

## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A controvérsia submetida ao Supremo consiste em definir se o § 7º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 é compatível com a Constituição Federal.

Destaco que a publicação da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, não implica o prejuízo desta ação. Embora os diplomas versem o mesmo tema – a competência da Justiça Militar da União –, a Lei Complementar nº 97/1999 permanece em vigor. A ressaltar essa óptica, o inciso III do § 2º do artigo 9º do Código Penal Militar, na redação conferida pela Lei nº 13.491/2017, contém menção expressa à referida Lei Complementar. Eis o teor do preceito:

Art. 9º

[...]

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

[...]

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

[...]

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

A matéria é sensível e o pronunciamento do Supremo, inadiável, afetando diretamente as estruturas do Estado Democrático de Direito, especialmente no atual contexto de escalada da violência já não mais restrita aos grandes centros urbanos, mas pulverizada por todo o território nacional, inclusive em regiões de fronteira.

Esta ação direta enseja discussão de envergadura maior, não devendo ser tomada como simples deliberação a respeito dos limites de competência da Justiça castrense. Consensual é o entendimento segundo o qual a competência da Justiça Militar da União restringe-se aos crimes praticados por integrantes das Forças Armadas no exercício das funções inseridas em atividades de natureza militar. A redação do artigo 124 da Constituição Federal, a prever competir à Justiça Militar “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, não traz polissemia a autorizar interpretação diversa.

Cumpra definir se a atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, na defesa civil, no patrulhamento de áreas de fronteira e quando requisitadas pelo Tribunal Superior Eleitoral deve ser considerada atividade militar para os fins do artigo 124 da Constituição Federal, conforme dispõe a norma atacada. Balizado o debate, a fixação da competência mostrar-se-á consectário lógico e necessário.

Observem, à luz do processo de construção histórica dos Estados ocidentais, o papel das forças militares na preservação e no desenvolvimento dos modernos entes nacionais.

Derivam da noção de Estado três elementos que lhe são constitutivos, quais sejam, população, território e soberania, sendo essa última o traço distintivo dos Estados Modernos. É o exercício da soberania o responsável por concretizar, segundo consagrado por G. Jellinek, a capacidade de certo Estado de vincular-se e determinar-se a si mesmo, estabelecendo, com exclusividade, as competências dentro de território e, concomitantemente, limitando a invasão por outro ente que se pretenda concorrente (BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. São Paulo: Editora Malheiros, 18. ed., 2011, p. 136).

Historicamente, a preservação da soberania esteve intrinsecamente ligada à instituição e ao desenvolvimento das forças de segurança e das Armas, essenciais à segurança interna e externa de um território, fim primeiro do Estado, no que tem o monopólio da violência.

Presente o cenário internacional revelado no início do século XXI, a globalização incrementa fluxos de capitais, pessoas e culturas. Surgem, nesse contexto, as organizações criminosas transnacionais, verdadeiros poderes paralelos a ameaçarem a soberania dos Estados, ainda que não se proponham a erigir corpo político-institucional capaz de substituir o pacto social de comunidade territorialmente estabelecida.

Menos pela ameaça de territórios vizinhos e mais em razão do perigo do terrorismo e das mais variadas formas assumidas pelo crime organizado, a construção de sistema de defesa das fronteiras revela-se prioritária. O tráfico de armas e drogas – todos o sabemos – faz-se pelas divisas. A título de exemplo, o armamento responsável por alimentar as facções e milícias, aparelhando o braço armado de verdadeiras estruturas paraestatais, não possui outra procedência.

No combate aos grupos criminosos de âmbito internacional e na defesa dos limites territoriais, o que se coloca em jogo é a manutenção da própria soberania, entendida como pressuposto negativo a vedar o exercício, num mesmo território, de poder estranho e concorrente àquele legitimamente atribuído ao Estado pelo povo. Adota-se o mesmo raciocínio quanto ao domínio exercido em territórios urbanos nos quais usurpadas prerrogativas tipicamente estatais, numa espécie de exercício de poder de fato, ao arripio do Direito posto.

