia desprovido dos trunfos representados pelas garantias do Estado de Direito, nomeadamente os direitos fundamentais, de modo que a admissibilidade de sua vigência e exercício quedava subordinada ao bom funcionamento da instituição ou serviço, regulado este, por sua vez, sem a incidência da regra jurídica, do princípio da legalidade por representar espaço de autonomia administrativa, implicando, ainda, afastamento do controle jurisdicional das medidas administrativas adotadas em seu âmbito. (SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 83.)

do serviço, na medida em que traz à baila a ponderação para realização de tais restrições, considerando-se a regular previsão legal, a proporcionalidade e o valor institucional.¹⁵⁰

Paulo Gustavo Gonet Branco refere que as relações especiais de sujeição previstas constitucionalmente são soluções preconcebidas para enfrentar os conflitos entre direitos fundamentais e outros princípios, entretanto, adverte que não se exclui deste contexto as possibilidades de futuros juízos de ponderação e, segundo o autor, “em que pese a condição peculiar em que se encontra o indivíduo, abrem-se a doutrina e a jurisprudência às conquistas alcançadas no campo dos direitos fundamentais.”¹⁵¹

Atrelada ao mesmo posicionamento, Clarissa Sampaio Silva assevera que mesmo as limitações previstas constitucionalmente provenientes de relações de sujeição estarão sujeitas ao crivo do princípio da proporcionalidade, vez que devem sempre estar em perfeita sintonia com todo o ordenamento jurídico, não se aceitando que apenas por estarem previstas constitucionalmente não estão inseridas no contexto de um controle de proporcionalidade. Os conflitos provenientes das limitações impostas aos direitos fundamentais advindos das relações de sujeição deverão ser analisados caso a caso, e devem ser submetidas a um juízo de ponderação.¹⁵²

4.9 O princípio da proporcionalidade

Anteriormente neste trabalho, foi assinalada a diferenciação entre regras e princípios, destacando que a distinção maior ocorre na hipótese de conflitos. Os conflitos envolvendo regras são solucionados no âmbito da validade. Os que envolvem princípios, são remetidos a uma dimensão de peso, sendo ponderados sem exclusão, diferentemente das regras, que valem na medida do tudo ou nada.

Nesse contexto, também, os conflitos podem ser decorrentes de colisões entre direitos fundamentais, ou entre direitos fundamentais e outros valores protegidos constitucionalmente.

¹⁵⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 135.

¹⁵¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.

¹⁵² SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. pp. 288-289.

Cabe ao legislador resolver os conflitos entre os direitos fundamentais quando o próprio texto constitucional lhe permite a restrição de direitos. Todavia, nos casos em que a restrição deva ser judicial, o juiz num processo, julgando um caso concreto de conflito entre direitos fundamentais, deverá decidir qual deles prevalecerá. Considerando que normas de direitos fundamentais podem ser princípios ou regras, e que sendo princípios podem se dar em diferentes graus, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, a restrição a um dos direitos deverá ser adequada, necessária e proporcional, ou seja, deverá respeitar o princípio da proporcionalidade.

Sobre o tema, certo é que ainda existem divergências doutrinárias no sentido de qual seja o fundamento do princípio da proporcionalidade. Para alguns autores, trata-se de princípio geral de direito, para outros seu fundamento se encontra no princípio do devido processo legal¹⁵³, ou seria expressão do Estado de Direito, sendo proveniente do Poder de Polícia do Estado¹⁵⁴, também tem sido considerado elemento integrante ou cláusula implícita dos direitos fundamentais. No Brasil, este princípio passou por diversas fases, entretanto, hodiernamente o Supremo Tribunal Federal o tem considerado como princípio geral de direito.

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo, também conhecido como proibição do excesso, foi erigido à categoria de princípio constitucional pelo direito português¹⁵⁵ e segundo José Joaquim Gomes Canotilho “constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador.”¹⁵⁶

Segundo a doutrina alemã, para que a conduta estatal observe o princípio da proporcionalidade, há de revestir-se de tríplice fundamento: 1) adequação, significando que o

¹⁵³ Fundamento constitucional expresso no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, porque nada mais representaria do que o aspecto substancial do devido processo legal.

¹⁵⁴ Como salienta José dos Santos Carvalho Filho: o princípio da proporcionalidade ainda está em evolução e tem sido acatado em alguns ordenamentos jurídicos, guarda alguns pontos que o assemelham ao princípio da razoabilidade e entre eles avulta o de que é objetivo de ambos outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes. Enquanto o princípio da razoabilidade tem sua origem e desenvolvimento na elaboração jurisprudencial anglo-saxônica, o da proporcionalidade é oriundo da Suíça e da Alemanha. O mesmo autor continua explanando que o grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 23)

¹⁵⁵ A atual Constituição portuguesa de 1976 consagra em seu artigo 18º, 2, “que a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina. 1998. p.417.

meio empregado na atuação deve ser compatível com o fim colimado; 2) necessidade, não havendo outro meio menos gravoso ou oneroso para alcançar o fim público, ou seja, o meio escolhido é o que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos; 3) proporcionalidade em sentido estrito, quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens.¹⁵⁷

Há violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência de arbítrio, nas situações em que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmos apropriados e/ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta. O princípio da proporcionalidade pretende, por conseguinte, instituir, a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção, com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso.¹⁵⁸

O princípio da proporcionalidade sublima a idéia de que todas as intervenções em direitos fundamentais somente podem ser feitas quando forem idôneas, necessárias e proporcionais.

Segundo o subprincípio da adequação, o Estado deve sempre justificar os seus fins, especialmente quando intervém em direitos fundamentais. A restrição imposta por um agente do Estado ou por uma lei deve ser adequada para realizar o fim por ela visado.

Segundo Denílson Feitosa Pacheco, o subprincípio da adequação impõe duas exigências a todas as intervenções em direitos fundamentais: a) a existência de um fim constitucionalmente legítimo; b) a adequação ou idoneidade da medida (ou meio) para favorecer a obtenção desse fim.¹⁵⁹

O subprincípio da adequação ou da idoneidade refere-se à relação entre o meio utilizado e o fim almejado. Assim, o meio utilizado deve ser apto para alcançar o fim almejado, pois se não o for será desproporcional.

A inadequação no seu extremo equivale, juridicamente, à arbitrariedade, pois se pode dizer que o meio não é adequado a obter um fim constitucionalmente legítimo. O meio interventivo, desse modo, é arbitrário, desproporcional por falta de adequação, e deve ser considerado inconstitucional.¹⁶⁰

¹⁵⁷CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 23. 101.

¹⁵⁸BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 393.

¹⁵⁹PACHECO, Denílson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.153.

¹⁶⁰PACHECO, Denílson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 154.

Há, portanto, uma relação meio-fim, devendo, conforme sublinha Suzana Toledo de Barros, ser aferido se “o meio escolhido contribui para obtenção do resultado pretendido?”¹⁶¹

Assim, exemplificando uma situação de Direito Penal, nada justificaria prender alguém preventivamente para garantir a futura aplicação da lei penal se, em virtude do crime praticado, a provável pena a ser imposta não seria a privativa de liberdade ou, se privativa, poderia vir a ser suspensa. O meio, ou seja, a prisão, consistente em restrição à liberdade individual, não se revelaria adequado ao fim a ser objetivado com o processo, pois dele não resultara privação de liberdade.¹⁶²

O subprincípio da necessidade, também denominado “menor ingerência possível”, “de intervenção mínima”, “da alternativa menos gravosa” ou “de subsidiariedade”, é um subprincípio do princípio constitucional da proporcionalidade que tem por objetivo otimizar o grau de eficácia dos direitos individuais frente às limitações impostas concretamente pelos poderes públicos. Obriga os entes públicos a comparar as medidas restritivas aplicáveis que sejam aptas para a satisfação do fim perseguido e a eleger, dentre elas, aquela que seja menos lesiva para os direitos dos cidadãos. Segundo a doutrina a necessidade é escolher dentre os diversos meios existentes para alcançar determinado fim o menos gravoso possível.

Segundo o subprincípio da necessidade, entre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos afete os direitos fundamentais das pessoas, especialmente o direito de liberdade, mas que seja, de forma equivalente, adequada a atingir os fins perseguidos.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, estabelece que o sacrifício decorrente da adoção de uma medida deve estar em equilíbrio com a finalidade perseguida, sendo necessário que se faça uma ponderação entre os interesses protegidos pela medida e os bens jurídicos que sofrerão restrições com a adoção da mesma. O prejuízo causado pela medida imposta deve ser inferior ao benefício por ela trazido. Ou seja,

¹⁶¹BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 74.

