

22/02/2023

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.032 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski** (Vista) - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Procurador-Geral da República, com pedido de liminar, em que busca seja declarada a incompatibilidade, com a Constituição Federal, do § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, consideradas as redações que lhe foram conferidas pelas Leis Complementares 117, de 2 de setembro de 2004, e 136, de 25 de agosto de 2010.

Transcrevo abaixo o teor do dispositivo impugnado:

“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”.

De acordo com a inicial, a norma impugnada, ao definir como atividade militar aquilo que não o é, amplia em demasia a prerrogativa de foro para crimes não relacionados a funções tipicamente militares, desvirtuando o sistema constitucional de competências, além de contrariar o regime de direitos fundamentais abrigado na Constituição.

Consta, ainda, da exordial que a atuação de integrantes das Forças Armadas no campo da garantia da lei e da ordem é subsidiária e, portanto, não militar, o que afastaria a possibilidade de submetê-la à Justiça Militar.

ADI 5032 / DF

Consigna, mais, a peça vestibular que, não obstante tenha a Constituição da República outorgado ao legislador ordinário a possibilidade de estabelecer a competência da Justiça castrense, apenas os crimes propriamente militares podem ser por ela abrangidos.

Por tudo isso, ressalta o PGR a incompatibilidade da norma atacada com os arts. 5º, *caput* e LIII, e 124, da Carta Magna, sobretudo por instituir foro privilegiado, incompatível com os princípios da igualdade e do juiz natural.

No mais, faz referência a precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenam a ampliação da competência da Justiça Militar, aludindo também e aos riscos da expansão da intervenção das Forças Armadas em questões relativas à segurança pública.

É o breve relatório.

De acordo com o art. 142 da Constituição, as Forças Armadas “destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”. São, pois, a princípio, atividades militares, em sentido estrito, aquelas que visem ao cumprimento de tal destinação constitucional.

Já a segurança pública, segundo o art. 144 da Lei Maior, “é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias civis; VI – polícias penais federal, estaduais e distrital”.

Como se percebe, desde logo, sem maiores esforços hermenêuticos, a segurança pública constitui atividade eminentemente civil, eis que os órgãos responsáveis por sua preservação são subordinados às

ADI 5032 / DF

autoridades civis. Mesmo as polícias e os bombeiros denominados “militares”, colocam-se sob as ordens dos governadores dos Estados e do Distrito Federal, segundo dispõe o § 6º do referido art. 144.

Dito isso, convém discriminar quais são as atividades tipicamente militares, referidas no dispositivo legal impugnado, separando-as daquelas que, por sua natureza, não têm esse caráter.

Primeiramente, cumpre examinar o art. 13 da LC 97/99 de acordo com o qual cabe aos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica “o preparo de seus órgãos operativos e de apoio, obedecidas as políticas estabelecidas pelo Ministério da Defesa”. Essa tarefa inclui, conforme o § 1º do mencionado preceito, “as atividades permanentes de planejamento, organização e articulação, instrução, adestramento, desenvolvimento de doutrina e pesquisas específicas, inteligência e estruturação das Forças Armadas”. Aqui, não há qualquer dificuldade em entender que tais ações estão umbilicalmente ligadas à principal missão dos integrantes das corporações castrenses, qual seja, a defesa da Pátria. Constituem, portanto, atividades militares por excelência.

Depois, cabe analisar o que se contém no art. 14 do referido diploma legal. Da mesma forma, entendo não existir controvérsia quanto ao caráter eminentemente militar da atividade nele descrita, pois consigna que o “preparo das Forças Armadas é orientado” por alguns parâmetros básicos, com destaque para a “permanente eficiência operacional singular e nas diferentes modalidades de emprego interdependentes”.

Em seguida, para proceder às necessárias distinções conceituais, convém destrinchar os demais artigos da LC 97/99, que integram o dispositivo impugnado nesta ADI. O art. 15, ao tratar da defesa da Pátria pelas Forças Armadas, não deixa nenhuma dúvida quanto à submissão de seus integrantes à Justiça Militar no desempenho dessa transcendental missão.

ADI 5032 / DF

O mesmo ocorre quanto à participação daquelas corporações em missões de paz, situações em que seus membros, além de sujeitarem-se à Justiça castrense, submetem-se ainda à jurisdição dos tribunais internacionais.

