

VOTO-VISTA

O Senhor Ministro Luís Roberto Barroso :

Ementa : Direito constitucional e penal militar. Ação direta de inconstitucionalidade. Competência da Justiça Militar da União. Crimes na atuação subsidiária das Forças Armadas.

1. Ação direta contra o art. 15, § 7º, da Lei Complementar nº 97/1999, que fixa a competência da Justiça Militar para julgamento de crimes ocorridos em atividades subsidiárias das Forças Armadas, inclusive na de garantia da lei e da ordem.

2. *Nota prévia: distinção entre defesa nacional e segurança pública* . Enquanto as Forças Armadas se dedicam à proteção do Estado brasileiro contra ameaças externas e estão preparadas para a guerra, os órgãos de segurança pública devem velar pela incolumidade dos cidadãos no âmbito doméstico e de forma não violenta. Por isso, no contexto de normalidade institucional, a intervenção das Forças Armadas em matéria originariamente atribuída à segurança pública deve ser vista com cautela. Em situações excepcionais de grave instabilidade social, porém, o recurso a elas pode ser uma forma proporcional e legítima na manutenção e no fortalecimento da lei e da Constituição.

3. *Requisitos de legitimidade da jurisdição militar* . Em caso de grave crise na segurança pública, é compatível com a Constituição o emprego das Forças Armadas, desde que se observem os seguintes requisitos: (i) haja regras legais que delimitem de forma clara e excepcional a competência da Justiça Militar, preferencialmente com a adoção de um critério objetivo de fixação de competência (*requisito objetivo*); (ii) a jurisdição militar seja reservada às hipóteses que tenham vínculo direto com as funções

militares ou com a necessidade de proteção da instituição militar e de seus dogmas (*requisito funcional*); e (iii) seja assegurado às partes um processo justo e imparcial (*requisito material*).

4. *Características da Justiça Militar no Brasil* . Aqui, a Justiça Militar atende aos requisitos de legitimidade acima indicados. A sua competência é fixada por um critério claro, formulado em razão da matéria (requisito objetivo). A garantia da lei e da ordem é expressamente prevista no art. 142 da CF/1988 como uma das funções das Forças Armadas (requisito funcional). Por fim, a Justiça Militar é independente. Os juízes togados e Ministros do Superior Tribunal Militar são vitalícios. Os promotores são vinculados ao Ministério Público Militar, também autônomo (requisito material).

5. *Julgamento de civis pela Justiça Militar* . A Constituição de 1988 não estabeleceu restrição no âmbito da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis. Além disso, a organização e atuação da Justiça Militar brasileira pós-1988 goza de independência e imparcialidade. Atualmente, o juiz federal da Justiça Militar detém jurisdição exclusiva para o julgamento de civil em primeira instância.

6. Improcedência do pedido, com a fixação da seguinte tese: “ *Não viola a Constituição a delimitação pelo legislador do conceito de crime militar para fins de fixação da competência da Justiça Militar, desde que fique caracterizada (i) a excepcionalidade da jurisdição militar; (ii) a vinculação às funções previstas no art. 142 da Constituição Federal, ainda que se trate de atividade subsidiária ou atípica das Forças Armadas; (iii) a observância dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo a de um processo justo e imparcial* ”.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, em que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, tanto na redação inserida pela Lei Complementar nº 117/2004 como na atual, dada pela Lei Complementar nº 136/2010, que consideraram como atividade militar, para os fins de fixação da competência da Justiça Militar, a atuação subsidiária das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Confira-se o teor dos dispositivos impugnados:

Art. 15 (...)

§ 7º O emprego e o preparo das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem são considerados atividade militar para fins de aplicação do art. 9º, inciso II, alínea c, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. (*Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004*)

Art. 15 (...)

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal. (*Redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010*).