¹⁶²FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 54.

nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco “a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é o mandamento da ponderação.”¹⁶³

Robert Alexy enfatiza que quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior será a importância da satisfação do outro, o sopesamento passa a ser a otimização dos princípios colidentes. Segundo o autor, a lei do sopesamento pode ser estabelecida em três passos. No primeiro avalia-se o grau de afetação de um dos princípios. No segundo passo avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, deve-se avaliar se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação do outro princípio.¹⁶⁴

E para esclarecer a equação, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que “sua fórmula também sugere a necessidade de se estabelecer o peso relativo de cada princípio em face do outro, o peso absoluto que ostentam no sistema e o grau de certeza em torno das premissas empíricas que compõem o argumento da ponderação.” Segundo o autor, um direito fundamental terá maior ou menor peso abstrato dependente da necessidade básica da vida humana, da autonomia do indivíduo e da função que exerce no sistema constitucional. Para exame dos pesos dos direitos em conflitos, faz-se uso de uma escala triádica que impõe diferentes graus de classificação, que pode variar de leve, médio, até ao intenso, dependentes todos de fundamentação. Por fim sustenta que

O resultado da ponderação deve propender para uma fórmula capaz de ser universalizável. O intérprete deve buscar argumentos aceitáveis de modo geral na comunidade jurídica e política e a decisão deve ser extensível a outras situações análogas. Ponderações anteriores, formando um sistema de prioridades *prima facie*, condicionam a solução de casos posteriores equiparáveis, mas não determinam inexoravelmente o resultado. A regra obtida pela ponderação anterior é derrotável, impondo-se a quem com ela não concorda o ônus argumentativo para superá-la.¹⁶⁵

O ônus argumentativo sugerido pelo autor pode se referir a direitos fundamentais insuscetíveis de ponderação, por se tratarem de direitos ou valores já

¹⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 177.

¹⁶⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 593-594.

¹⁶⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 209.

ponderados anteriormente pelo constituinte originário ou se tratar de um núcleo duro de um direito fundamental, podemos citar como exemplo o postulado do respeito à dignidade da pessoa humana.¹⁶⁶

É exatamente aqui que se faz a conexão do juízo de ponderação com o tema do presente trabalho.

As Forças Armadas são organizadas com fundamento nos princípios da hierarquia e disciplina. Nesse sentido, o constituinte originário vislumbrou a necessidade de proteção constitucional das instituições militares, dada sua relevância no Estado Democrático de Direito. E para efetivação da proteção institucional, a Constituição Federal previamente estabeleceu uma série de restrições expressas aos membros dessas instituições militares.

Como já referido anteriormente, qualquer outra restrição aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos a uma relação especial de sujeição, deverão ser objeto de nova ponderação.

Para ilustrar a possibilidade de ponderações futuras no que concerne ao estabelecimento de restrições aos direitos fundamentais dos militares, recorre-se ao direito comparado para verificar como seria estabelecido este processo de ponderação. Nesse sentido, o Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República, número 00002940, relatora Dr.^a Manuela Flores, de 30.07.2008, emitido em resposta a uma consulta sobre a possibilidade de aplicação do estatuto do trabalhador-estudante aos militares dos quadros permanentes às Forças Armadas:

1^a - O direito fundamental à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes, consagrado no artigo 59º, nº 2, alínea f), da Constituição da República Portuguesa, encontra-se, hoje, densificado no Código do Trabalho (artigos 79º a 85º) e na Lei nº 35/2004, de 29 de Julho (artigos 147º a 156º);

2^a - Os artigos 79º a 85º do Código do Trabalho e 147º a 156º da Lei nº 35/2004 – regime do trabalhador-estudante – aplicam-se à relação jurídica de emprego público que confira ou não a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública, por força do disposto no nº 2 daquele artigo 147º;

3^a - De acordo com o nº 1 do artigo 35º da Lei nº 29/82, de 11 de Dezembro – Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas –, as Forças Armadas inserem-se na administração directa do Estado através do Ministério da Defesa Nacional;

¹⁶⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 210.

4ª - Os militares dos quadros permanentes das Forças Armadas incluem-se, pois, no conceito de emprego público;

5ª - As restrições ao exercício de direitos fundamentais previstas nos artigos 31º a 31º-F da Lei de Defesa Nacional e das Forças Armadas, em conformidade com o artigo 270º da Constituição, não abarcam os direitos económicos, sociais e culturais em que se integra o direito à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes;

6ª - Assim, o regime do trabalhador-estudante, constante do Código do Trabalho e da Lei nº 35/2004, é aplicável aos militares dos quadros permanentes das Forças Armadas;

7ª - A compatibilização entre o exercício do direito fundamental à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes e o dever de disponibilidade que impende sobre os militares dos quadros permanentes das Forças Armadas haverá de fazer-se segundo o princípio da harmonização ou da concordância prática.

O parecer, em primeiro lugar, situa o conflito no âmbito dos estatutos das relações especiais de sujeição. A seguir, analisa o dever de disponibilidade dos militares levando em consideração que o bem protegido constitucionalmente é defesa nacional. A função constitucional das Forças Armadas é promover a defesa nacional. O dever de disponibilidade do militar está enquadrado constitucionalmente, não possuindo, entretanto, carácter absoluto.

Estabeleceu-se um conflito entre o direito fundamental à protecção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes e o direito à salvaguarda do bem jurídico tutelado constitucionalmente e prosseguido pelo dever de disponibilidade que impende sobre os militares das Forças Armadas.

Trata-se de colisão de direitos em sentido impróprio, ou seja, quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos, para solucioná-los a doutrina constitucional portuguesa tem se utilizado do princípio da harmonização ou da concordância prática.¹⁶⁷

¹⁶⁷ Segundo José Carlos Vieira de Andrade: O princípio da concordância prática utiliza-se de um critério de proporcionalidade na distribuição dos custos do conflito, por um lado, exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja adequado e necessário à salvaguarda dos outros. Se o não for, não chega sequer a existir um verdadeiro conflito. Por outro lado, e aqui estamos perante a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, impõe-se que a escolha entre as diversas maneiras de resolver a questão concreta se faça em termos de comprimir o menos possível cada um dos valores em causa segundo o seu peso na situação (segundo a intensidade e a extensão com que a sua compressão no caso afeta a protecção que lhes é constitucionalmente concedida. A questão do conflito de direitos ou de valores depende, pois, de um juízo de ponderação dos modos de exercício específicos dos direitos, nas circunstâncias do caso concreto, podendo, é claro, tornar-se necessário estabelecer a prevalência de um direito ou valor sobre o outro adequado à situação – princípio da prevalência do interesse superior ou da prevalência do interesse preponderante. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.pp.223-224.)

Efetuiu-se, então, a ponderação no que concerne aos problemas que se colocam entre o exercício do direito fundamental à proteção das condições de trabalho dos trabalhadores-estudantes e o dever de disponibilidade que impende sobre os militares dos quadros permanentes das Forças Armadas.

Após análise perfunctória dos dois estatutos, o parecer optou pela possibilidade de ponderação na medida da satisfação entre direito fundamental e o dever de disponibilidade, de maneira a comprimir o menos possível cada um dos valores em causa.

E, por certo, em algumas situações, o dever de disponibilidade poderá justificar mesmo que o militar com o estatuto de estudante tenha de sacrificar alguma ação atinente.

A conclusão apresentada pela Procuradoria demonstra a possibilidade da aplicação do juízo de ponderação nos conflitos entre direitos fundamentais e outros valores protegidos constitucionalmente.

Deve-se esclarecer, entretanto, que esse é um exemplo de aplicação do juízo de ponderação na seara administrativa e que, em Portugal, não existe uma justiça especializada para tratar de assuntos militares, sendo todos os conflitos resolvidos na esfera da justiça comum.

Verificou-se que no caso português em momento algum socorreu-se dos princípios da hierarquia e disciplina para efetuar o sopesamento de valores e o grau de afetação de cada direito. Ocorre que, no Brasil, tal elastecimento visando privilegiar o individual assim não ocorre no âmbito da Justiça Militar.

Questiona-se, portanto, em que medida os princípios da hierarquia e disciplina poderão servir de fundamento a restrições aos direitos fundamentais dos militares nos casos de conflito entre direitos fundamentais e outros princípios ou valores protegidos constitucionalmente, e qual o peso desses princípios quando da efetuação do juízo de ponderação.

Para tanto, depois do estudo das categorias teóricas atinentes ao tema, efetuado nos capítulos anteriores deste trabalho, parte-se para análise jurisprudencial de alguns casos de conflitos envolvendo a aplicação do juízo de ponderação.