No entanto, a meu ver, não se afigura admissível, do ponto de vista constitucional, reconhecer a competência dos pretórios militares para julgar integrantes das Forças Armadas envolvidos em operações de garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem.

E não se afigura cabível, além de outras razões, porque a competência da Justiça Militar, nessas duas últimas hipóteses, a prevalecer a redação contestada na inicial desta ação, poderá ser ampliada ou restringida, no tempo e no espaço, inclusive para valer apenas em determinada parte do território nacional, *ad libitum* do Presidente da República.

É que o desencadeamento de tais operações, envolvendo o emprego de militares, corresponde a um ato político do Chefe do Executivo, de amplíssima discricionariedade,¹ o qual, nesse aspecto, não sofre controle por parte do Congresso Nacional e, nem mesmo, do Judiciário, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a intervenção federal, o estado de defesa e o estado de sítio, medidas extraordinárias rigorosamente delimitadas pelos arts. 34, 35, 36, 136, 137, 138, 139, 140 e 141 da Constituição da República.

A decisão do Chefe do Executivo, nas citadas operações, para a perplexidade de grande parte dos constitucionalistas, não se sujeita a nenhum condicionamento no tocante à avaliação de sua conveniência e

1 Sobre os atos político ou de governo, consulte-se LAUBADÈRE. André de. *Manuel de Droit Administratif*. 9a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence., 1974, p. 92-94, onde consta que “constituem praticamente um domínio subtraído à legalidade” (*constituent pratiquement un domaine sustrait a la légalité*)

ADI 5032 / DF

oportunidade, razão pela qual, caso permaneça intacto o dispositivo legal impugnado, ser-lhe-á possível alterar, por sua livre e espontânea vontade, e no momento que lhe convier, a competência da Justiça Militar, com o que restariam feridos, dentre outros, os princípios da separação dos poderes, da estrita legalidade em matéria penal, do devido processo legal e do juiz natural.

Pergunta-se, então, diante disso, como os cidadãos cumpririam a já vetusta advertência estampada no art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942), segundo o qual “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”, se for lícito ao Presidente da República definir, a qualquer tempo, por decreto, aquilo que é ou não crime militar, deixando de sê-lo em um instante posterior.

Desde pelo menos a publicação dos escritos do iluminista Cesare de Beccaria, pioneiro da criminologia moderna, que viveu no século XVIII, erigiu-se como verdadeiro dogma jurídico, que atravessou séculos, a noção de “que apenas as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social”.²

Essa ideia encontra-se consubstanciada na antiga máxima *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege*, consagrada pelo jurista alemão Paul von Feuerbach, no século XIX, e atualmente positivada no art. 5º, XXXIX, da Constituição da República, com a seguinte redação: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

No caso, como salta à vista, os crimes e órgãos julgadores passarão a ser estabelecidos não mais por lei, como exige o texto constitucional, mas

2 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 20.

ADI 5032 / DF

por decreto, segundo a vontade de quem o subscreve. Aqui ocorre evidente lesão ao devido processo legislativo, porquanto não poderiam os parlamentares delegar ao Presidente da República uma competência, por todos os títulos, privativa do Congresso Nacional, qual seja, a de elaborar leis, especialmente em matéria penal. Como se sabe, nem mesmo mediante medida provisória mostra-se possível a edição de normas penais ou processuais penais, em face da vedação estampada no art. 62, § 1º, **b**, da Carta Magna.

Ademais, caso subsista a disposição normativa atacada nesta ADI, restará ferida de morte a garantia do juiz natural, agasalhada no art. 5º, XXXVII, de nossa Lei Maior. Para José Afonso da Silva, cuida-se de uma franquia que proscreve um juízo “criado *ad hoc*, isto é, apenas para o caso, e *post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do processo e do julgamento”.³

É precisamente disso que se trata na hipótese sob exame, quer dizer, certo comportamento que, em um dado momento, não era tipificado como crime militar e, portanto, não se subordinava à Justiça castrense, de repente, num instante posterior, passa a sê-lo, por força de mero decreto presidencial, sem a necessária anuência parlamentar.

