
MÁRIO PAULO
TENREIRO

Assistente da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

O DIREITO NA INSTITUIÇÃO MILITAR *

121

Partindo da qualificação do Direito Militar como uma situação de pluralismo jurídico, em vista das especificidades do modo de produção e distribuição do Direito na instituição militar, o autor analisa sucessivamente a organização das Forças Armadas, a conformação do princípio hierárquico no seu seio e o carácter da duplicidade da sua ordem jurídica, e detém-se sobre o

confronto entre os seus regimes disciplinar e penal e os regimes vigentes nas situações homólogas da sociedade civil. Tratando-se aqui de uma situação de pluralismo jurídico intra-estadual, a sua base explicativa assenta na contradição inerente do próprio Estado, simultaneamente aparelho de poder e representante da comunidade.

O

1

fenómeno do pluralismo jurídico nasce fundamentalmente de um qualquer tipo de realidade social que tem, forçosamente, na sua base uma qualquer *contradição*. É a *contradição*, de facto, a chave para a compreensão de tal fenómeno.

O tema surgiu fundamentalmente com a antropologia, através do estudo das Sociedades tradicionais no contexto do colonialismo: trata-se afinal da coexistência, no mesmo espaço, do direito do Estado colonizador e dos direitos tradicionais.

* O presente trabalho provem de um anterior estudo realizado aquando da frequência, no ano lectivo de 1984-85, da cadeira de Sociologia do Direito, leccionada pelo Professor Boaventura de Sousa Santos na Faculdade de Direito de Coimbra, e que consistia na análise do Direito e Justiça Militar à luz do conceito de pluralismo jurídico. Realizado mais como um resumo do anterior do que propriamente como um autónomo labor crítico e reflexivo de novo efectuado sobre a matéria, não pretende o presente trabalho ser mais do que uma breve resenha e informação sobre os resultados mais importantes a que se chegou no estudo efectuado há mais de um ano.

Dispensando-nos de proceder a citações em texto queremos, desde já, indicar ser o presente trabalho subsidiário, a nível teórico, da conceptologia e análise desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos em textos como: o Discurso e o Poder (1980), Direito e Comunidade (1982a) e Estado e Questão Urbana (1982b).

O conceito foi posteriormente estendido a outras situações que teriam em comum o facto de terem lugar «*em sociedades heterogéneas*». Assim a ampliação seguinte do conceito consistiu em aplicá-lo a sociedades relativamente homogéneas, pois que também essa homogeneidade esconde, de facto, inúmeras contradições que, podendo assumir diferentes expressões jurídicas, por vezes se condensam «na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processadas com base em recursos normativos e institucionais internos», ou seja, «campos sociais semi-autónomos, isto é, áreas da vida social com capacidade interna para produzir regras e costumes, e simultaneamente, vulneráveis às regras e decisões provenientes do espaço mais amplo que as rodeia» (Moore, 1973).

Uma das bases das análises precedentes era, contudo, o facto de se reportarem sempre à existência de certos mecanismos jurídicos autónomos fora do processo de produção e distribuição estatal do direito.

No entanto, o conceito de pluralismo jurídico afigura-se-nos perfeitamente pertinente quando aplicado a situações intra-estatais. Com efeito, se aquele consiste, afinal, «em no mesmo espaço geo-político poderem ser efectivamente aplicados diferentes mecanismos jurídicos a situações mais ou menos idênticas», verificamos que esta diversidade abrange também «a própria praxis jurídica estatal que comporta diferentes modos de juridicidade, [...] posição esta, sem dúvida, contraditória com a forma como o direito oficial se auto-apresenta: destinado a uma massa atomizada de cidadãos, fragmentados pelo reino da lei, iguais e livres em direitos e deveres».

Trata-se precisamente, no presente trabalho, de uma situação de pluralismo jurídico dentro do próprio Estado. E que a utilização do conceito é pertinente na situação em análise, parece-nos clara se tomarmos em conta que:

1.º — A instituição militar constitui-se como um «campo social semi-autónomo» em virtude das suas funções específicas. Criam-se, de facto, no seu seio *práticas informais* de resolução de conflitos e modos *sui generis* de exercício de poder jurídico.

2.º — São as próprias exigências da instituição que obrigam à regulamentação específica de que são alvo, exercendo esta uma grande influência dentro dos órgãos políticos que legislam sobre si. Lembremo-nos que até há bem pouco tempo, pelo artigo 148.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), a própria feitura das leis e regulamentos sobre

organização, funcionamento e disciplina das Forças Armadas (F.A.) eram da competência do Conselho da Revolução, isto é, eram da competência das próprias Forças Armadas. Refira-se ainda, por exemplo, o preâmbulo do regulamento de disciplina militar onde se afirma «não poder a influência das modificações na sociedade civil sobre as Forças Armadas ir além de um certo limite».

3.º— Os «diferentes mecanismos jurídicos» instituídos pela lei destinam-se a «situações mais ou menos idênticas» e têm lugar num «mesmo espaço geo-político». Tal será analisado no confronto entre, por um lado o direito e o processo penal comuns e militar e, por outro, o regime de disciplina militar e o dos funcionários civis do Estado.