5 CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

O direito militar, dado a sua origem histórica, já estudada em capítulo específico deste trabalho, por estar atrelado às instituições militares, passou a compartilhar dos postulados gerais da hierarquia e disciplina, instituindo-os como princípios norteadores do Direito Administrativo, Penal e Processual Penal Militar.

Na esfera administrativa, verifica-se a utilização dos referidos princípios, favorecendo a existência de um sistema punitivo disciplinar militar muito mais severo e rígido que no âmbito do funcionalismo público civil.

Segundo Clarissa Sampaio Silva “a rigidez da disciplina e hierarquia militar, de fato, exige dos membros da instituição larga adoção de comportamentos padronizados nos múltiplos aspectos da vida castrense”, entretanto, sem estes padrões normativos rígidos e precisos que delimitam especificamente quais condutas são permitidas e quais são indevidas seria difícil impor um elevado nível de vinculação comportamental.¹⁶⁸

Enquanto na Administração Pública em geral a punição disciplinar se regula pelo princípio da exceção, nas organizações militares é a regra geral.

Nelas se pune disciplinarmente o cabelo com corte fora do padrão, o tom de voz utilizado em serviço, o atraso às atividades programadas, o sapado mal engraxado, a farda mal passada e a continência não prestada. A punição não se guia por exigências desproporcionais ou desarrazoadas, mas tem como fim maior a formação militar lastreada nos rígidos imperativos da hierarquia e da disciplina. O que se busca é a ação educativa e preventiva.

Para manutenção da hierarquia e da disciplina na caserna impõem-se punições disciplinares imediatas, sem maiores delongas, privilegiando o princípio da oportunidade, o que implica num contraditório diferenciado, mais enxuto, e a inexistência de previsão de efeito suspensivo nos recursos disciplinares, face ao caráter educativo da sanção disciplinar.

As punições disciplinares aplicadas aos militares são muito mais severas do que as aplicadas na esfera civil num mesmo contexto fático. Essa rigidez se traduz na previsão

¹⁶⁸ SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 280.

de prisão disciplinar, em suas diversas modalidades e graus, aplicada por autoridade administrativa, e não pela judicial e para qual não cabe *habeas corpus*,¹⁶⁹ o mesmo não ocorrendo na esfera civil, na qual o instituto da restrição liberdade foi a muito abandonada, restando somente previsão no caso de inadimplemento de pensão alimentícia.

Já no Direito Penal e Processual Penal Militar, observa-se que os postulados da hierarquia e disciplina militares, ao incidirem como princípios norteadores especiais, passam a serem interpretados, atrelados e subentendidos nos bens jurídicos tutelados pelas normas penais militares, justificando o entendimento de que ao se cometer um ilícito penal militar atingem-se simultaneamente, além do bem jurídico específico, a instituição militar como um todo no sentido de terem sido atingidos seus pilares básicos.

Os postulados da intervenção mínima do Estado e do caráter subsidiário do sistema penal, vetores da mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, inexpressividade da lesão jurídica provocada, atuais norteadores de políticas criminais que se direcionam ao moderno direito penal,¹⁷⁰ não encontram espaço na seara da Justiça Militar, uma vez que seus vetores entram em conflito com os princípios regentes das instituições militares.

¹⁶⁹ A jurisprudência entende que tal restrição se aplica apenas no tocante ao mérito das punições disciplinares militares, e não aos seus aspectos formais, como a hierarquia, a competência do agente, permitindo assim, algum controle jurisdicional, por meio da adequada via do *habeas corpus*, de semelhantes sanções.

¹⁷⁰ Com efeito, a Suprema Corte tem admitido a aplicabilidade, aos delitos militares, inclusive ao crime de posse de quantidade ínfima de substância entorpecente, para uso próprio, mesmo no interior de Organização Militar, do postulado da insignificância:

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE - "RES FURTIVA" NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF - PEDIDO DEFERIDO. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico

A política criminal militar lastreia-se em medidas preventivas e repressivas. A prevenção se materializa nas práticas voltadas à educação, ao controle e à vigilância, como por exemplo, durante a formação e o aperfeiçoamento do militar, o alerta continuado através de instruções e campanhas, de avaliações permanentes da conduta do militar e de revistas periódicas nas instalações. Estes procedimentos, acoplados à certeza da punição pela justiça, atuam alinhados, tendo como objetivo inibir, prevenir e neutralizar a prática delituosa.

E a Justiça Castrense, por seu turno, conforme se observa em suas decisões, não se direciona no sentido de diminuir sua incidência e abrandar suas penas, tudo sob o amparo de que as instituições militares continuam a fazer uso do caráter educativo da pena para manutenção da hierarquia e disciplina nas instituições militares.

Com efeito, podemos citar os embates e discussões acerca da (in)viabilidade de aplicação na esfera da Justiça Militar dos benefícios previstos na Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).

Na ocasião, depois de recorrentes decisões de primeiro grau que conferiam a aplicação da referida lei nas auditorias da Justiça Castrense, o Superior Tribunal Militar (STM) em diversas ocasiões decidiu pela não aplicabilidade dos institutos despenalizadores ali previstos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO PARA APLICAÇÃO DE LEI PENAL MAIS BENIGNA. COISA JULGADA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO. A sentença expressa a vontade do Estado, que tem o dever de exercer a função jurisdicional. Satisfeita a prestação jurisdicional e uma vez transitada em julgado a decisão, surge a coisa julgada como garantia de exequibilidade, representando a própria razão de existência do Poder Judiciário. Do contrário, haveria grande insegurança no meio social. Pouco importa cogitar sobre o acerto ou desacerto da sentença. Eventual discussão sobre esse aspecto somente seria razoável por meio de revisão criminal. Porém, não se admite o habeas corpus como sucedâneo da revisão criminal. É sólida a posição do Tribunal no sentido de que a Lei nº 9.099, de 25-9-1995, que dispõe sobre os Juizados especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União" (HC nº 33332-0-AM). Preliminarmente, o Tribunal não conheceu do pedido. Decisão majoritária. (33339 AM 1998.01.033339-8, Relator: SÉRGIO XAVIER FEROLLA, Data de Julgamento: 28/05/1998, Data de Publicação: Data da Publicação: 25/06/1998 Vol: 02698-07 Veículo: DJ)

EMENTA: HABEAS CORPUS. RELAÇÃO PROCESSUAL INSTAURADA PELA PRÁTICA DE LESÃO CORPORAL CULPOSA. PRETENDIDA AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE À FALTA DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO (LEI Nº 9099, DE 1995, ART. 88). INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA NOVA LEI À JURISDIÇÃO MILITAR DA UNIÃO. A tipificação do delito militar como critério objetivo para a definição da competência da Justiça Militar reclama ofensa ou ameaça, direta e fundamentalmente, às INSTITUIÇÕES MILITARES (sujeito passivo direto e primeiro), despontando em plano secundário a pessoa física atingida. O instituto da representação é próprio do processo penal comum, correspondendo, na processualística militar, à "notitia criminis" (CPPM, art. 33). Hermetismo do CPPM em repulsa à recepção de fórmulas nele não previstas, excepcionada a normatização a ele especialmente dirigida e estritamente aplicável, conforme à sua índole. Não há como deduzir na "mens legis" o propósito de fazer inflectir, no âmbito da Jurisdição Militar da União, os novéis institutos concebidos sob preocupação inconciliável com as do Direito Penal Militar. Precedentes da Corte. Ordem denegada. Unânime. (33281 MS 1997.01.033281-2, Relator: PAULO CESAR CATALDO, Data de Julgamento: 25/11/1997, Data de Publicação: Data da Publicação: 18/12/1997 Vol: 05597-06 Veículo: DJ)

Na sequência, o STM, com vistas a uniformizar a interpretação do tema no âmbito da Justiça Militar, sumulou a questão:

Súmula nº 9 - A Lei nº 9.099, de 26.09.95, que dispõe sobre os Juízos Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, não se aplica à Justiça Militar da União.

Ainda no tocante à aplicação da Lei nº 9.099/95, o STF, refutando entendimento proferido pelo STM, admitiu a aplicação da referida lei aos delitos sob jurisdição da Justiça Castrense, nos seguintes termos:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL MILITAR. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. Inexiste conflito do art. 88, II, a, do Código Penal Militar com o disposto no art. 5º, XLVI da C.F. A suspensão condicional da pena não se aplica em tempo de paz por crime de deserção. Aplica-se na Justiça Militar a regra do art. 89, da Lei nº 9099/95. Para tanto, o acusado não pode estar sendo processado ou já ter sido condenado por outro crime. Ordem denegada. (76411 RJ, Relator: NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 22/06/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 30-10-1998 PP-00002 EMENT VOL-01929-01 PP-00149)

Finalmente, a controvérsia foi resolvida pelo Legislativo com a inserção do artigo 90-A, que retirou da esfera de incidência da lei os delitos sujeitos à jurisdição militar.

Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

Posteriormente, instado a se manifestar sobre a constitucionalidade do artigo 90-A da Lei nº 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se no sentido de sua constitucionalidade. No caso apresentado, a Corte negou provimento ao HC 99743, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que um militar pedia a nulidade do processo penal no qual foi condenado pela prática de deserção. O Plenário manteve a decisão do Superior Tribunal Militar, que condenou o militar à pena de seis meses de detenção pelo crime de deserção e denegou o pedido de suspensão condicional do processo:

Em seu voto, o relator do HC, ministro Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade do artigo 90-A da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), questionada pela defesa. O dispositivo exclui a aplicação da referida legislação no âmbito da Justiça Militar. Para o ministro, o artigo, incluído na normatização dos Juizados Especiais pela Lei 9.839/99, não configura afronta ao artigo 98, inciso I e parágrafo 1º, da Constituição Federal, os quais conferiram ao legislador ordinário a competência para dispor sobre infrações penais de menor potencial ofensivo.

Nesse sentido, segundo o ministro, o artigo 88, inciso II, alínea "a", do Código Penal Militar exclui a suspensão condicional da pena em diversos crimes, dentre os quais está a deserção. Para Marco Aurélio, tanto esta norma quanto o dispositivo questionado no HC configuram “**opção política normativa**”, estando em perfeita conformidade com o artigo 142 da Carta Magna, o qual define a organização das Forças Armadas com base na hierarquia e na disciplina.¹⁷¹ (grifei)

Ressalte-se que no tocante às decisões proferidas pelo STF, anteriores a inserção do artigo 90-A, vislumbrava-se a possibilidade da aplicação da lei, entretanto, após a inserção do artigo que proíbe a aplicação na seara militar, observa-se que o Tribunal respeitou a opção político normativa, o que demonstra, pelo menos *a priori*, uma mudança de compreensão acerca do tema, mas longe de haver um consenso absoluto, em que pese a clara preponderância dos princípios institucionais na maioria das vezes.

¹⁷¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=191145>> Acessado em 05.02.12.

Nesse sentido, observa-se que processo penal militar é cercado de peculiaridades e, entremeando as suas singularidades, faz-se o uso constante dos princípios da hierarquia e disciplina. Na tentativa de aplicar o juízo de ponderação quando da imposição de medidas limitadoras de direitos fundamentais, o que se nota é verdadeira primazia na utilização dos mencionados princípios, tendo como consequência, de certa forma, uma indefinição em relação ao real sopesamento que deve ser feito em relação à hierarquia e disciplina na escala de valores e o consequente afastamento dos direitos fundamentais.

Desta forma, o que aqui se propõe é a rediscussão dessa questão, a partir de uma análise mais aprofundada do real papel da hierarquia e disciplina como norteadores das decisões judiciais no âmbito da Justiça Castrense, a fim de, efetivamente, trazer à ponderação adequada o peso de tais institutos em face dos direitos fundamentais.

Seja como for, o certo é que o alastramento dos princípios da hierarquia e disciplina por todas as situações da vida castrense, com claro reflexo na seara judicial criminal militar, e a natural preponderância, em muito, para não dizer de forma absoluta, se justifica na medida em que, como referido em capítulo anterior deste trabalho, são princípios milenares e anteriores, portanto, aos próprios direitos fundamentais.

Tais princípios básicos das Forças Armadas, conforme observado anteriormente, para além da simples influência nas questões organizacionais das instituições militares, são a própria essência dessas instituições e, por que não dizer, sua existência se confunde com a própria existência do estamento militar.

Daí o porquê da extrema dificuldade de se relativizar a aplicação desses princípios nas diversas situações que surgem no cotidiano da vida castrense e também na rotina do Judiciário Militar.

Assim, simples situações da seara criminal que, a princípio, poderiam ser solvidas com a aplicação natural dos institutos despenalizadores, tudo em total consonância com o moderno Direito Penal, encontram grande resistência na Justiça Militar, porquanto, como dito, além da influência da origem militar de seus integrantes, para grande parte deles tratam-se de relativizações que poderiam inviabilizar a própria existência das instituições militares. E esse, com certeza, é o maior argumento para a quase primazia da aplicação desses princípios nos processos criminais militares.

Nesse sentido, a farta jurisprudência do Superior Tribunal Militar:

EMENTA: APELAÇÃO. ENTORPECENTES. LEI Nº 11.343/06. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Preliminar de inconstitucionalidade do art. 290, por alegada incompatibilidade com as Convenções Internacionais de Nova Iorque e Viena, incorporadas ao ordenamento jurídico pela Lei nº 11.343/2006, rejeitada à unanimidade, na forma do art. 67, inciso I, do RISTM, em razão da especialidade da lei penal castrense que tutela os princípios de hierarquia e disciplina, valores constitucionais basilares da higidez das Forças Armadas. Apelo desprovido, à unanimidade, haja vista ser a conduta praticada pelo agente de portar 1.0g de cocaína, no alojamento de soldados do HFA, ação que não só coloca em risco à saúde pública, como também, traz reflexos para a disciplina e hierarquia castrenses. (192-52.2010.7.11.0011 DF 0000192-52.2010.7.11.0011, Relator: Marcos Martins Torres, Data de Julgamento: 17/10/2011, Data de Publicação: 09/12/2011 Vol: Veículo: DJE)

EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE PEDERASTIA OU OUTRO ATO DE LIBIDINAGEM. INAPLICAÇÃO DO INSTITUTO DA "DELAÇÃO PREMIADA". Hipótese em que os Acusados praticaram atos libidinosos no interior do quartel, estando todos de serviço. Delineamento, "in casu", do delito recortado no art. 235, c/c a agravação estipulada no art. 237, inciso II, todos do CPM. Integral inaplicação, no caso, do instituto da "Delação Premiada", em face, sobretudo, da sua total incompatibilidade com os princípios da hierarquia e da disciplina, bases institucionais das Forças Armadas, e, ainda, com o valor e a ética militares. Provimento do Apelo do MPM. Decisão majoritária. (49833 AM 2005.01.049833-8, Relator: MAX HOERTEL, Data de Julgamento: 17/05/2005, Data de Publicação: 27/06/2005 Vol: Veículo: DJE)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. FURTO. No Estado Democrático de Direito a liberdade é a regra e a prisão a exceção. Somente se admite a restrição cautelar da liberdade de locomoção se os autos demonstrarem, de maneira concreta, elementos de convicção que induzam que a soltura do preso trará prejuízo à ordem pública, à instrução criminal, à aplicação da lei penal militar e à manutenção da hierarquia e disciplina militares. A afirmação de que a posse de duas cápsulas calibre 9 mm se traduz em crime fracionado, destinado a suprir de material bélico o crime organizado, fere o princípio da presunção de inocência, haja vista que a quantidade de munição encontrada autoriza, também, entender que o paciente tivesse a intenção de levar a munição para recordação, ou mesmo, que fosse entregá-la para seu superior hierárquico, como aduziu em seu interrogatório no auto de prisão em flagrante. Ordem concedida para homologar decisão liminar que concedeu liberdade provisória ao acusado. Unânime. (1495720107000000 MG 0000149-57.2010.7.00.0000, Relator: Marcos Martins Torres, Data de Julgamento: 04/10/2010, Data de Publicação: 08/11/2010 Vol: Veículo: DJE)

EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES DO JULDADO. FURTO DE APARELHO CELULAR. PRINCÍPIO DA BAGATELA. INADMISSIBILIDADE. Considerável lesividade do bem jurídico tutelado. Inocorrência da devolução da "res furtiva". Condenação mantida. Demonstrado o fato descrito na denúncia, com a definição da

autoria e materialidade. O valor do aparelho celular, tal como descrito no laudo de avaliação, não é insignificante, se comparado ao soldo do ofendido. Além do dano patrimonial, a conduta do Apelante gerou reflexos negativos no âmbito da caserna, causando elevado prejuízo aos princípios da hierarquia e disciplina. O presente recurso não trouxe aos autos qualquer elemento que pudesse reformar a Decisão proferida quando da apreciação do recurso de Apelação. Embargos Infringentes rejeitados. Decisão Unânime. (171120087010301 DF 0000017-11.2008.7.01.0301, Relator: Olympio Pereira da Silva Junior, Data de Julgamento: 28/04/2010, Data de Publicação: 06/05/2011 Vol: Veículo: DJE)

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que pesem as divergências, o que se nota é também essa preponderância, mas de forma diferenciada e qualificada, tendo aquele Tribunal estabelecido, de certa forma, um balizamento para o conflito entre a aplicação dos direitos fundamentais em face dos princípios da hierarquia e da disciplina nas diversas situações do cotidiano castrense, e de grande importância para as respostas aos questionamentos formulados neste trabalho.