2. O requerente afirma que os dispositivos impugnados são incompatíveis com: **(i)** o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, uma vez que estabelecem foro privilegiado sem que o crime tenha relação com funções tipicamente militares; **(ii)** os arts. 5º, LIII, e 124 da Constituição Federal, uma vez que desvirtuam o sistema constitucional de competências ao incluir no conceito de crime militar conduta assim não qualificada; **(iii)** o regime de direitos fundamentais previsto na Constituição Federal e o regime de direitos humanos previsto em diversos tratados internacionais.

3. A Câmara dos Deputados, o Senado Federal, a Presidência da República e a Advocacia-Geral da União sustentaram a constitucionalidade dos dispositivos impugnados. A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer opinando pela improcedência do pedido.

4. Em 05.04.2018, teve início o julgamento desta ação direta com voto do Relator, Min. Marco Aurélio, julgando improcedente o pedido, no que foi acompanhado pelo Min. Alexandre de Moraes. O Min. Edson Fachin abriu a divergência, julgando procedente o pedido. Para melhor análise da questão, pedi vista dos autos (doc. 50).

5. É o relatório.

II. Voto

6. A questão central desta ação direta de inconstitucionalidade está em saber se as atividades subsidiárias das Forças Armadas previstas no § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999 podem ser consideradas atividades militares para fins de fixação da competência da Justiça Militar, nos termos do art. 124, *caput*, da Constituição. Como será exposto, entendo que a Constituição conferiu ao legislador certa margem de discricionariedade para a definição de atividade militar, que não parece ter sido extrapolada aqui.

II.1. Nota prévia: distinção entre defesa nacional e segurança pública

7. As atividades subsidiárias das Forças Armadas em muito se aproximam de funções exercidas por órgãos de segurança pública. No entanto, defesa nacional – de responsabilidade das Forças Armadas – e segurança pública são conceitos diversos, estando, inclusive, disciplinados em dispositivos constitucionais distintos (arts. 142 e 144, respectivamente). Em linha de princípio, as Forças Armadas se dedicam à proteção do Estado brasileiro contra ameaças externas, ao passo que os órgãos de segurança pública velam pela garantia da incolumidade dos cidadãos no âmbito doméstico. Enquanto os integrantes das Forças Armadas são treinados para a guerra, os agentes de segurança pública devem buscar pacificar os conflitos sociais de forma não violenta.

8. Assim sendo, no contexto de normalidade institucional, a intervenção das Forças Armadas em matéria originariamente atribuída à segurança pública deve ser vista com cautela. Porém, em situações excepcionais de grave instabilidade social, o recurso às Forças Armadas pode ser uma forma proporcional e legítima na manutenção e no fortalecimento da lei e da Constituição.

II.2. Jurisdição militar e a proteção internacional dos direitos humanos

9. No âmbito dos organismos internacionais de promoção e proteção dos direitos humanos, tem sido adotada uma interpretação restritiva da competência da Justiça Militar. A título de exemplo, é possível citar decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos, órgão de monitoramento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966). Em seus julgados mais recentes, a Corte Interamericana vem estabelecendo três parâmetros sobre as limitações que devem recair sobre a jurisdição militar: (i) não deve ser o foro competente para investigar, julgar ou sancionar os autores de todas as violações de direitos humanos; (ii) somente pode julgar os militares em atividade; e (iii) somente pode julgar aqueles delitos que atentem, por sua natureza, contra bens jurídicos próprios da ordem militar.

10. A preocupação dos organismos internacionais não é injustificada. De fato, em determinados países, a jurisdição militar é – ou já foi – utilizada de forma arbitrária e desmedida, para proteger interesses ilegítimos em detrimento dos direitos humanos. A experiência brasileira antes da Constituição de 1988 pode muito bem servir de exemplo.

11. O atual contexto político brasileiro, todavia, é diferente. As instituições democráticas são respeitadas e a jurisdição militar vem realizando seu papel de forma adequada e correta. Assim, é nesse contexto atual e real de manutenção do princípio democrático e de resguardo dos direitos fundamentais que deve ser analisada a competência da Justiça Militar nas atividades previstas no § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999.