4.º— A instituição militar representando os interesses supremos da Pátria, da Nação e do Estado tende a constituir-se, assim como um Estado paralelo e como uma ordem constitucional paralela em confronto com a sociedade civil.

A contradição, atrás referida, que, nas sociedades homogêneas dá lugar a situações de pluralismo jurídico é aqui fundamentalmente a que resulta do facto de o Estado pretender, por um lado, ser o guardião das liberdades civis, da igualdade, etc., e fomentar, por outro lado, por necessidade da sua auto-produção, situações de forte desigualdade e de afirmação autoritária de poder; *é afinal a contradição inerente à sua estrutura como aparelho de poder e como representante da comunidade.*

2

Primeiro que tudo chamaríamos a atenção para o facto de a instituição militar se constituir como um proto-Estado, como um Estado dentro do Estado ou a ele paralelo. Embora na Lei da Defesa Nacional (L.D.N.) se insista na subordinação das Forças Armadas ao poder político (exemplo: artigo 19.º) (desde logo através da sua inserção na administração directa do Estado no Ministério da Defesa Nacional, do qual dependem os Comandantes do Estado Maior (C.E.M.) que são nomeados pelo Presidente da República sob proposta do governo), a um nível prático-legal, a autonomia é muito mais verdadeira, aparecendo-nos os C.E.M. na posição hierárquica de Ministro pois dos seus actos não há recurso hierárquico, havendo recurso contencioso para o Supremo Tribunal Militar que ainda faz parte das Forças Armadas. Também a Polícia Judiciária Militar está dependente do C.E.M.G.F.A. e não do Ministro da Justiça; a instituição militar possui uma publicação, «As Ordens», onde são publicados todos os diplomas que

interessem às Forças Armadas e todos os movimentos relativos a oficiais, sargentos, pessoal civil contratado e praças; pela pertença a esta instituição (ou pela prestação no seu seio do serviço militar obrigatório) os indivíduos veem-se com os seus direitos políticos, partidários e sindicais (dever de isenção) perfeitamente afastados, não sendo também abrangidos pelas normas constitucionais referentes aos direitos dos trabalhadores e sendo afastados inúmeros direitos constitucionais como, por exemplo, o direito de petição, associação, manifestação, expressão, etc., (ver também artigos 30.º e 31.º da L.D.N.) — o que configura também quase a existência de uma ordem constitucional paralela.

Começando, desde já, a desenhar-se o esboço da situação de pluralismo jurídico que nos propusemos analisar, o quadro tomará no entanto tonalidades mais precisas com a análise da Disciplina e Justiças Militares.

3

O princípio fundamental que rege a estrutura das Forças Armadas e que estrutura as relações jurídicas de poder no seu seio é o *princípio hierárquico*.

É desde logo interessante verificarmos as consequências específicas de tal princípio no que diz respeito ao nosso problema.

Em primeiro lugar, chamaríamos a atenção para a transmutação em jurídicas de puras regras de trato ou deferência social; por exemplo o artigo 18.º do decreto-lei 331/80 de 28 de Agosto estabelece o dever do inferior, deixar o superior passar primeiro em passagens estreitas, de lhe dar o lado interno do passeio, de não fumar na sua presença sem sua autorização, etc..

Em segundo lugar, é notável observarmos que não só tal princípio se encontra presente a nível do ilícito penal, como elemento de maior ou menor agravação das penas, como ainda entre crimes praticados entre militares de diferente graduação se verifica uma verdadeira *alteração tipológica* a nível do próprio ilícito criminal em relação a situações perfeitamente homólogas tal é nítido, desde logo, nos crimes de ofensas corporais ou de injúrias que, quando praticadas por um superior hierárquico em relação a um inferior, constituem o crime de abuso de autoridade, enquanto que quando praticados por um inferior em relação a um superior constituem já o tipo legal de crime de insubordinação. A título de exemplo e para ilustrar a diferente punição que lhes corresponde, poderíamos citar o caso da ofensa corporal simples que, no

abuso de autoridade, é punido com uma pena de 6 meses a 2 anos de presídio militar e no crime de insubordinação é punido de forma diferenciada consoante exista uma situação de guerra ou de paz e, consoante o crime seja praticado em acto de serviço ou não, correspondendo a punição mais grave possível à moldura penal de 8 a 12 anos de prisão maior e a menos grave à moldura penal de 4 a 6 anos de presídio militar. (1)

Chamaríamos ainda a atenção para o facto de quando a ofensa corporal, no crime de abuso de autoridade, é feita depois de uma provocação por agressão tal é considerado uma circunstância dirimente, o que não acontece, obviamente, no crime de insubordinação.

