

## VOTO-VOGAL

**O Senhor Ministro Edson Fachin:** Acolho o bem lançado relatório proferido pelo e. Ministro Marco Aurélio.

No mérito, é procedente a presente ação direta.

O Procurador-Geral da República sustenta a inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97/99, tanto na redação que lhe foi conferida pela LC 117/2004, quanto na redação atual, feita pela LC 136/2010. O dispositivo tem o seguinte teor:

### Redação atual

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:

(...)

§ 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 n. 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 n. 136 de 2010).

### Lei Complementar n 117/2004

§ 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 n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar (Redação dada pela Lei Complementar n. 117 de 2004).

A alegação do requerente é de que há ofensa ao princípio da igualdade, ante o estabelecimento de um foro privilegiado (art. 5º, *caput*, da CRFB); ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CRFB) e a regra constitucional de competência da Justiça Militar (art. 124 da CRFB). O argumento é, em síntese, o de que a lei complementar definiu como militar aquilo que não poderia ser. O parâmetro invocado tem o seguinte teor:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

Cumprе registrar, inicialmente, que, ante a cláusula material de abertura (art. 5º, § 2º, da CRFB), há, de fato, precedentes internacionais relevantes, cuja interpretação abonam a tese suscitada pelo requerente. Apenas para citar um exemplo específico, o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos tem recomendado aos Estados, como fez ao Chile em sua 89ª Sessão, que agilizem “a adoção de lei que modifique o Código de Justiça Militar, limitando a jurisdição dos tribunais militares unicamente ao julgamento do pessoal militar acusado dos delitos de caráter militar exclusivamente”.

Embora sejam relevantes as razões apresentadas pelos órgãos internacionais de direitos humanos, há um argumento que, com a devida vênia, impõe-se reconhecer. A competência da Justiça Militar, como informa a Comissão Internacional de Juristas no Relatório *Military jurisdiction and international law* (Genebra: International Commission of Jurists, 2004), pode ser definida relativamente ao “status” do indivíduo, da atividade por ele desempenhadas ou, ainda, simplesmente pelo caráter puramente militar das ofensas praticadas.

A experiência constitucional brasileira demonstra que essa competência foi sempre definida a partir de uma combinação desses critérios.

A Constituição de 1934, por exemplo, definiu-a assim:

“Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

Art 85 - A lei regulará também a jurisdição, dos Juizes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina.”

A Constituição de 1946, por sua vez, definiu a competência da seguinte forma:

“Art 108 - A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas.

§ 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. (Redação dada pelo Ato Institucional n. 2)

§ 2º - A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar em tempo de guerra.”

E a Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, assim a definiu:

“Art. 129. À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas.

§ 1º Ésse fôro especial estender-se-á aos civis, nos casos expressos em lei, para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares.

§ 2º Compete originariamente ao Superior Tribunal Militar processar e julgar os Governadores de Estado e seus Secretários, nos crimes de que trata o § 1º.

§ 3º A lei regulará a aplicação das penas da legislação militar.”

Com base nessa redação, o Código Penal Militar definiu, de forma extensa, em seu art. 9º, o alcance da jurisdição militar.

### **Crimes militares em tempo de paz**

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

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

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 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:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

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 Constituição de 1988, no entanto, de forma extremamente sucinta e cuidadosa definiu a competência como sendo a de “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Noutras palavras, como se extrai de uma interpretação gramatical do dispositivo constitucional, a Constituição Federal optou por uma jurisdição extremamente restrita do alcance da competência jurisdicional. Retirou de suas atribuições, assim, o status de “foro privilegiado”, aplicável apenas em razão da natureza do cargo do agente público, assim como as que derivavam das atividades por ele desempenhadas. Assim, apenas os crimes próprios, cuja realização só é possível pelo militar é que são alcançados pela jurisdição militar.

Poder-se-ia argumentar que essa alteração apenas permitiu que o legislador exercesse de forma autônoma um amplo espaço de conformação. Tal interpretação, contudo, não encontra respaldo no texto, nem na teleologia da jurisdição especial.

Com efeito, quando do julgamento, ainda não concluído, da QO na AP 937, fiz consignar que é incompatível com o ideal republicano, mediado pelo direito à igualdade, a criação de jurisdições que, sem base normativa constitucional, criem distinções entre as pessoas. Essa afirmação implicaria reconhecer que apenas quando amparados em uma justificativa *funcional* é que os chamados foros por prerrogativa poderiam ser criados. A linha que guiou a minha manifestação naquela oportunidade foi, precisamente, a de que apenas os fatos diretamente relacionados ao *cargo* é que poderiam dar margem à aplicação do foro.

O caso da competência da justiça militar é, no entanto, ainda mais restrito. É o próprio texto que opta – e exige que o legislador assim o conforme – por uma jurisdição extremamente restrita, limitada aos “crimes militares”. Não cabe, portanto, ao legislador, ampliar o escopo da competência da justiça militar às “atividades” ou, ainda, apenas ao “status” de que gozam os militares.

Nesse sentido, deve-se reconhecer que a Constituição optou por aquilo que o e. Ministro Celso de Mello chamou de “tendência do direito comparado”:

“É importante observar que, no plano do direito comparado, registra-se, modernamente, em diversos sistemas normativos vigentes em Estados impregnados de perfil democrático, clara tendência, quer no sentido da extinção (pura e simples) de tribunais militares em tempo de paz, permitindo-lhes, no entanto, a existência, embora circunstancialmente, apenas quando deflagrado estado de guerra, quer, ainda, no sentido da exclusão de civis da jurisdição penal militar, valendo destacar, sob tais aspectos, o ordenamento positivo de alguns países, como o de Portugal (Constituição de 1976, art. 213, Quarta Revisão Constitucional de 1997), o da Argentina (Ley Federal nº 26.394/2008), o da Colômbia (Constituição de 1991, art. 213), o do Paraguai (Constituição de 1992, art. 174), o do México (Constituição de 1917, art. 13) e o do Uruguai (Constituição de 1967, art. 253, c/c Ley 18.650/2010, arts. 27 e 28).

De outro lado, cabe registrar importantíssima decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, em que se determinou à República do Chile, dentre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse esta limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo.

Mais do que isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Sentença proferida no “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares, em ordem a que, “en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares (...)”.

(HC 112.936, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 16.05.2013).

Embora tais fundamentos tenham sido trazidos em *obiter dictum* – o caso, com efeito, apreciava a competência da Justiça Militar para julgamento de civis em tempos de paz por delitos supostamente cometidos por estes em ambiente estranho ao da Administração Militar –, tenho-os como pertinentes para a interpretação constitucional aqui sugerida, dada a originalidade com que o constituinte de 1988 definiu o alcance da competência da justiça castrense.

Por essas razões, há que se reconhecer a inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, a implicar a procedência da presente ação direta.

É como voto.

*Plenário Virtual - minuta de voto - 02/12/2022*