Desafiada por organizações cujos traços supranacionais aumentam ao largo da capacidade de reação das forças de segurança ordinárias, a defesa da soberania estatal possui novos desafios. Impõe-se a reconfiguração da atuação das Forças Armadas – circunstância levada em conta na elaboração das diretrizes contidas na Política de Defesa Nacional – PDN, de 2005, e na Estratégia de Defesa Nacional – EDN, de 2008, ambas nascidas no mesmo contexto em que inserida a inovação legislativa impugnada nesta ação direta. É o que revela Eliézer Rizzo de Oliveira (A Estratégia Nacional de Defesa e a Reorganização e Transformação das Forças Armadas. *Interesse Nacional*, abr./jun. de 2009, pp. 75/76):

A PDN incorporou conceitos da Escola Superior de Guerra com o tempero da ONU. Desse modo, “Segurança é a condição que permite ao país a preservação da soberania e da integridade territorial, a realização dos seus interesses nacionais, livre de pressões e ameaças de qualquer natureza, e a garantia aos cidadãos do exercício dos direitos e deveres constitucionais”, ao passo que “Defesa Nacional é o conjunto de medidas e ações do Estado, com ênfase na expressão militar, para a defesa do território, da soberania e dos interesses nacionais contra ameaças preponderantemente externas, potenciais ou manifestas”. Sem se referir a tais conceitos, ao tratar das “Medidas de implementação”, a END retoma o termo “segurança nacional” para englobar gerenciamento de crises, sistemas de inteligência, terrorismo e antiterrorismo, segurança de infraestrutura, segurança química e nuclear, segurança cibernética, doenças tropicais, busca e salvamento em operações internacionais, etc. Destaco duas áreas de atividades

tipicamente de defesa do cidadão que passam a ser consideradas de segurança nacional: “as ações de defesa civil, a cargo do Ministério da Integração Nacional”, e “as ações de segurança pública, a cargo do Ministério da Justiça e dos órgãos de segurança pública estaduais” (END, pp. 56–67). Em todas estas áreas, de um modo ou de outro, poderão ocorrer ações das Forças Armadas, em especial com o emprego de Garantia da Lei e da Ordem. A esse respeito, o Ministério da Defesa proporá alterações legais para obter maior eficácia da ação militar e proteção dos agentes militares (END, pp. 14 e 60).

Isso não implica dar às Forças Armadas protagonismo na preservação da ordem interna e da paz social, mister constitucionalmente destinado aos órgãos de segurança pública, previstos no artigo 144 da Constituição Federal.

Muito em função da memória dos tempos de exceção, cujos efeitos nocivos se fizeram sentir durante parte considerável da segunda metade do século XX, a ordem constitucional inaugurada em 5 de outubro de 1988 preocupou-se em reforçar a natureza excepcional da atuação das Forças Armadas na manutenção da paz e da ordem social. Condicionando-a a anterior requisição pelo poder civil competente, na forma do artigo 142 da Constituição Federal, e ao prévio esgotamento dos meios descritos no artigo 144 nela contido, reservou-se às Forças Armadas papel residual na salvaguarda da segurança pública, sob coordenação e vigilância estreita do poder civil.

Assim deve ser percebido o artigo 15, cabeça e parágrafos 2º e 3º, da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Eis o teor dos dispositivos:

Art. 15. O emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz, é de responsabilidade do Presidente da República, que determinará ao Ministro de Estado da Defesa a ativação de órgãos operacionais, observada a seguinte forma de subordinação:

[...]

§ 2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

Descabe, ante o reconhecimento da natureza residual das atividades, concluir-se pela pura e simples subtração da natureza militar do desempenho de missões ordenadas pelo Presidente da República, comandante supremo das Forças Armadas, nos termos previstos no artigo 84, inciso XIII, da Constituição Federal.

Observem o disposto no artigo 142 da Lei Maior: são as Forças Armadas “instituições nacionais permanentes e regulares”, destinadas à “defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de quaisquer destes, da lei e da ordem”. Presente o texto constitucional, nenhum esforço hermenêutico revela-se capaz de afastar o caráter essencialmente militar da atuação visando a manutenção da integridade territorial e a defesa do pleno exercício das prerrogativas da soberania nacional.

A partir desse raciocínio, a atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, no patrulhamento de áreas de fronteira e em ações de defesa civil, mesmo em circunstâncias excepcionais, sinaliza a concretização da essência do estatuto militar em todo e qualquer Estado moderno: a proteção, mesmo em tempos de paz, da soberania nacional.

Surge imprópria a tentativa de equiparar a atuação das Forças Armadas àquela exercida pelas instituições policiais ordinárias. Indaga-se: é possível igualar, sem quaisquer temperamentos, a excepcionalíssima atividade de integrante da Força Militar, subordinado a rígida cadeia de comandos, à de membro das forças de segurança no regular exercício das atribuições? A resposta é desenganadamente negativa.