125

4

Uma outra característica da Ordem Jurídica Militar que não poderíamos deixar de pôr em relevo é o seu carácter de duplicidade. Queremos com tal dizer que a mesma sofre alterações consoante nos encontremos em tempo de guerra ou em tempo de paz. No ilícito criminal verificamos que, além da existência de uma agravante geral em caso do crime ser cometido em tempo de guerra (artigo 12.º, 2 do Código de Justiça Militar — C.J.M.), desde logo na parte especial, a grande maioria dos crimes possuem uma moldura penal diferente consoante sejam cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz. Também quanto ao aspecto organizatório e processual as malhas se apertam na exigência de uma disciplina mais forte que postula uma punição rápida, exemplar e aplicada o mais próximo possível da unidade a que pertence o infractor. O valor fundamental que subjaz a tais alterações é, assim, a nosso ver, o da prevenção geral através do efeito intimidatório de um rápido julgamento do militar prevaricador.

Quanto à própria composição do tribunal ela altera-se a favor de uma maior componente militar, e quanto ao aspecto propriamente processual existe verdadeiramente o que pode chamar-se, no sentido pejorativo do termo, um processo sumário, através do qual se pode julgar qualquer tipo de crime cometido pelo militar e na base do qual se encontra apenas uma nota de culpa cujo prazo mínimo de apresentação ao arguido é de apenas 24 horas antes da audiência.

(1) E descendo ao campo do concreto, poderíamos citar o caso lido no Acórdão de 27 de Outubro de 1983 do Supremo Tribunal Militar do (S.T.M.) em que foi aplicada, a um soldado, a pena de 4 anos de prisão efectiva, apenas por ter dirigido um insulto da janela do comboio a um seu superior que se encontrava no cais.

Procedamos então a um rápido enfoque comparativo da disciplina nas Forças Armadas e da disciplina dos servidores civis do Estado. A disciplina das Forças Armadas é mantida não só com base nas relações de autoridade hierarquicamente estruturadas como ainda com base no apelo a valores organicistas e supra-individualistas que nos dão também uma clara dimensão retórica do discurso jurídico militar. No regulamento de disciplina militar é frequente a insistência num «laço moral», na consciência de missão, na «obediência espontânea e voluntária», no apelo à «missão a cumprir», que leva à «aceitação natural da hierarquia e da autoridade e ao sacrifício dos interesses individuais em favor do interesse colectivo», etc. Tal dimensão retórica é meramente ilusória, porquanto, se trata de uma retórica da violência e isto não só porque é acompanhada da verificação fáctica da estrita necessidade de obediência e de aceitação de tais valores como também porque os próprios valores se reportam normalmente a conceitos vagos, sem determinação a nível de conteúdo e prestando-se por isso a uma utilização para fins muito diversos e até anti-téticos (com a aparência em cada caso de uma adequação exclusiva ao fim em vista). Tais conceitos são, ao mesmo tempo, portadores de uma carga coactiva extraordinária proveniente do consenso generalizado de que são rodeados (consenso que afinal é polissémico ao nível de conteúdo, mas que não se manifesta como tal) e que os torna insusceptíveis de contestação. E se, em cada caso concreto, essa coactividade se estende ao fim em vista (pela adequação exclusiva a esse fim que eles parecem ter), contestar o fim visado é contestar o conceito, é contestar o valor, é contestar o incontestável: os conceitos tais como os de honra, dever, pátria, inimigo, Homem, coragem, etc.

Relativamente às condutas sancionáveis temos desde logo a inexistência de qualquer tipicidade, ao contrário do direito disciplinar dos funcionários civis onde existe uma certa tipicidade das condutas que constituem infracção disciplinar.

Nas penas propriamente ditas verifica-se, assim, a possibilidade da aplicação de penas privativas da liberdade (detenção prisão disciplinar e prisão disciplinar agravada) que podem ir até ao máximo de 60 dias (quando aplicadas pela entidade máxima ao «mínimo inferior hierárquico»).

O processo disciplinar, que é sempre obrigatório na legislação civil, na legislação militar é possível aplicar certas penas e inclusivamente alguns dias de detenção sem a existência do processo escrito, que é também dispensável em campanha, em situações extraordinárias ou estando as forças fora dos

quartéis e, nestes casos, mesmo que se trate de penas de prisão disciplinar (que é uma pena mais grave do que a mera detenção) (2).

No que diz respeito à competência disciplinar gostaríamos de ressaltar o seguinte: enquanto que na legislação civil a competência disciplinar, ou seja, a competência para punir, pertence geralmente a entidades hierarquicamente afastadas do infractor, no direito militar a competência disciplinar pertence aos militares que exercem funções de comando, direcção ou chefia em relação a todos os efectivamente subordinados. Verifica-se assim uma maior proximidade entre a competência para comandar, para dar ordens e a própria competência para punir, com reflexos óbvios na funcionalidade do sistema e na coactividade do mesmo.

127

Mas a pertinência destas últimas considerações é ainda maior quando pensamos que existe no direito militar uma verdadeira *competência para aplicar medidas coactivas*, inexistentes na legislação civil. De facto, todo o Superior tem esta competência relativamente a todo o seu imediato inferior hierárquico, podendo ordenar prisão ou detenção *mesmo que não tenha competência para punir* (devendo dar imediatamente parte, por escrito, ao comandante) (artigo 11.º, 3 do R.D.M.). Nessas medidas podem incluir-se medidas de detenção e prisão, como vimos, e ainda medidas de violência física quando tal se mostrar necessário (como se depreende a *contrario* do artigo 88.º do C.J.M. que pune como crime de abuso de autoridade as «violências desnecessárias para a execução do acto» e ainda do artigo 93.º, 3d do mesmo diploma, que considera circunstância dirimente do crime de abuso de autoridade o «ser cometido para obrigar o ofendido a cumprir uma ordem de serviço não havendo outro meio de compelir à obediência devida».