Aliás, a multiplicação de operações dessa natureza, por todo o País, nos últimos tempos, tem se revelado uma constante. Dentre elas destaca-se, pelo profundo mal estar que causou, aquela decretada, com supedâneo precisamente nos arts. 15 e 16-A da LC 97/99, para vigorar no Distrito Federal, de 11 a 15 de novembro de 2019, por ocasião da visita de chefes de Estado e de governo estrangeiros, convidados para a XI Cúpula dos BRICs (Decreto nº 10.083, de 5 de novembro de 2019).

No citado período, as atividades do Supremo Tribunal Federal foram severamente cerceadas, porquanto os seus servidores só foram

3 SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 138.

ADI 5032 / DF

autorizados a adentrar nas dependências da Corte caso previamente identificados, sendo que alguns deles tiveram os respectivos carros revistados por militares. Não tivesse o Presidente do STF, de última hora, decretado feriado forense, diante do embaraço demonstrado por seus pares, os prejuízos para a atividade jurisdicional teriam sido irreparáveis, especialmente pela limitação imposta ao livre trânsito dos advogados e a possível perda de prazos processuais.

Ou seja, mediante uma simples “canetada” do Chefe do Executivo, toda a Capital da República ficou, durante cinco dias, sob a jurisdição da Justiça castrense, ao menos no que concerne aos integrantes das Forças Armadas convocados para participar da operação, incluindo aqueles que promoveram um verdadeiro cerco ao prédio onde funciona o órgão máximo do Judiciário brasileiro, bem como à sede do próprio Congresso Nacional, cujos membros não puderam esboçar qualquer reação contra a medida.

Agora, na sequência, faz-se mister examinar o art. 16 da LC 97/99, segundo o qual incumbe às Forças Armadas, “como atribuição subsidiária geral, cooperar com o desenvolvimento nacional e a defesa civil”. Salta aos olhos, a partir da interpretação literal do texto, que, aqui, se está diante de uma atividade acessória, de mera colaboração dos militares com as autoridades civis para levar a cabo, como revela o próprio nome, justamente, a “defesa civil”.

Os agentes públicos, civis e militares, bem assim aos cidadãos em geral envolvidos em tais ações, de cunho eminentemente civil, insista-se, por óbvio, sujeitam-se à competência da Justiça comum, inclusive quanto à responsabilidade objetiva do Estado em face de eventuais danos causados a terceiros, por seus agentes, “assegurado o direito de regresso contra o responsável, no caso de dolo ou culpa”, nos termos do art. 37, § 6º, da Carta Política.

De outra parte, tem-se que o art. 16-A da Lei Complementar em apreço, consigna o seguinte: “Cabe às Forças Armadas [...], também **como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar**, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, [...] **contra delitos** transfronteiriços e ambientais [...]” (grifei). Aqui, mais uma vez, os militares atuam em caráter meramente suplementar, auxiliando os policiais federais, civis e militares no combate à criminalidade, que configura atividade típica de segurança pública.

O dispositivo legal poderia ter se referido à defesa do solo pátrio ou à repulsa de uma invasão alienígena, missões compreendidas nas atribuições, estrito senso, do estamento castrense, mas não o fez. Nas situações descritas no citado texto normativo está-se, novamente, diante de uma atuação tipicamente civil.

Os incisos IV e V do art. 17 da LC 97/99, de seu turno, consignam que cabe à Marinha, “**como atribuições subsidiárias particulares**” [...], *inter alia*, “implementar e fiscalizar o cumprimento de leis e regulamento, no mar e nas águas territoriais, em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo federal ou estadual, quando se fizer necessária [...]”, além de “**cooperar com os órgãos federais**, quando se fizer necessário, **na repressão de delitos** de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias [...]” (grifei). Trata-se, mais uma vez, de atividades propriamente policiais, de mero apoio às autoridades civis competentes, submetendo-se aqueles que delas participam, por evidente, à jurisdição ordinária.

Confira-se, agora, o que se contém no inciso III do art. 17-A da mencionada Lei Complementar. Nele consta que ao Exército cabe exercer, “como **atribuições subsidiárias particulares**”, dentre outras, as seguintes: “**cooperar com órgãos federais**, quando se fizer necessário, **na repressão aos delitos** de repercussão nacional e internacional, no território nacional

ADI 5032 / DF

[...] (grifei). Esta é, por definição legal, mais uma atividade subsidiária ou, em outras palavras, secundária, da Força Terrestre, igualmente ligada à segurança pública.