II.3. Requisitos de legitimidade da jurisdição militar

12. Como visto, defesa nacional e segurança pública não se confundem. As Forças Armadas não podem, ordinariamente, atuar na prevenção e repressão a crimes ocorridos no território brasileiro. Isso é papel das polícias. Penso, porém, que, em situação excepcional de grave instabilidade social, os militares federais podem prestar serviços essenciais à restauração da ordem legal e constitucional.

13. Em caso de grave crise na segurança pública, é compatível com a Constituição o emprego das Forças Armadas, desde que se observem os seguintes requisitos: (i) haja regras legais que delimitem de forma clara e excepcional a competência da Justiça Militar, preferencialmente com a adoção de um critério objetivo de fixação de competência (*requisito objetivo*); (ii) a jurisdição militar seja reservada às hipóteses que tenham vínculo direto com as funções militares ou com a necessidade de proteção da instituição militar e de seus dogmas (*requisito funcional*); e (iii) seja assegurado às partes um processo justo e imparcial (*requisito material*).

14. No contexto atual, a organização e atuação da Justiça Militar brasileira, incluindo os dispositivos questionados na presente ação direta de inconstitucionalidade, atendem a estas condições, estando em consonância com a Constituição e com os tratados internacionais de direito humanos.

15. No que tange ao *requisito objetivo* (i), a Constituição de 1988 adotou um *critério claro* para a competência da Justiça Militar da União, formulado em razão da matéria (*ratione materiae*): a existência de crime militar definido em lei. Ademais, a utilização das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, tal como estabelece a Lei Complementar nº 97/1999, possui *caráter excepcional* , uma vez que devem ser esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição (LC nº 97/1999, art. 15, § 2º).

16. O *requisito funcional* (ii) também foi atendido pela ordem jurídica brasileira. Como visto, o art. 124 da Constituição atribui à Justiça Militar da União a competência para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. É certo que o constituinte concedeu ao legislador certo grau de discricionariedade para dizer o que seja crime militar. Tal margem de conformação legislativa, porém, encontra limites no próprio sistema

constitucional. Além da compatibilidade com o princípio democrático e com os direitos fundamentais, é preciso que a conduta tenha relação estrita com as funções institucionais das Forças Armadas previstas no art. 142 da Constituição. Por opção expressa do constituinte originário, todas as atividades ali presentes devem ser consideradas como atividades militares, ainda que sejam qualificadas como ordinárias ou subsidiárias, típicas ou atípicas. Entre essas atividades, está a defesa da lei e da ordem. Disso decorre que ela possa ser utilizada como delimitadora do conceito legal de crime militar e, por conseguinte, da competência da Justiça Militar.

17. Além disso, a atuação das Forças Armadas na defesa da lei e da ordem não ocorre por iniciativa própria, mas exclusivamente por convocação do poder civil, mais especificamente do Presidente da República, de forma privativa, tal como determina o art. 15, *caput* e § 1º, da Lei Complementar nº 97/1999. É razoável entender que, se as Forças Armadas estão desempenhando por solicitação do poder civil um papel que, de resto, não é tipicamente militar e, mais do que isso, relutam em exercer, devem receber também um tratamento para que sua função institucional seja desempenhada de forma adequada e eficaz.

18. No que tange ao *requisito material* (iii), a estrutura e atuação da Justiça Militar pós-1988 revela a observância das normas de direitos fundamentais que garantem um processo justo e imparcial. A Justiça Militar é independente das Forças Armadas, goza de autonomia administrativa e financeira, e os juízes togados e Ministros do Superior Tribunal Militar são vitalícios. O sistema acusatório é similar àquele previsto para os crimes comuns, existindo promotores vinculados ao Ministério Público Militar, também autônomo, e empossados no cargo após rigoroso concurso público. Por fim, os julgados da Justiça Militar podem ser questionados perante o Supremo Tribunal Federal por meio dos recursos cabíveis. A atuação da Justiça Militar, portanto, não exaure a questão, podendo sempre haver um controle civil pela Suprema Corte em respeito às normas constitucionais e, sobretudo, aos direitos fundamentais.