Também a estrutura mais autoritária do processo disciplinar provoca substancial diminuição das garantias de defesa. Assim, no R.D.M. o processo é absolutamente secreto e só aquando da nota de culpa é obrigatório informar o infractor de todos os factos de que é acusado. Além disso existe a *proibição da constituição de advogado* (ver artigo 81.º, 90.º e 82.º, R.D.M.). Ao invés, na legislação civil, o processo só é secreto

(2) Parece, além do mais, vigorar no processo disciplinar militar um princípio em matéria de prova que se poderia enunciar do seguinte modo: «A palavra do superior vale contra a palavra do inferior, salvo prova em contrário»
Tal não nos parece deixar de ser a consequência da norma do artigo 91.º do R.D.M. que diz:
«A parte dada por um oficial contra um seu inferior e respeitante a actos por ele presenciados presume-se verdadeira e não carece de indicação de testemunhas».

até à acusação e a constituição de advogado é possível em qualquer fase do processo.

Por sua vez, as garantias de controlo judicial no R.D.M. acabam também elas por se revelar diminutas. Em primeiro lugar, porque existem penas que, pelo seu carácter e pela necessidade de serem imediatamente cumpridas (casos de detenção, prisões disciplinares, etc.), não possibilitam geralmente um atempado recurso judicial; em segundo lugar, porque fundamentalmente a lei apenas faculta recurso contencioso, a remeter para o S.T.M., das decisões dos chefes supremos da hierarquia militar.

Ora, como o recurso hierárquico é apenas admitido *em um grau*, em raros casos (apenas nos casos em que em virtude da patente do infractor ou da gravidade da pena a decisão de punição foi tomada perto do topo da hierarquia) ⁽³⁾ se conseguem preencher as condições necessárias para que se possa efectivar um recurso contencioso da decisão.

Em termos de vigência, a disciplina militar assume aspectos verdadeiramente interessantes. Em primeiro lugar, chamaríamos a atenção para a questão da aplicação frequente de penas não regulamentares (e, muitas vezes, com o mero propósito de manter a disciplina e de inculcar o dever de obediência, não se estando portanto perante qualquer infracção disciplinar) — penas como a famosíssima pena de «encher», o que pode traduzir-se na prática de ginástica de aplicação militar fora de horas, nos reforços de sentinela, nos cortes de fim de semana, etc., e que são sanções frequentes para punir certas infracções disciplinares. Trata-se da aplicação de penas informais, e que por isso mesmo não terão outros efeitos, (nomeadamente não são registadas na caderneta militar, não dão lugar a descontos nos dias de serviço, etc.), as infracções que poderiam ser punidas com penas regulamentares (detenção, por exemplo) e efeitos muito mais gravosos. Além disso, passa-se por cima do processo disciplinar, assegura-se uma punição mais pronta, que é o que interessa para a manutenção da disciplina, e desprezam-se os direitos de defesa do arguido. O infractor acaba assim por concordar com a sua pena e ainda ficar agradecido por a coisa «ficar por ali». Trata-se nitidamente de uma retórica da violência.

Este elemento retórico está também presente na prática generalizada que consiste em as participações por infracções disciplinares não corresponderem muitas vezes à infracção praticada mas a uma outra semelhante mas menos grave.

⁽³⁾ A competência disciplinar é estabelecida, de acordo com o princípio da hierarquia, tendo em atenção a graduação do infractor e ainda atendendo à gravidade da pena a aplicar.

Face à dureza das punições não é sequer necessário utilizar todo o potencial disciplinar. Mais importante é reservá-lo para situações de crise e manter, entretanto, a ameaça enquanto se demonstra claramente «a clemência» da Instituição Militar.

Em segundo lugar chamaríamos a atenção para aquilo que poderíamos chamar o *uso selectivo do poder disciplinar*. De facto, certos deveres militares são, pela sua própria natureza, inexequíveis na prática, se entendidos à letra, e por isso a sua maior ou menor observação é entendida como prática corrente não passível de incriminação disciplinar⁽⁴⁾.

129

Contudo, em momentos de crise de autoridade podem ser aproveitados para punir factos não passíveis de punição ou para agravar certas infracções. Este elemento é denunciador da violência psicológica existente tendendo ao reforço de relações de poder e do dever de obediência pronta e «de bom modo» às ordens dos superiores, mesmo se não legítimas, mesmo se não regulamentares.