Os incisos VI e VII do art. 18 da LC 97/99, da mesma forma, contemplam atividades de idêntico jaez, ao conferirem à Aeronáutica as seguintes atribuições, igualmente classificadas “**como subsidiárias particulares**”, além de outras, conforme segue:

“VI – **cooperar com os órgãos federais**, quando se fizer necessário, **na repressão aos delitos** de repercussão nacional e internacional, quanto ao uso do espaço aéreo e de áreas aeroportuárias [...]; e

VII – **preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias**, atuar de maneira contínua e permanente, por meio das ações de controle do espaço aéreo brasileiro, **contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operação combinada com organismos de fiscalização competentes [...]**, podendo, na ausência destes, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações e aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante delito” (grifei).

Indaga-se: onde estão configuradas, nas atuações das Forças Armadas acima listadas, as atividades militares típicas que demandariam sua sujeição à jurisdição castrense? Parece claro que, aqui, seria forçar demais o suposto elastério concedido ao legislador ordinário, pelo art. 124 da Constituição da República, para definir o que é ou não um crime militar. A se admitir uma tal interpretação extensiva, em tese, uma possível cooperação das Forças Armadas no esforço de vacinação da população brasileira contra doenças endêmicas poderá ser enquadrada como atividade militar, contrariando, quando menos, a “lógica do razoável”, desenvolvida por Recaséns Siches, como instrumento indispensável para

ADI 5032 / DF

uma exegese minimamente racional das normas legais.⁴

Por isso, para o já referido José Afonso da Silva, “há limites para essa definição”, porquanto

“Tem que haver um núcleo de interesse militar, sob pena de a lei desbordar das balizas constitucionais. **A lei será ilegítima se militarizar delitos não tipicamente militares.** [...] Na consideração do que seja ‘crime militar’ a interpretação tem que ser restritiva, porque, se não, é um privilégio, é especial, e exceção ao que deve ser para todos”.⁵

Sim, porque, como diziam os romanos, *ex facto oritur jus*, “dos fatos se origina o direito”. Isso significa que, de fatos idênticos, no caso, do exercício de atividades típicas de segurança pública, exercidas por civis e militares - de forma indistinta e, na maior parte das vezes, simultânea - é imperioso extrair consequências jurídicas idênticas. Tal corolário acha-se plasmado, com todas as letras, em antigo adágio jurídico segundo o qual *ubi eadem ratio ibi idem jus*, ou seja, “onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito”.

Ademais, tem-se, igualmente, no ponto, clara violação do princípio da isonomia, bem assim ao postulado do devido processo legal, como já observado, pois, participando de uma mesma operação, destinada a resguardar a segurança pública, os integrantes das Forças Armadas seriam julgados pela Justiça castrense, enquanto os policiais federais, civis ou militares teriam seus atos apreciados pela Justiça comum. Com relação ao tema, Joaquim José Gomes Canotilho assim se pronuncia:

“No que respeita ao *estatuto do soldado*, a tendência actual é para os considerar ‘cidadãos em uniforme’ e, salvo as restrições

4 SICHES Luis Recaséns. *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2a ed. México: Porrúa, 1973, p. 277 e segs.

5 Op. cit., p. 601, grifei.

constitucionais existentes [...], considerá-los com os mesmos direitos e deveres dos restantes cidadãos. Isso revela-se, igualmente, nos princípios de *direito disciplinar e criminal*, que devem consagrar as *garantias de justiça e direitos processuais de defesa*, inerentes ao Estado Democrático de Direito”.⁶

E, aqui, surge a pergunta: como se aplicaria, numa situação dessas, o art. 580 do Código de Processo Penal, segundo o qual, quando “houver concurso de agentes, a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de carácter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros”? Seria possível aplicar soluções jurídicas diversas para casos idênticos? Parece evidente que a resposta é desenganadamente negativa! Ademais, nada impediria, sob uma perspectiva jurídico-processual, a possibilidade de estender-se, por esse mesmo fundamento, uma ordem de *habeas corpus* concedida na jurisdição comum a um réu submetido à Justiça castrense ou vice-versa.

Agora, cumpre examinar o inciso XIV do art. 23 da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965, que assenta competir privativamente ao Tribunal Superior Eleitoral “requisitar a força federal necessária ao cumprimento da lei, de suas próprias decisões ou das decisões dos Tribunais Regionais que o solicitarem, e para garantir a votação e a apuração”.