Nesse sentido, oportuno aprofundar a análise sobre a relevante questão da posse de substância entorpecente, em quantidade mínima, no interior de quartelamento. Acerca da controvérsia, o Supremo Tribunal Federal, após intenso debate, decidiu no HC 103684, da relatoria do Ministro Ayres Brito, julgado em 21/10/2010, pela não aplicação do princípio da insignificância nos delitos cometidos por militares que portavam ínfima quantidade de entorpecente (*canabis sativa*) para consumo próprio no interior de quartelamento, sendo que o consumo, no âmbito da sociedade civil, não mais enseja pena privativa de liberdade, evidenciando a diferença de tratamento imposta no meio militar.

Oportuno inicialmente destacar que o artigo 290 do Código Penal Militar comina a mesma pena ao traficante e ao usuário:

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, até cinco anos.

Conforme pontua Jorge César de Assis “em termos de entorpecentes não há que se falar em princípio da insignificância, já que, além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde, o Código Penal Militar, ao tipificar a conduta, tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendida nesses casos”. Para mencionado doutrinador, o entendimento colima no sentido de que a função desempenhada pelo art. 290 do CPM não diz respeito apenas à proteção da saúde pública, mas também da disciplina e hierarquia militar, justificando tanto a não incidência da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas) como a não aplicação do princípio da insignificância penal no âmbito da Justiça Castrense.¹⁷²

Noutro sentido, há os que defendem que o Código Penal Militar possui um capítulo denominado "dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar" e outros denominados "dos crimes contra a saúde" e "dos crimes contra a administração da justiça militar", e se a intenção do legislador fosse proteger a hierarquia e disciplina os teria colocado no capítulo que trata da questão em particular e não no capítulo que trata dos crimes contra a saúde. Segundo Alexandre Reis de Carvalho

causa ofensa ao princípio da determinação taxativa a interpretação no sentido de que os crimes contra a saúde ou contra a administração da justiça militar ofendem, ainda que subsidiariamente ou reflexamente, a hierarquia e a disciplina militar, que são bens tutelados no capítulo "dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar", conforme sistemática penal adotada pelo legislador.¹⁷³

Por seu turno, a mencionada Lei Antidrogas, tratou de modo diverso o assunto no que se refere aos usuários de drogas. Atualmente, esse diploma legal prevê penas restritivas de direito para os casos de consumo pessoal. É o que se verifica na transcrição de seu art. 28

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

¹⁷² ASSIS, Jorge César. Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrinas, jurisprudências dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 5. ed. rev e atual. 2ª tir. Curitiba/PR: Juruá, 2005. pg-546.

¹⁷³ CARVALHO, Alexandre Reis de. *A Tutela da hierarquia e da disciplina militar*. Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 01 Jul 2010.

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Assim, enquanto a lei penal castrense continua a tratar com igualdade de pena o usuário e o traficante, ou seja, sujeição à pena privativa de liberdade em ambas as situações, na esfera do direito penal comum ao usuário não é cominada pena restritiva de liberdade, sendo-lhe aplicadas medidas ressocializantes, tratamentos de saúde e prestação de serviços à comunidade.

Instado a se manifestar, o STM firmou entendimento no sentido da inaplicabilidade, tanto da Lei nº 11.343/2006 (Lei Antidrogas), quanto do princípio da insignificância, na Justiça Militar, nesse sentido:

EMENTA: Apelação. Artigo 290 do CPM (tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar). Apelo defensivo. Preliminar. Pretensa aplicação da Lei nº 11.343/2006. Rejeição. Unanimidade. Mérito. Pedido de absolvição. Invocação do Princípio da Insignificância. Inaplicabilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Improvimento. Decisão majoritária.

1. Não há o que se falar em aplicação da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre drogas, à Justiça Militar, que possui regras e princípios que lhe são particulares, constatando-se, ademais, das simples leitura daquele diploma legal, que não há qualquer dispositivo no sentido da revogação do artigo 290 do CPM, constatando, apenas, no artigo 75 da enfocada Lei, a revogação expressa das Leis nº 6.368/1976 e 10.049/2002. 2. Preliminar rejeitada por unanimidade. 3. No mérito, em se tratando de porte ilegal de substância entorpecente para o uso próprio, a norma penal visa tutelar o bem jurídico maior – a saúde pública – , e não a saúde individual do réu, sendo certo que os malefícios afetam a sociedade como um todo. Cuida-se, no caso, de perigo abstrato ou presumido, não cabendo a aplicação do princípio da insignificância. 4. Apelo provido por maioria.(50541 RJ 2007.01.050541-5, Relator: JOSÉ COELHO FERREIRA, Data de Julgamento: 10/05/2007, Data de Publicação: 14/06/2007 Vol: Veículo:DJE)

TÓXICO. PEQUENA QUANTIDADE. POSSE EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO DA LEI Nº 11. 343 DE 2006. IMPOSSIBILIDADE.

Uso de quantidade mínima de substância entorpecente em lugar sujeito à Administração Militar não tem o condão de afastar a tipicidade delitiva inscrita no caput do art. 290 do CPM. Entendimento pacificado no sentido de sua inaplicabilidade em razão da edição da nova Lei de Tóxicos.Lei de Tóxicos- Não se aplica o princípio da insignificância ou da bagatela em crime de tóxico, no âmbito desta Justiça Especializada, tendo em vista a necessidade de se tutelar valores intrínsecos às Forças Armadas. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO MAJORITÁRIA. (50930 RS 2008.01.050930-5,

Relator: MARIA ELIZABETH GUIMARÃES TEIXEIRA ROCHA, Data de Julgamento: 16/10/2008, Data de Publicação: 12/01/2009 Vol: Veículo:DJE)

Diante dessa posição, a matéria foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que assim decidiu no âmbito de sua 1ª Turma:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA: NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração pela superveniência da Lei n. 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas, sim, o da especialidade.

O fundamento constitucional do crime militar é o art. 124, parágrafo único, da Constituição da República: tratamento diferenciado do crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar.

2. Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal reverencia a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes.

3. Habeas corpus indeferido. (92462 RS, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 22/10/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: DJE-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00058 EMENT VOL-02297-03 PP-00497)

Já a 2ª Turma daquela Corte Constitucional trilhou entendimento divergente:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1. Paciente, militar, preso em flagrante dentro da unidade militar portando, para uso próprio, pequena quantidade de entorpecentes. 2. Condenação por posse e uso de entorpecentes. Não-aplicação do princípio da insignificância, em prol da saúde, disciplina e hierarquia militares. 3. A mínima ofensividade da conduta, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica constituem os requisitos de ordem objetiva autorizadores da aplicação do princípio da insignificância. 4. A Lei n. 11.343/2006 - nova Lei de Drogas - veda a prisão do usuário. Prevê, contra ele, apenas a lavratura de termo circunstanciado. Preocupação, do Estado, em mudar a visão que se tem em relação aos

usuários de drogas. 5. Punição severa e exemplar deve ser reservada aos traficantes, não alcançando os usuários. A estes devem ser oferecidas políticas sociais eficientes para recuperá-los do vício. 6. O Superior Tribunal Militar não cogitou da aplicação da Lei n. 11.343/2006. Não obstante, cabe a esta Corte fazê-lo, incumbindo-lhe confrontar o princípio da especialidade da lei penal militar, óbice à aplicação da nova Lei de Drogas, com o princípio da dignidade da pessoa humana, arrolado na Constituição do Brasil de modo destacado, incisivo, vigoroso, como princípio fundamental (art. 1º, III). 7. Paciente jovem, sem antecedentes criminais, com futuro comprometido por condenação penal militar quando há lei que, em lugar de apenar - Lei n. 11.343/2006 - possibilita a recuperação do civil que praticou a mesma conduta. 8. Exclusão das fileiras do Exército: punição suficiente para que restem preservadas a disciplina e hierarquia militares, indispensáveis ao regular funcionamento de qualquer instituição militar. 9. A aplicação do princípio da insignificância no caso se impõe, a uma, porque presentes seus requisitos, de natureza objetiva; a duas, em virtude da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida. (92961 SP, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 10/12/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-031 DIVULG 21-02-2008 PUBLIC 22-02-2008 EMENT VOL-02308-05 PP-00925)

A divergência estabelecida nas 1ª e 2ª Turmas do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto deu ensejo ao julgamento, pelo plenário, do HC 103684/DF, rel. Min. Ayres Britto, 21.10.2010, que em seu voto, acompanhado pela maioria dos Ministros, decidiu que não se aplica o princípio da insignificância no delito tipificado no art. 290 do Código Penal Militar, estabelecendo ainda importantes balizas sobre o tema, a partir da clara preferência pela preponderância da hierarquia e disciplina militar em face da questão do uso de drogas no interior de quartelamento, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.