6

Quanto ao C.J.M., e portanto ao direito criminal militar e ao direito processual criminal militar, as diferenças face ao ordenamento comum são também notórias. Dirigido fundamentalmente aos militares (embora tenha sido abolido o foro militar e o C.J.M. seja aplicado não aos militares mas aos «crimes essencialmente militares», o que é certo é que na tipologia dos crimes figura sempre o elemento específico quanto ao agente, de se tratar de um militar — são assim sempre *crimes específicos*) a legislação criminal militar apresenta uma publicização extrema de todos os crimes que nela figuram. Existe, de facto, um único tipo de crime *semi-público* — as ofensas corporais simples por negligência (doença até 10 dias). Mas se provocar doença superior a 10 dias é um crime público, enquanto que no direito comum *não é sequer tipificado*. Esta publicização extrema verifica-se também quanto à posição para que é remetido o ofendido no processo criminal militar: o princípio da oficialidade é levado ao extremo sem qualquer possibilidade de controlo da abstenção da acusação das entidades competentes por parte desse mesmo ofendido.

Por outro lado, se procedermos a um estudo comparativo da gravidade das penas entre crimes homólogos punidos pela legislação militar e pelo direito penal comum, chegaremos à

⁽⁴⁾ O exemplo pode ser o da obrigação legal, sancionável disciplinarmente, de fazer continência sempre que se passe por um superior.

conclusão de que eles são punidos na legislação militar de um modo muito mais severo. Como exemplo podemos citar os casos do crime de peculato — que na legislação comum é punido com prisão de 2 a 8 anos e multa até 100 dias e no C.J.M. pode ser punido dentro de uma moldura penal de 15 a 20 anos de prisão maior; outro exemplo seria a punição do crime de burla que na legislação penal nunca poderá ser superior a 10 anos enquanto que na legislação militar admite uma pena máxima de 16 anos de prisão. As próprias penas aplicáveis são sempre penas privativas da liberdade, desconhecendo o Direito Militar a pena de multa⁽⁵⁾.

Relativamente à aplicação do direito penal militar no espaço chamaríamos a atenção para o facto de vigorar o princípio oposto ao da legislação comum, isto é, o princípio da extraterritorialidade. Por seu turno, na aplicação das penas considera-se inaplicável no direito militar o instituto da suspensão da aplicação da pena de prisão, sendo portanto sempre aplicadas penas de prisão efectiva.

E quanto às relações entre a lei comum e a lei militar não haja dúvida de que vigora o princípio da subsidiariedade. A lei geral é subsidiária da lei especial — a lei militar. Contudo tal significa a preponderância fundamental dos valores militares⁽⁶⁾ e do valor da autoridade, isto é, a subsidiariedade da lei substantiva vigorará nos casos omissos e vigorará ainda nos casos em que prescreva sanções mais graves do que as consagradas pelo direito militar.

Contudo já não tem sido possível estender, com base no princípio da subsidiariedade, as soluções mais brandas que vigoram em termos de liberdade condicional, por exemplo, suspensão de penas, a que já nos referimos. Esta mesma questão é também interessante quando pensamos que, ao contrário do artigo 4.º do C.J.M. que diz que «As disposições gerais da lei geral são subsidiárias do direito penal militar desde que não contrariem os princípios fundamentais deste», o artigo 8.º do novo Código Penal diz-nos que: «As disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar [...] *Salvo disposição em contrário*». Tem sido, no entanto, mantido pelas autoridades militares o entendimento tradicional segundo o qual basta a contrarie-

⁽⁵⁾ Penas de carácter patrimonial não parecem de facto ter cabimento nem sistema de domínio que se caracteriza por um real poder físico sobre os «súbditos». (Veja-se o que adiante se diz sobre as funções das Forças Armadas).

⁽⁶⁾ Ao contrário do que é comum nas situações de pluralismo jurídico, o «Direito englobante» cede, por via de regra, em situações de conflito face ao «Direito marginal» que se situa assim numa relação de superioridade, superordenação, frente ao modo de produção de juridicidade geral ou comum que deveria ser dominante.

dade aos princípios e não a disposição expressa para afastar a subsidiariedade do direito comum.

Todo o carácter que temos vindo a assinalar ao direito penal militar substantivo não pode, de facto, alhear-se de que as penas militares se propõem também fins disciplinares, como é afirmado no Acórdão de 13 e 17 de Outubro de 1983, onde se pretende exactamente defender a inaplicabilidade da medida de suspensão da pena do direito militar («a sua finalidade», diz-se ainda no acórdão, «seria frustrada se as penas não tivessem cumprimento efectivo»).

Um último apontamento quanto às formas de crime. Neste caso a tentativa é sempre punível, ao contrário do direito comum em que ela apenas é punível quando ao crime corresponda pena superior a 2 anos.

Quanto ao processo criminal constatamos que vigoram fundamentalmente razões e interesses de celeridade. Celeridade essa que possibilita até ao julgamento à revelia dos arguidos quando estes faltarem à audiência; de facto, o artigo 394.º do C.J.M. dá ao tribunal poderes discricionários para deliberar o adiamento ou não da audiência no caso de falta do réu e isto mesmo se a falta se encontrar justificada, não sendo permitido, de qualquer modo, mais do que um adiamento.

Uma outra nota interessante é ainda a inexistência de uma verdadeira fase de instrução contraditória e a possibilidade legal de o juiz de instrução não ouvir nunca o arguido durante a mesma.