Longe de revelar-se continuidade das atividades policiais por outros meios, a ação militar na garantia da paz e ordem social responde a parâmetros diversos, tanto em virtude da formação e do treinamento específicos aos quais submetidos os membros das Forças Armadas quanto pelo reconhecimento da finalidade diversa a que se propõem.

Se, de um lado, a atividade das forças policiais, constitucionalmente responsáveis pela proteção da segurança pública, dá-se na esfera de combate à prática de ilícitos, de outro, reclama-se a atuação das Forças

Armadas quando verificada a insuficiência daquelas para intervir em situações nas quais a própria ordem jurídica e institucional é posta à prova, exigindo medidas mais abrangentes por parte daquele que detém o monopólio legítimo do uso da força.

Objetiva-se preservar parâmetros que consubstanciam materialmente a soberania estatal, surgindo secundários os efeitos daí recorrentes, eventualmente semelhantes aos verificados a partir da atuação ordinária das forças policiais.

Da mesma forma, não se mostra possível afastar a natureza militar da atuação dos integrantes das Forças Armadas na garantia da votação e apuração nas eleições, por solicitação do Tribunal Superior Eleitoral.

Compreendido o processo eleitoral como a pedra de toque de toda a arquitetura democrática, não se desvia do papel reservado pela Constituição Federal às Forças Armadas o envolvimento dos integrantes não como protagonistas, mas como garantidores da livre participação popular na escolha dos representantes, sempre no caso de insuficiência das forças de segurança ordinárias. Observem a localização, na Constituição Federal, do capítulo reservado às Forças Armadas, o qual está no Título V, concernente à “defesa do Estado e das instituições democráticas”.

Seja no combate ao crime organizado, seja na defesa das fronteiras por ar, mar e terra, ou, ainda, no apoio à realização de eleições livres e em ações de defesa civil, as Forças Armadas desempenham, presente o caráter excepcional, papel constitucionalmente atribuído na garantia da soberania e da ordem democrática – e em dimensão qualitativamente diversa da realizada pelas forças ordinárias de segurança.

Daí por que descabe igualar a controvérsia revelada nesta ação direta à enfrentada pelo Supremo quando do julgamento do conflito de competência nº 7.030, de minha relatoria, em 2 de maio de 1996. Na oportunidade, o Pleno declarou a inexistência de caráter militar em atividade de policiamento naval, tida como de cunho administrativo, apesar de desenvolvida por membro das Forças Armadas, assentando a incompetência da Justiça Militar. Os preceitos em jogo versam atividades de caráter militar, voltadas à defesa da soberania nacional, mostrando-se inadequada a redução à categoria de operação administrativa.

Surge impróprio assentar a inconstitucionalidade de norma voltada a revelar a atuação dos integrantes das Forças Armadas como militares, para os fins do artigo 142 da Constituição Federal. A partir da competência

constitucionalmente atribuída à Justiça Militar da União, para processar e julgar crimes cometidos por militares em atuação típica, não se pode concluir pela ampliação excessiva da competência da Justiça castrense, inexistindo desarmonia do ato atacado com o artigo 5º, cabeça e inciso LIII, da Constituição Federal.

Ao versar como atividades militares aquelas desenvolvidas por membros das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, na defesa civil, no patrulhamento de áreas de fronteira e quando requisitadas pelo Tribunal Superior Eleitoral, o artigo 15 da Lei Complementar 97/1999 preenche espaço de conformação franqueado pelo constituinte, o qual, no § 1º do artigo 142 da Constituição Federal, previu a reserva legal para o estabelecimento das “normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas”.

Na busca por infirmar tal conclusão, não cabe articular com a falta de imparcialidade e independência dos órgãos integrantes da Justiça Militar, presumindo-se o extravagante. O mesmo enfoque tem o argumento no sentido da incompatibilidade da formação castrense com o princípio da dignidade da pessoa humana, suscitada por terceiro admitido no processo.

Enfoque diverso implica rebaixar a papel menor ramo do Poder Judiciário presente em todas as Constituições nacionais, desde a Carta Imperial de 1824, e merecedor de especial tratamento pelo Constituinte de 1987/1988, em contexto – observem – de absoluta normalidade democrática.

Ante o quadro, julgo improcedente o pedido para assentar a constitucionalidade do § 7º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999.

É como voto.