1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar.

2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do

paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. **Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática.** Ordem democrática que 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 que se estruturam no âmbito da União. **Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.**

3. **A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas.** Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim.

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque - diz a Constituição - "às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar" (§ 1º do art. 143).

5. **O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de "relações de intrínseca subordinação".**

6. No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

7. Ordem denegada. (103684 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070 DIVULG 12-04-2011 PUBLIC 13-04-2011 EMENT VOL-02502-01 PP-00105). (grifei e sublinhei)

Conforme se observa, nesse importante precedente o STF entendeu que, efetuado o juízo de ponderação no caso concreto, os princípios da hierarquia e disciplina devem prevalecer em detrimento ao princípio da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade (no caso ínfima) de drogas envolvida na questão, a hierarquia e a disciplina militar sempre serão afetadas.

Para a maioria dos integrantes daquela Corte, não se pode aplicar o princípio da insignificância na seara penal militar no tocante ao crime previsto no artigo 290 do Código Penal Militar, considerando que o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora não é somente a saúde pública, que não seria afetada pela quantidade ínfima de psicotrópico, entretanto, o bem jurídico concomitantemente protegido, ou seja, a hierarquia e disciplina militar seria sempre abalada no caso de consumo de droga dentro dos aquartelamentos, independentemente da quantidade apresentada. O fato de um soldado ser flagrado consumindo 0,01 grama de maconha já coloca em risco a confiança que seu colega de farda nele depositou, retira a certeza da sobriedade para participar de exercícios de tiro, com a quebra da confiança coloca-se em risco a disciplina.

No contexto ainda do citado julgamento, oportuno referir a interessante fórmula adotada pelo Ministro Cezar Peluso para solver a questão. No seu voto vencido, apesar de conceder a ordem de habeas corpus, deixou assentado que não se descurou da análise, no caso concreto, da afetação ou não da hierarquia e disciplina militar, que na sua opinião não haviam sido atingidas. Esclareceu que o reconhecimento da admissibilidade da aplicação do princípio da insignificância em matéria de Direito Penal Militar não fragilizaria/mitigaria os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, que garantem a

organização, a eficiência e a própria sobrevivência das Forças Armadas, mas, sim, permitiria ao magistrado, analisar o caso concreto e verificar se ocorreu ou não ofensa ao objeto jurídico protegido pela norma penal militar. Ou seja, no caso do artigo 290 do CPM, o objeto jurídico protegido seria a saúde, mas também, indiretamente a disciplina e hierarquia militares que jamais poderiam ser postas em situação de dano com a posse de 0,1% de substância entorpecente.

Significa dizer que em casos similares não se retiraria do magistrado em matéria de delito penal militar, a possibilidade de reconhecer no caso concreto a atipicidade da conduta por falta de ofensa ao bem jurídico tutelado, sem que o juiz se veja obrigado a condenar o réu. É dizer, *contrario sensu*, que no caso concreto, quando o magistrado verificar que ocorreu realmente risco à disciplina e hierarquia ou à saúde do agente militar no exercício de suas funções, possa condenar o réu e preservar o bem jurídico que é objeto da tutela penal militar.

Constata-se, desta forma, apesar da manutenção da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de não aplicação do princípio da insignificância em relação ao artigo 290 do Código Penal Militar, manifestando-se mais uma vez a prevalência dos princípios da hierarquia e disciplina, todavia, a votação não foi nem unânime e muito menos folgada (6x4), o que denota ainda a possibilidade de (re)discussão do tema propriamente dito e, também, do próprio pano de fundo que envolvia o julgamento, isto é, o alcance da prevalência da hierarquia e da disciplina militares quando confrontadas com questões do cotidiano de nossa sociedade.

Tal prevalência da hierarquia e disciplina castrense, é bem verdade, ocorre em outras situações levadas a julgamento no STF, tratando ainda sobre a aplicação do princípio da insignificância, nas quais há clara preferência pela preservação dos cânones institucionais:

Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. USO INDEVIDO DE UNIFORME MILITAR (CPM, ART. 172). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR. 1. O princípio da insignificância não é aplicável no âmbito da Justiça Militar, sob pena de afronta à autoridade, hierarquia e disciplina, bens jurídicos cuja preservação é importante para o regular funcionamento das instituições militares. Precedente: HC 94.685, Pleno, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJe de 12/04/11. 2. In casu, o paciente, recruta, foi preso em flagrante trajando uniforme de cabo da Marinha. 3. O crime descrito no art. 172 do Código Penal Militar é de mera conduta e **visa à tutela de bens jurídicos importantes e necessários ao regular funcionamento das instituições militares – autoridade, disciplina e hierarquia** - pouco importando o

cotejo da real intenção do agente com os requisitos de natureza objetiva subjacentes ao princípio da insignificância, a saber: (a) ofensividade mínima da conduta, (b) ausência de periculosidade social, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente e (c) a inexpressividade da lesão ao bem juridicamente protegido. 4. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial. (108512 BA, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 04/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 19-10-2011 PUBLIC 20-10-2011). (grifei)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR. PACIENTE CONDENADO PELO CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RAZOÁVEL GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. BEM QUE NÃO PODE SER CONSIDERADO DE VALOR ÍNFIMO. ORDEM DENEGADA. I – A aplicação do princípio da insignificância de modo a tornar a conduta atípica exige, além da pequena expressão econômica do bem que fora objeto de subtração, um reduzido grau de reprovabilidade da conduta do agente. II – **É relevante e reprovável a conduta de um militar que, em serviço, furta bem de um colega de farda, demonstrando desrespeito às leis e às instituições de seu País.** III – No caso em espécie, o bem subtraído – um aparelho celular avaliado em R\$ 699,00 – não pode ser considerado de ínfimo valor, mormente quando considerados os vencimentos percebidos pelo ofendido – soldado do Exército. IV – Ordem denegada. (107240 RJ , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 05/04/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-075 DIVULG 19-04-2011 PUBLIC 25-04-2011) (grifei)

EMENTA : HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. PECULATO-FURTO. MUNIÇÕES DE ARMAMENTO DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Para que se dê a incidência da norma penal, não basta a simples adequação formal do fato empírico ao tipo legal. É preciso que a conduta delituosa se contraponha, em substância, ao tipo penal em causa, sob pena de se provocar a desnecessária mobilização de uma máquina custosa, delicada e ao mesmo tempo complexa como é o aparato de poder em que o Judiciário consiste. Poder que não é de ser acionado para, afinal, não ter o que substancialmente tutelar. 2. Numa visão humanitária do Direito Penal, então, é de se prestigiar o princípio da insignificância, que, se bem aplicado, não chega a estimular a idéia de impunidade. Ao tempo que se verificam patentes a necessidade e a utilidade desse princípio da tolerância, é imprescindível que a sua aplicação se dê de maneira criteriosa, sempre tendo em conta a realidade brasileira, para evitar que a atuação estatal vá além dos limites do razoável na proteção do interesse público. 3. **No caso, o paciente, sargento de munição e tiro de unidade militar, subtraiu munições de armamentos de uso restrito das Forças Armadas. Donde a impossibilidade de se acatar a tese da irrelevância jurídico-penal da conduta, não obstante a pouca expressividade financeira da avaliação dos bens subtraídos pelo militar. A lesividade da conduta protagonizada pelo paciente não é de ser aferida pelo valor econômico da coisa furtada; até mesmo em**

consideração à própria qualidade da relação jurídica entre o militar acusado e a instituição castrense da qual fazia parte por ocasião da atividade delituosa. Logo, ainda que o valor das munições apreendidas seja de pequena monta, obsta a pretensão defensiva o fato de que o delito em causa não se constitui, apenas, em lesão de cunho patrimonial. É modalidade delitiva que também atenta contra a “Administração Militar” (Capítulo II do Título VII do Código Penal Militar). Precedente: HC 104.787, da minha relatoria. 4. Ordem denegada. (104820 SP, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 07/12/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-109 DIVULG 07-06-2011 PUBLIC 08-06-2011 EMENT VOL-02539-01 PP-00104). (grifei)