Analisando a aplicação da justiça militar quanto à sua componente burocrática poderemos afirmar que se esta fosse aferida segundo o critério da profissionalidade jurídica chegaríamos à conclusão da inexistência de uma forte componente burocrática. No entanto a nossa conclusão é justamente a inversa, porquanto, tal componente não dever ser aferida em face de tal profissionalidade jurídica mas antes em face da profissionalização militar. Queremos referir-nos, desde logo, à estrutura do tribunal de julgamento. Este é constituído por 2 militares e por um juiz civil (no S.T.M. a relação altera-se para uma componente militar ainda mais forte).

Os juizes militares não têm geralmente preparação jurídica e por isso a sua função é, fundamentalmente, a defesa dos interesses específicos da instituição a que pertencem (pelo seu conhecimento das realidades da vida castrense e a compreensão das suas perspectivas e necessidades). A função do juiz auditor, juiz de direito, é, quanto a nós, uma função de legitimação jurídica desses mesmos tribunais. Ele representa o profissional de direito que torna viável o trabalho

jurídico do tribunal e o magistrado independente que legitima em termos democráticos a existência do tribunal militar.

E a componente burocrática na aplicação da justiça militar resulta ainda, fundamentalmente, do modo como estão organizados os outros órgãos que participam na administração da justiça.

Existe geralmente um defensor oficioso, (porque o réu normalmente não constitui advogado) que é militar, e um promotor de justiça, (que corresponde ao Ministério Público no direito comum) que também é militar e que está dependente das ordens de acusação que provêm do Estado Maior. Normalmente, nenhum destes elementos possui preparação jurídica.

Assim sendo resulta como conclusão que:

A — 1. A divisão interna do trabalho jurídico é ilusória pois os diferentes órgãos de justiça (Tribunal, Acusador, Defensor, Órgãos de Investigação Criminal) são constituídos, no fundamental, por elementos das Forças Armadas sem qualquer preparação específica anterior e obedecendo ao princípio da hierarquia militar.

2. A divisão externa é do mesmo modo ilusória. A terceira parte que julga não existe materialmente pois é constituída por elementos da instituição que é parte no conflito a dirimir. (7).

Além de que a escolha para lugares nos órgãos de justiça militar não é feita segundo qualquer tipo de preparação específica para o cargo (sem falar na inerência de funções como órgão de Justiça Militar) a certos cargos militares — C.R.M., C.E.M., etc.

B — A hierarquia técnica e social do exercício das tarefas que integram a função corresponde afinal à prévia hierarquização no seio da organização militar (8).

C — A aplicação da lei está menos dependente da estrita racionalidade sistemática lógico-formal do que muitas vezes

(7) Não tenhamos dúvidas, veja-se o que dissemos a propósito da publicização extrema dos crimes militares e da publicização do próprio processo, de que os conflitos a dirimir são sempre conflitos entre o indivíduo e a instituição com os seus valores e a sua necessidade de disciplina.

(8) Feitas todas as contas, poderemos afirmar que os órgãos de justiça militar não são verdadeiros independentes, nomeadamente o tribunal, terceiros imparciais para dirimir o litígio, mas órgãos representativos de uma parte no litígio em termos de se poder dizer que a justiça militar tende para uma estrutura auto-tutelar ao invés de uma estrutura hetero-compositiva. O que nos leva ainda a afirmar que, na articulação entre as três componentes estruturais da instância jurídica (a retórica, burocracia — aparelho institucional e dimensão lógico-sistemática — e a violência), se assiste na justiça militar a um descentramento em prol da violência, que para nós constitui a componente estrutural básica do modo de produção de juridicidade que temos vindo a analisar, à qual se subordinam e pela qual se encontram interpenetradas as restantes componentes, burocrática e retórica.

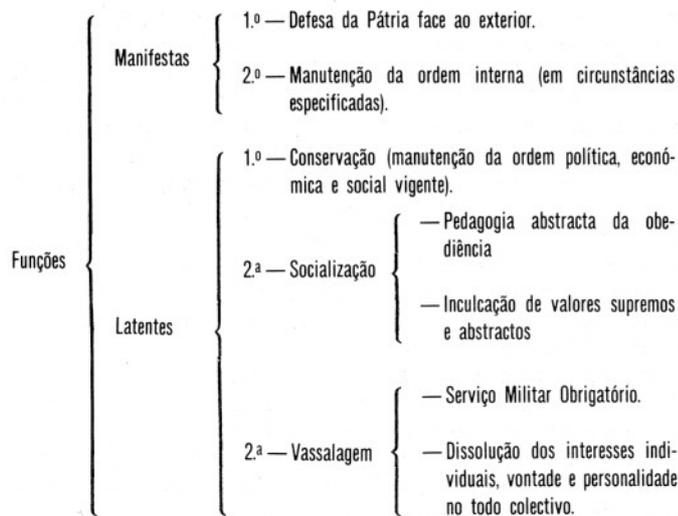
do argumento de autoridade (por exemplo, a ligação de exigências da justiça militar com a necessidade da disciplina) e de pseudo-lógicas que apenas pretendem encobrir a defesa específica dos interesses e valores militares ⁽⁹⁾.