Ora, não há atividade de natureza mais civil - e menos militar - do que aquela desempenhada pela Justiça Eleitoral, à qual incumbe assegurar a limpidez da manifestação da soberania popular, “exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direito e secreto, com valor igual para todos”, conforme o art. 14 da Constituição da República.

Não fosse isso, a requisição de força policial - compreendida tal expressão em seu sentido lato - sempre foi um poder, implícita ou explicitamente, atribuído pelo ordenamento legal aos magistrados de

6 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. 3a ed. Coimbra: Almedina, 1983, p. 312-313, itálicos no original.

ADI 5032 / DF

todas as instâncias jurisdicionais para o pronto e fiel cumprimento de suas decisões, sob pena de desmoralizar-se o Estado-juiz, nada havendo, portanto, de propriamente militar em tal providência - de resto, absolutamente rotineira -, ainda que, em razão dela, haja a eventual atuação de integrantes das Forças Armadas.

A esse respeito, interessantemente, a Resolução TSE 21.843, de 22 de julho de 2004, que disciplina a matéria, estabelece, no parágrafo único de seu art. 2º, o seguinte: “O contingente da força federal, quando à disposição da Justiça Eleitoral, observará as instruções da autoridade judiciária eleitoral competente”. Isso quer dizer que os militares requisitados ficarão sob as ordens duma autoridade civil, qual seja, de um juiz de direito. E mais: as despesas originadas dessa requisição não são debitadas à conta do orçamento das Forças Armadas, mas ressarcidas pelo Tribunal Superior Eleitoral, o que é outro indicativo, veemente, de que tal atividade não se caracteriza como militar.

Em todas as situações acima descritas, convém registrar, emerge a possibilidade da prática de crimes dolosos ou mesmo culposos contra civis, por parte de integrantes das Forças Armadas, em atividades típicas de segurança pública, ou seja, exercidas “para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, a teor do já mencionado art. 144 da Constituição vigente, nas quais, por mera atribuição legal - e não constitucional -, são eventualmente chamadas a colaborar.

Por essa razão, Flávia Piovesan e Silvio Albuquerque advertem, embora em outro contexto, para os potenciais riscos dessas atuações anômalas das corporações militares, inquinando a sua sujeição à Justiça castrense de inconstitucional e anticonvencional. Confira-se:

“Ampliar o alcance da jurisdição militar com a submissão de integrantes das Forças Armadas a tribunais militares por crimes dolosos contra a vida de civis em tempos de paz implica

direta afronta aos parâmetros protetivos constitucionais e internacionais em flagrante violação ao estado democrático de direito.

[...]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cuja jurisdição o Brasil se submete, é enfática ao sustentar que no estado democrático de direito **a jurisdição militar deve ter um alcance restritivo diretamente condicionado à proteção de interesses jurídicos característicos das forças militares**".⁷

Ressalto, por fim, que a norma questionada cria uma espécie de hipótese de foro por prerrogativa de função. Contudo, esta Suprema Corte já decidiu que só o texto constitucional pode elencar os agentes públicos que gozam de tal privilégio. E mais, assentou, no julgamento da AP 937 QO, que o foro especial "aplica-se apenas aos crimes cometidos durante o exercício do cargo e relacionado às funções desempenhadas".

Assim, se a segurança pública configura atividade constitucionalmente atribuída a outros órgãos, quer dizer, às distintas polícias, sendo exercida por integrantes das Forças Armadas somente a título subsidiário, ou seja, à guisa de cooperação com as autoridades civis, não há falar em delito cometido no exercício do cargo e em razão dele apto a atrair a competência da Justiça Militar.

Em face de todo o exposto, julgo parcialmente procedente a presente ADI para decretar a inconstitucionalidade da inclusão, no § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999 (com as redações que lhe foram conferidas pelas Leis Complementares 117, de 2 de setembro de 2004, e 136, de 25 de agosto de 2010), dos arts. 15 (quanto às expressões "garantia dos poderes constitucionais" e "da lei e da ordem"), 16 (quanto à expressão "defesa civil"), 16-A, 17, IV e V, 17-A, III, 18, VI e VII, e do art. 23, XIV, da Lei 4.737, de 15 de julho de 1965.

7

Artigo publicado em 21/07/2016 no jornal *O Globo*, grifei.

ADI 5032 / DF

É como voto.

Cópia