Por outro lado, como dito alhures, referida preponderância não é absoluta nem muito menos unânime no Supremo Tribunal Federal. E, nesse sentido, cabível citar o HC nº 107638, Rel. Ministra Carmem Lúcia, cuja decisão é extremamente oportuna e retrata verdadeiro juízo de ponderação, com preponderância para aplicação dos direitos fundamentais, todavia, sem deixar de privilegiar de forma adequada a hierarquia e disciplina militares:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PENAL. CRIME MILITAR. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RECONHECIMENTO NA INSTÂNCIA CASTRENSE. POSSIBILIDADE. DIREITO PENAL. ULTIMA RATIO. CONDUTA MANIFESTAMENTE ATÍPICA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A existência de um Estado Democrático de Direito passa, necessariamente, por uma busca constante de um direito penal mínimo, fragmentário, subsidiário, capaz de intervir apenas e tão-somente naquelas situações em que outros ramos do direito não foram aptos a propiciar a pacificação social. 2. O fato típico, primeiro elemento estruturador do crime, não se aperfeiçoa com uma tipicidade meramente formal, consubstanciada na perfeita correspondência entre o fato e a norma, sendo imprescindível a constatação de que ocorrera lesão significativa ao bem jurídico penalmente protegido. 3. É possível a aplicação do Princípio da Insignificância, desfigurando a tipicidade material, desde que constatados a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexistência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a relativa inexpressividade da lesão jurídica. Precedentes. 4. **O Supremo Tribunal admite a aplicação do Princípio da Insignificância na instância castrense, desde que, reunidos os pressupostos comuns a todos os delitos, não sejam comprometidas a hierarquia e a disciplina exigidas dos integrantes das forças públicas e exista uma solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito.** Precedentes. 5. A regra contida no art. 240, § 1º, 2ª parte, do Código Penal Militar, é de aplicação restrita e não inibe a aplicação do Princípio da Insignificância, pois este não exige um montante prefixado. 6. A aplicação do princípio da insignificância torna a conduta manifestamente atípica e, por conseguinte, viabiliza a rejeição da denúncia. 7. Ordem concedida. (107638 PE , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 13/09/2011,

Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-187 DIVULG 28-09-2011 PUBLIC 29-09-2011).(grifei)

Nesse julgado, observa-se, de forma bastante harmoniosa, a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade, com a adequada ponderação de valores conflitantes e, ao fim, a opção pela prevalência do direito fundamental à liberdade. Sem a exclusão prévia da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, no caso concreto observa-se uma formulação que leva em conta o valor de cada bem a ser sopesado, de acordo com o valor instituído naquele caso, sem a imposição absoluta dos princípios basilares das instituições militares. Mas sempre ficando bem claro que tais princípios não deixaram de ser analisados e sopesados, propondo-se ainda uma forma paralela de manutenção da hierarquia e disciplina, ou seja, a possibilidade de imposição de sanção disciplinar na seara administrativa.

Da mesma forma, em outro julgado o STF uma vez mais admitiu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância penal no âmbito dos conflitos Justiça Militar, todavia, de forma excepcional e desde que presentes determinados critérios, conforme referido no HC 95445, Rel Min Eros Grau:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. LESÃO CORPORAL LEVE [ARTIGO 209, § 4º, DO CPM]. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O princípio da insignificância é aplicável no âmbito da Justiça Militar de forma criteriosa e casuística. Precedentes. 2. Lesão corporal leve, consistente em único soco desferido pelo paciente contra outro militar, após injusta provocação deste. O direito penal não há de estar voltado à punição de condutas que não provoquem lesão significativa a bens jurídicos relevantes, prejuízos relevantes ao titular do bem tutelado ou, ainda, à integridade da ordem social. Ordem deferida.(95445 DF , Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 02/12/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-152 DIVULG 13-08-2009 PUBLIC 14-08-2009 EMENT VOL-02369-05 PP-00929)

Desta forma, e já caminhando para as considerações finais deste trabalho, resta clara a prevalência, quase que impositiva, dos princípios da hierarquia e disciplina no âmbito da Justiça Militar, e esse fenômeno é perfeitamente compreensível sobretudo se levarmos em consideração o fato de que tais princípios praticamente se confundem com a própria existência das instituições militares, estabelecendo uma clara relação especial de sujeição do estamento militar. E decorrência dessa assertiva é a natural dificuldade, no âmbito dos órgãos que compõem a Justiça Militar, da aplicação de um juízo de ponderação nos casos concretos,

tudo em face de considerarem os princípios da hierarquia e disciplina como um algo prévio e de valor absoluto.

Todavia, conforme tem sido observado na prática do Supremo Tribunal Federal, tal relação especial não inviabiliza a efetivação do juízo de ponderação pelos magistrados para solução dos eventuais conflitos entre direitos fundamentais e os propalados princípios, já que nem sempre a preponderância de um determinado direito fundamental em determinado caso concreto implicará no abalo à disciplina e hierarquia militares.

Obviamente que, em grande parte dos casos julgados por aquela Corte Maior, a preponderância, por ocasião do sopesamento de valores, acaba por privilegiar os princípios básicos da organização das Forças Armadas e tal resultado é perfeitamente natural, considerando todas as particularidades de tais princípios que foram delineadas neste trabalho.

No entanto, como visto, nada impede que num dado caso concreto, a partir da qualificada ponderação, seja oportunizada a aplicação de um determinado direito fundamental e sem que tal prevalência signifique um rompimento na hierarquia e disciplina militares, desde que atendidas determinadas condicionantes, conforme foi aqui delineado.

6 CONCLUSÃO

A primazia conferida aos princípios da hierarquia e disciplina no âmbito da caserna estabelece verdadeira relação especial de sujeição, traço marcante que diferencia todo o estamento militar. Tratam-se não apenas de princípios inerentes às instituições militares, mas o ponto nodal de sua existência, considerada a sua secularidade e força irradiadora que se projeta por todo o macro sistema militar.

Com efeito, as noções de exércitos e, por conseguinte, da hierarquia e disciplina, são anteriores à própria existência do Estado que, em consequência, é anterior a própria idéia de direitos humanos e ao processo de constitucionalização dos direitos fundamentais.

E essa interligação desde os primórdios não foi alterada ao longo dos tempos e, no nosso contexto, também não foi diferente, estando na atualidade expressamente destacada na Constituição Federal de 1988 a organização das Forças Armadas com base na hierarquia e disciplina.

Em que pese tal primazia, expressamente positivada na Constituição atual, o que se perquire é se tal valor conferido aos citados princípios é absoluto, principalmente quando considerados os direitos fundamentais também positivados na Carta Maior.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 instituiu um novo modelo no tocante ao tratamento dado aos direitos fundamentais, privilegiando-os em relação a outros direitos. Essa tendência à proteção mais efetiva dos direitos fundamentais se alastrou por todo ordenamento jurídico, desaguando na necessidade de sua adaptação ao novo modelo de proteção.

Daí necessário aprofundamento relacionado aos diversos matizes que envolvem a questão e a aferição da mencionada força irradiadora dos princípios da hierarquia e disciplina militares, de forma a analisar a possibilidade de compatibilização com os preceitos direcionadores da ordem constitucional de um Estado Democrático de Direito.

A relevância constitucional das instituições militares definida pelo Poder Constituinte, com o estabelecimento da hierarquia e disciplina como princípios norteadores das Forças Armadas, delimitaram a existência de uma justiça especializada para processar e julgar seus membros.

Para compreensão dessa especial relação jurídico-militar, analisou-se pormenorizadamente a Justiça Militar, sua origem histórica, a parceria com as instituições militares e a peculiaridade de pertencer ao Poder Judiciário brasileiro, já que tal inserção não é comum em todas as legislações e países. Destacou-se a particularidade do julgamento dos crimes militares ser efetuada por um órgão colegiado de origem mista (civis com formação jurídica e militares com experiência da caserna), com vistas a qualificar o julgamento em termos técnicos sem, contudo descurar das particularidades da vida na caserna. O fato delituoso, desta forma, foi analisado também levando em conta os elementos culturais, psicológicos, os riscos, os aspectos técnicos e os operacionais que envolveram a situação, e primordialmente a partir das próprias experiências de vida dos juízes militares, nunca se descurando do respeito ao princípio da hierarquia e disciplina militar, considerando aquela inclusive para a escolha dos juízes militares componentes do colegiado.

Na sequência, passou-se a uma análise aprofundada dos princípios da hierarquia e disciplina, desde sua origem, seu significado e a questão sempre atual de sua (im)prescindibilidade para existência das instituições militares. A fixação destes conceitos fez-se necessária para a compreensão do valor que possuem tais princípios dentro das organizações castrenses e como ocorreu sua transcendência para todo o direito penal militar.