7

Esta clara situação de pluralismo jurídico dentro do próprio Estado que temos vindo a analisar prende-se e vai buscar a sua explicação mais profunda, como não pode deixar de ser, ao tipo de funções específicas que constituem a razão de ser da instituição militar. São as funções que ela prossegue, e que estão na base da sua razão de existir, que explicam a necessidade da utilização de outros mecanismos jurídicos que não os utilizados comumente pelo direito Estatal.

133

Vejamus então numa breve síntese quais são, a nosso ver, tais funções, num esboço explicativo da presente situação de pluralismo jurídico:



A — A função manifesta por excelência das Forças Armadas, e que por isso mesmo aparece quase como a única função a nível de discurso político, é sem dúvida a defesa da

⁽⁹⁾ A própria constituição do tribunal poderá ter se ser alterada em função da patente do réu. Exemplo se o réu é Major, o Juiz presidente terá de ser, pelo menos, Coronel e o Juiz vogal Tenente-Coronel; se o réu é Coronel os Juizes terão de ser respectivamente, General e Brigadeiro.

integridade territorial da pátria face ao inimigo externo. (Desde logo, artigo 273.º — 2 da C.R.P.).

B — Contudo, é a própria lei que nos indica a existência da 2.ª função manifesta assinalada, ao regular a possibilidade e o modo de intervenção das Forças Armadas na «ordem interna».

Assim no Regulamento Geral do Serviço do Exército diz-se no n.º 1 que «os serviços na manutenção da ordem pública (normalmente desempenhados pela P.S.P. e G.N.R.) podem, em casos extraordinários, ser confiados à autoridade militar»; tal pode também ocorrer ocasionalmente através de requisições de Força Armada feitas pelas autoridades civis para «unicamente prestar auxílio à autoridade civil mas nunca para ficarem à sua disposição» (artigo 7.º), ou ainda através de requisições feitas pelo juiz da comarca ou pelo Ministério Público para alguma diligência de justiça.

Não haverá mister relembrar todos os regimes militares que ainda subsistem no mundo, como a nossa própria experiência do Golpe de 25 de Abril (não houve qualquer reacção por parte das Forças Policiais), para que possamos afirmar como função latente primordial e verdadeira função das Forças Armadas o escopo assinalado à 2.ª função manifesta.

A própria lei admite implicitamente, por exemplo, o papel das Forças Armadas como aparelho de coacção política quando proíbe a presença de Forças Armadas num raio de 100 metros das assembleias de voto (lei 14/79).

D — Quanto à 2.ª e 3.ª funções latentes, às quais nos referiremos de seguida, não é nosso propósito defender que elas são funções privativas da Instituição Militar. O trabalho de inculcação da obediência e conformismo através de uma pedagogia abstracta e a afirmação de relações de vassalagem estão presentes de modo mais ou menos disseminado por várias instituições sociais. Quanto à segunda função latente todos conhecemos bem o papel da família, da escola, da inserção profissional, etc. Quanto à vassalagem não vai ainda longe o tempo, por exemplo, em que as professoras primárias necessitavam de uma autorização do Ministro da Educação para sair do País e ... para casar! Um exemplo bem visível da função de vassalagem no âmbito da função pública civil.

A nossa tese é antes de que:

— A instituição militar, *na sua adequação à 1.ª função manifesta*, situa-se numa posição privilegiada para o posseguimento das funções latentes assinaladas, por tudo o que se poderá compreender de um modo global a situação de pluralismo jurídico que temos vindo a analisar.

E — Encarado como uma peça de um mecanismo virado para a prática da violência face ao seu exterior (guerra,

repressão), o indivíduo tem que ser submetido a um primeiro estágio de violência interna, da instituição sobre si próprio, que o socialize tornando-o funcional em relação à instituição. E torná-lo funcional significa transformá-lo num autômato que possa «obedecer ao menor impulso de comando» (artigo 2.º do R.D.M.). A instituição é tanto mais funcional quanto mais se assemelhar a uma engrenagem automática movida por inputs semelhantes aos que se utilizam na informática e onde pensar é perfeitamente dispensável.

Já nos referimos à disciplina militar e também à inculcação de valores supremos e abstractos (retórica da violência). Agora chamaríamos apenas a atenção para o facto de as práticas militares serem constituídas essencialmente por formalismos e rituais que, não podendo objectivamente ser explicados pela «natureza das coisas», nem sequer pelas exigências objectivas do uso da violência, se destinam à formação de esquemas generalizáveis e transponíveis precisamente em razão do seu carácter estilizado e polido. Antes de o fazer obedecer a algo concreto, trata-se de preparar o indivíduo para a obediência em si mesma (tendo sempre como pretexto e pano de fundo as exigências de funcionalidade da instituição).