II.4. O julgamento de civis pela Justiça Militar em atividades subsidiárias

19. O julgamento de civis pela Justiça Militar desperta inúmeras preocupações, inclusive da comunidade internacional. Como já dito, o art. 124 da Constituição da República dispõe que à Justiça Militar compete

processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Diferentemente da Justiça Militar dos Estados (CF/1988, art. 125, § 4º), a Constituição não estabeleceu nenhuma restrição em razão da pessoa na fixação da competência da Justiça Militar da União. Há, assim, a possibilidade, em tese, de o legislador infraconstitucional fixar como crimes de competência da Justiça Militar atos praticados por militares da reserva ou mesmo por civis.

20. Tal possibilidade, no Brasil, não deve ser vista com desconfiança. Ao contrário do que ocorre em outros lugares, a ordem jurídica brasileira possui características que funcionam como contenção ao arbítrio e à parcialidade. Em países como o Peru, o Chile e a Venezuela, a jurisdição militar é formada exclusivamente por cortes marciais. Já aqui a Justiça Militar e o Ministério Público Militar não fazem parte do Poder Executivo e não integram as Forças Armadas. Há, também, separação estrita entre os órgãos acusador e julgador, o que preserva o sistema acusatório.

21. Ademais, em relação ao julgamento de civil, a Lei nº 8.457/1992, com alteração realizada pela Lei nº 13.774/2018, prevê que compete *exclusivamente* ao juiz federal da Justiça Militar processar e julgar civis prática de crimes militares, mesmo nos casos em que houver corréu militar (art. 30, I-B). Ou seja, os juízes militares não participam do julgamento do civil pela prática de crimes militares, não havendo que se falar em julgamento por corte marcial ou julgador vinculado à hierarquia militar. Já os recursos de apelação interpostos contra as decisões do juiz federal da Justiça Militar, em tempo de paz, são julgados diretamente pelo Superior Tribunal Militar (Lei de Organização da Justiça Militar, art. 6º, II, c), composto por juízes que gozam de vitaliciedade (CF, art. 123), o que lhes garante imparcialidade.

22. As circunstâncias apontadas fazem com que o julgamento excepcional de civis pela jurisdição militar possa observar as exigências constitucionais de justiça e imparcialidade. A competência da Justiça Militar para o julgamento de crimes militares decorrentes das atividades previstas no § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999 atende aos ditames da Constituição, principalmente aos direitos e garantias fundamentais, propiciando um processo justo e imparcial (requisito material).

23. De toda sorte, o Supremo Tribunal Federal vem assentando o caráter excepcional da competência militar para o julgamento de civis em tempo de paz, devendo o crime ser circunscrito aos casos em que a ofensa ao bem jurídico tutelado recaia sobre a função de natureza militar (HC 121.189, no qual fiquei redator para o acórdão; HC 86.216, Rel. Min. Ayres Britto; HC 81.963, rel. Min. Celso de Mello).

24. Portanto, acompanho o relator e voto no sentido de julgar improcedente o pedido formulado nesta ação direta de inconstitucionalidade, declarando a constitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999.

25. Proponho a seguinte tese de julgamento: “ Não viola a Constituição a delimitação pelo legislador do conceito de crime militar para fins de fixação da competência da Justiça Militar, desde que fique caracterizada (i) a excepcionalidade da jurisdição militar; (ii) a vinculação às funções previstas no art. 142 da Constituição Federal, ainda que se trate de atividade subsidiária ou atípica das Forças Armadas; e (iii) a observância dos direitos e garantias fundamentais, sobretudo a de um processo justo e imparcial”.

26. É como voto.