O giro hermenêutico perpetrado pelos princípios da hierarquia e disciplina, que ao transcenderem da regência da organização das instituições militares e transformarem-se em princípios de direito penal militar, trouxeram consigo a imposição de que tais princípios, apesar de fundantes e norteadores das organizações militares, quando balizadores das relações jurídico-penais, devem entrar em consonância com todo o sistema jurídico e com o primado constitucional da proteção aos direitos fundamentais.

O legislador constituinte, partindo de um juízo de ponderação prévio, inseriu na atual Constituição restrições expressas a direitos fundamentais dos militares, estabelecendo relações especiais de sujeição, que teriam como escopo prevenir futuros conflitos, já que efetuara a priori a opção de proteção constitucional das instituições militares, entretanto, seu esforço não logrou êxito, face a impossibilidade de equacionamento de imprevisíveis conflitos provenientes das inúmeras possibilidades de exercício dos direitos fundamentais que acabam por vezes a colidir com os princípios da hierarquia e disciplina.

O caráter de princípio geral conferido aos princípios da hierarquia e disciplina serviu de fundamento para o estabelecimento de restrições, que justificam algumas restrições preestabelecidas aos direitos fundamentais dos indivíduos membros das instituições militares.

Para além de fundamentarem as relações especiais de sujeição, os princípios adrede referidos, determinaram também a especialidade da Justiça Militar e suas peculiaridades como o escabinato e o julgamento por seus pares. Firmou-se cada vez mais a convicção da impossibilidade de se conjugarem os fundamentos do Direito Penal Militar com os do Direito Penal comum, considerando que aquele acabou por adotar como seus fundamentos básicos também os princípios da hierarquia e disciplina.

Vislumbra-se na aplicação do Direito Penal e Processual Penal Militar um descompasso entre os princípios norteadores da justiça especializada (máxima ofensividade, hierarquia e disciplina) e os princípios norteadores da justiça penal comum (institutos despenalizadores, mínima ofensividade, insignificância, menor ingerência do Estado em delitos de pequena monta, etc), situação que gera, de certa forma, um distanciamento entre um e outro.

No Direito Penal e Processual Penal Militar, observou-se que os postulados da hierarquia e disciplina militares, ao incidirem como princípios norteadores especiais, passam a ser interpretados, atrelados e subentendidos nos bens jurídicos tutelados pelas normas penais militares, justificando o entendimento de que ao se cometer um ilícito penal militar atingem-se, simultaneamente, além do bem jurídico específico, a instituição militar como um todo no sentido de terem sido atingidos seus pilares básicos.

E essa especificidade acaba por determinar, se não um recrudescimento do sistema penal militar, pelo menos um engessamento da Justiça Militar no sentido de sua ortodoxia no tratamento das medidas despenalizadoras quando comparado ao moderno direito penal enquanto consubstancializador e garantidor dos direitos fundamentais, e sempre sob o argumento de que a hierarquia e disciplina impõem tal rigidez.

A utilização frequente dos princípios da hierarquia e disciplina como fundamentadores das decisões de julgamentos realizados na Justiça Castrense, estabeleceu uma supremacia quase que absoluta desses princípios, verificando-se sua prevalência sempre que confrontados com outros princípios ou valores protegidos constitucionalmente, determinando nesse aspecto a quase inviabilidade da aplicação de um verdadeiro juízo de ponderação, haja vista o peso absoluto que esses princípios adquiriram naquela Justiça especializada.

Nas decisões proferidas no primeiro grau da Justiça Militar, há tentativas por parte dos Juízes-Auditores no sentido de se fazer um sopesamento de valores no caso concreto

ao se depararem com conflitos entre os princípios da hierarquia e disciplina e outros princípios constitucionais, entretanto, esta tentativa nem sempre acaba prevalecendo em face de o julgamento se dar por um colegiado.

No segundo grau da Justiça Militar, de igual forma, mantém-se a dificuldade na aplicação do juízo de ponderação em decorrência dos mesmos fatores enfrentados pelo Juiz-Auditor, ainda acrescida do fato de que todos os processos julgados pelo Superior Tribunal Militar serem efetuados pelo Plenário da Corte, cuja composição majoritária de Juízes de origem militar estabelece naturalmente um obstáculo à mencionada ponderação.

Por seu turno, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que pese a natural prevalência da hierarquia e disciplina no julgamento dos casos criminais da caserna, o enfrentamento das questões se dá em um outro patamar que não empresta valor absoluto de antemão a tais princípios. Pelo contrário, o que se observa é a busca de posições moderadas que, sem deixar de atentar para a importante questão da manutenção da disciplina e hierarquia militares, sopesam nos casos concretos, mediante um juízo de ponderação, a real possibilidade de conferir, como dito, efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Em resumo, verificou-se que os princípios da hierarquia e disciplina, apesar da influência que exercem em todo o sistema penal militar (levando à quase prevalência absoluta dos seus cânones nos julgamentos dos casos penais levados a efeito pela Justiça Militar), não são absolutos. Nesse sentido já o disse o próprio STF que, em situações especiais e mediante o atendimento de determinadas condicionantes, admite, por meio de um juízo de ponderação, o seu sopesamento em face de determinado direito fundamental em conflito, com vistas à análise de sua prevalência ou não no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Livraria Almedina, 1987.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARON, Raymond. **Pensar a guerra Clausewitz: a era planetária**. Brasília: UnB, 1986.
- ARON, Raymond. **Paz e guerra entre as nações**. Brasília: UnB, 2002.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- BELLINTANI, Adriana Iop. **O Exército Brasileiro e a Missão Militar Francesa: instrução, doutrina, organização, modernidade e profissionalismo (1920-1940)**. 2009. 700 f. Tese (Doutorado em História) - Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília, 2009.
- BIERREMBACH, Flávio Flores da Cunha. **Dois séculos de justiça: presença das Arcadas no tribunal mais antigo do Brasil**. São Paulo: Lettera.doc, 2006.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de ponderação na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BROCHADO, João Manoel Simch. **O caráter dos soldados**. Rio de Janeiro, Biblioteca do Exército Editora, 2001.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. A. Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbekian, 1989.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPANO, Mônica Herman Salem Caggiano e Evandro Babiani. **As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar**. In Direito Militar: doutrina e aplicações. Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 12ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Alexandre Reis de. **A tutela da hierarquia e da disciplina militar**. Teresina, ano 9, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?>. Acesso em: 01 Jul 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CLAUSEWITZ, Carl Von. **Da guerra**. 3ª. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**, 34ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.

DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. **Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal (lato sensu)**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Publicação oficial do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional IBDC, São Paulo, ano 12, nº 46, jan. 2004. ISSN 1518-272X.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramallete. 36ª Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GUALTER, Godinho. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 1976.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HENRIQUES, Antônio. **Monografia no curso de direito: como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**, volume I. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito processual penal**. 11ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JÚNIOR, Edgard de Brito Chaves. **Escoço histórico da justiça militar**, *in* Revista de Estudos e Informações, TJM/MG, 2001, n. 08.

LACAVA FILHO, Nelson. **Responsabilidade penal do médico na perspectiva da sociedade do risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

LAZZARINI, Álvaro (Org.). **Constituição federal. Estatuto dos militares. Código penal militar. Código de processo penal militar. Legislação penal, processual penal e administrativa militar**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MACHIAVELLI, Niccolo. **A arte da guerra**. 2ª. ed. rev. São Paulo: Escala, 2006.

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

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. In: SCHIMITT, Ricardo Augusto. **Princípios penais constitucionais: direito e processo penal à luz da constituição federal**. Salvador: Juspodium, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional – 2002-2010**/Gilmar Ferreira Mendes. – São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIGUEL, Cláudio Amin e COLDIBELLI, Nelson, **Elementos de direito processual penal militar**. Lumem Juris, Rio de Janeiro, 2ª ediação, 2004.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3ª. ed. 3ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PACHECO, Denilson Feitosa. **O princípio da proporcionalidade no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEIXOTO, Antonio Geraldo. A Justiça Militar. Conferencia do Ten.- Brig.-do-Ar, em 15 de março de 1988, na Escola de Guerra Naval, RJ. R. Sup. Trib. Mil., Brasília, 10(1): 179-222, 1988.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución.** 9ª ed. Madri: Tecnos, 2005. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de justiça militar no Brasil, 1908-2008.** Rio de Janeiro: Action Ed., 2008.

ROTH, Ronaldo João. **Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional.** São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado ed., 2006.

SILVA, Clarissa Sampaio. **Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: o caso dos agentes públicos.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Octávio Augusto Simon de. **Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano.** Curitiba: Juruá, 2008.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.