F— Quanto à noção de «vassalagem» empregamo-la no sentido verdadeiramente feudalista do termo. Trata-se da transposição para o Estado da dependência pessoal em relação ao Suserano, numa concepção hobbesiana do Estado como *Quidam Mortalis Deus*, como a Providência, o Senhor, do qual depende a nossa vida e a nossa morte, a nossa liberdade e do qual fazemos parte como simples peças de uma máquina. Trata-se de mostrar, agora, a necessidade intrínseca do Estado e, mais que isso, a racionalidade na linha das filosofias organicistas que deslocaram a Razão (que em toda a tradição racionalista até Kant, e no próprio Iluminismo, era pertença dos indivíduos) fazendo-a pertença do Mundo, da Realidade, do Todo, e, em termos políticos, do Estado de que os indivíduos não são mais do que partes integrantes, dependentes e não isoláveis.

Caberia aqui ainda a referência à inculcação de valores supremos e abstractos, de símbolos, etc., (lembremo-nos que o «ultrage à Bandeira ou a Símbolos nacionais» constitui um crime punido no Código Penal com prisão até 2 anos ou multa até 100 dias e no C.J.M. com presídio militar de 4 a 6 anos), queremos, no entanto, apenas referir a existência do Serviço Militar Obrigatório e a todas as outras obrigações militares que começam aos 18 anos de idade e terminam, em tempo de paz, em 31 de Dezembro do ano em que se completam 45 anos de idade (artigo 5.1 e 5.3 da Lei do Serviço Militar).

A função de vassalagem é efectuada em termos tão autoritários, *aquando da incorporação efectiva*, que o militar, além de deixar de receber os proventos económicos provenientes do trabalho que anteriormente exercia, não vê minimamente retribuído o seu esforço e sacrifício nem compensados os transtornos causados por essa situação, pois tudo o que o Estado lhe oferece é alojamento, alimentação e um magro «pré».

O Estado faz ainda incidir sobre as pessoas obrigadas a alimentar o ónus de resolver, em termos económicos, a situação que ele próprio criou com a incorporação, onerando o agregado familiar com dois factores — a privação de um membro activo contribuinte de um rendimento e a colocação desse membro dependente de um orçamento familiar assim diminuído. Em suma, o serviço efectivo acaba por se traduzir na prestação de *trabalhos forçados em regime gratuito* ⁽¹⁰⁾.

Em função de tudo o que fica dito não será difícil compreender que não seja permitida a existência de qualquer conteúdo político na «objecção de consciência» — rejeição do serviço militar obrigatório (3.^a função latente), da militarização das sociedades (1.^a função manifesta), da disciplina autocrática das Forças Armadas (2.^a função latente) e do conteúdo político mais directo dessa instituição (1.^a função latente/2.^a manifesta). Reduz, assim, a objecção a uma situação moral, religiosa ou filosófica que impede «o uso de quaisquer meios de violência [...] *mesmo sendo para defesa pessoal*» (??).

8

Uma última achega para a compreensão desta situação de pluralismo jurídico.

Sabendo nós que a dominação política não é igualmente distribuída pelo universo das relações sociais, concentrando o Estado os seus investimentos em mecanismos de dispersão nas áreas que constituem o núcleo central da dominação e que por isso mesmo são dominadas pela burocracia e pela violência, (enquanto que na periferia da dominação jurídica a retórica tende a imperar), resta-nos situar a instituição militar dentro desta temática.

Dentro dos três tipos ideais de Marx Weber, de acordo com os quais o poder é definido como Força Arbitrária (poder do mais forte), Força Legal (submetido a critérios de racionalidade lógico-formal) e Autoridade (que possui a mais do que

⁽¹⁰⁾ Interessante será ainda fazer notar que a mera notação como refractário (o indivíduo que falta à incorporação) impede, sem mais, o benefício do «amparo de família» mesmo que a ele houvesse direito.

o último o consentimento dos «governados»), pensamos que aquele que define de facto a essência do poder é o primeiro tipo, pois o poder, *pela possibilidade de o ser* (o que é demonstrado em situações de crise), tende a assumir-se sempre como *força arbitrária*. Ora bem, pensamos que é precisamente dentro da Instituição Militar que o fenómeno se mostra com mais clareza.

A Instituição Militar acaba assim por se constituir como o *numeno* do Estado, a sua essência mais aproximada, permitindo-lhe (ao Estado) assumir-se, noutras áreas, fenomenologicamente, como poder enquanto «força legal» e poder enquanto «autoridade».

Assim se resolve, afinal, a contradição que assinalámos ao próprio Estado e que colocámos como ponto de partida explicativo da situação de pluralismo jurídico dentro do próprio Estado, objecto do presente trabalho. ■

137

Referências Bibliográficas

- | | | |
|-----------------------------|-------|---|
| Moore, Sally | 1973 | «Law and Social Change: the Semi-autonomous Field as an Appropriate Object of Study», <i>Law and Society Review</i> 7. |
| Santos, Boaventura de Sousa | 1980 | «O Discurso e o Poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica», <i>Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra</i> (número especial), Coimbra. |
| Santos, Boaventura de Sousa | 1982a | «O Direito e a Comunidade: as Transformações Recentes da Natureza do Poder do Estado nos Países Capitalistas Avançados», <i>Revista Crítica de Ciências Sociais</i> 10. |
| Santos, Boaventura de Sousa | 1982b | «O Estado, o Direito e a Questão Urbana», <i>Revista Crítica de Ciências Sociais</i> 9. |
-