

VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Procuradoria-Geral da República, com fundamentos nos artigos 102, inciso I, alíneas “a” e “p”, e 103, inciso VI, da Constituição Federal, em face do § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97/1999.

Eis o teor da norma impugnada:

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 o 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 4.747, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal.

Narra a peça inicial que a Lei Complementar 97/1999 dispõe sobre as normas gerais para organização, preparo e emprego das Forças Armadas. Todavia, por força da Lei Complementar 117/2004, foram introduzidas diversas alterações naquele diploma normativo, notadamente para detalhar a atuação subsidiária das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Aduz que “ *a ampliação e o fortalecimento das Forças Armadas no combate ao crime, especialmente o de fronteira, não é incompatível com a Constituição Federal de 1988 e com o Estado Democrático de Direito. Todavia o é a transferência, à Justiça Militar, da competência para o julgamento dos crimes cometidos no exercício das atribuições subsidiárias acometidas às Forças Armadas e a cada uma de suas Armas*”.

Afirma a Procuradoria-Geral da República que a Constituição Federal preceitua, em seu artigo 124, que “ *à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei*” e que “ *o alcance da competência da Justiça Militar é de extrema relevância para caracterização do sistema constitucional atual, de controle civil sobre o poder militar*”.

Por essa razão, entende que “ a despeito de a Constituição Federal relegar à norma infraconstitucional os critérios de fixação da competência da Justiça Castrense, não é qualquer crime que pode a ela ser submetido, senão o crime militar”.

Em reforço à sua argumentação, acrescenta que “ esse tema já foi enfrentado pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, todos de acordo em que deve vigorar, na matéria, o princípio da especialidade, que é aquele que atribui “jurisdição militar aos crimes cometidos em relação com a função militar, o que a limita a crimes militares cometidos por elementos das forças armadas”. Segundo os sistemas internacionais de direitos humanos, essa jurisdição deve ser restrita, excepcional e de competência funcional”.

Por fim, afirma que “ o § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97/1999, em suas duas versões, amplia demasiadamente a competência da Justiça Militar e é incompatível com as seguintes normas superiores: (i) art. 5º, caput, uma vez que estabelece foro privilegiado sem que o crime tenha relação com funções tipicamente militares; (ii) art. 5º, LIII, e art. 124, ao chamar de “crime militar” aquilo que não o é, desvirtuando o sistema constitucional de competências. Mas, principalmente, o alargamento dessa competência atenta contra todo o regime de direitos fundamentais inscritos na nossa Carta Magna, como mostram as experiências que chegaram à Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

Pede a procedência da presente ação para que seja declarada a inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, tanto na redação que lhe foi conferida pela LC 117/2004, quanto na redação atual, inserida pela LC 136/2010.

Adotando o rito previsto no art. 12 da Lei 9.868/99, o Min. Relator solicitou informações.

O Senado Federal manifestou-se pela presunção de constitucionalidade das leis e pela competência do Poder Legislativo para legislar sobre a matéria.

A Câmara dos Deputados, em sua manifestação, informou “que a matéria impugnada através da presente ação foi processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie” .

A Presidência da República, por sua vez, afirmou que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e nas funções definidas pela legislação eleitoral, enquadra-se no exercício da atividade militar, nos limites de sua destinação constitucional.

Instada a se manifestar, a Advocacia-Geral da União opinou pela improcedência do pedido, sob o fundamento da inexistência de ofensa aos dispositivos constitucionais invocados, diante da inexistência de descaracterização da natureza militar das atividades destinadas à garantia da lei e da ordem.

Em manifestação juntada aos autos, a Procuradoria-Geral da República, em data de 12 de setembro de 2017, **opinou pela improcedência da ação direta**, afirmando que “ *o controle abstrato de normas não se presta à revisão de atos individuais que tenham extrapolado os limites da Constituição e da lei que a pormenoriza. A solução para tal problema não será, assim, equívoco reconhecimento de invalidade da lei, mas o controle rígido da presença de seus pressupostos, para que as medidas nela descritas, notadamente de atividade militar para a restauração da lei e da ordem não sejam banalizadas*”.

Por fim, o Ministério Público Militar, na condição de *amicus curiae*, apresentou manifestação alinhando-se ao pronunciamento da Procuradoria-Geral da República e pugnando pela improcedência da presente ação.

É o relato do essencial.

O cerne da controvérsia repousa em determinar se há a descaracterização da natureza militar das atividades exercidas em garantia da lei e da ordem, de forma a afastar a competência da Justiça Militar para o julgamento de eventuais crimes praticados por militares contra civis, naquela circunstância.

Nos termos da Lei Complementar 97/1999, as Forças Armadas foram autorizadas a desenvolver atividades de garantia da lei e da ordem. Nesse aspecto, questiona a presente ação direta se tais atividades constituiriam atividades militares típicas, de forma a atrair o art. 124 da Constituição Federal, que assim dispõe:

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.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, as atribuições das Forças Armadas encontram-se descritas no próprio texto constitucional:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

O objeto da presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, portanto, não diz respeito à questão, com a devida vênia do alegado da tribuna, de os civis serem ou não julgados pela Justiça Militar. A impugnação feita pela Procuradoria-Geral da República é muito clara. O § 7º do art. 15 condensa as atividades militares, para os termos do art. 124 da Constituição. Dentro da restrição do objeto da presente ADI, alega o autor que o preceito legal desrespeita diversas decisões da Comissão de Direitos Humanos da ONU, da Corte Interamericana e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, pois haveria uma extensão exagerada do que seria atividade militar, para fins de Justiça Militar. Ocorre, porém, que basta analisar detalhadamente, norma a norma, para constatar que não houve esse extravasamento. As normas passaram a definir legalmente como militares algumas atividades são propriamente atividades militares.

O Ministro MARCO AURÉLIO citou a questão da requisição das Forças Armadas para que auxiliem nas eleições. Ora, quando o TSE faz essa solicitação, é porque chegou ao limite a possibilidade da segurança pública de determinado Estado em realizar bem as eleições. E, então, só quem pode realizar isso são as Forças Armadas. É uma atividade tipicamente militar, assim como a GLO. Na garantia da lei e da ordem, somente o Comandante-em-chefe das Forças Armadas, que constitucionalmente é o Presidente da República, pode, por decreto, nos termos da Constituição, determinar e estipular seus limites, ou seja, são atividades propriamente, militares.

Nenhuma dessas atividades jamais foi considerada em qualquer decisão da Comissão de Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como não sendo militares.

Não houve extensão exagerada e não foram feridos preceitos das Cortes de Direitos Humanos, pois, ao analisarmos cada uma dessas atividades e ao as compararmos com as próprias forças de paz da ONU, quando requisitadas, verificaremos que o tratamento jurídico é semelhante. Os militares dos países que fornecem tropas - o Brasil forneceu recentemente ao Haiti e ainda hoje a Marinha Brasileira auxilia na segurança do Líbano – estão submetidos à sua própria justiça militar.

Todas essas atividades que exercem os militares brasileiros sob a coordenação da ONU são as mesmas atividades que foram definidas como militares para efeitos internos. São as mesmas funções que se, eventualmente, acarretarem crime de militar brasileiro, quando no Haiti ou no Líbano, serão julgadas por cortes militares. Ou seja, equiparou-se o interno ou externo em atividades tipicamente militares.

Não há, nesses dispositivos incluídos no § 7º, nenhuma função que não seja considerada, pela própria ONU nas forças de paz, como atividades militares, seja nas operações de paz, seja nas operações de garantia da lei e da ordem. A diferença é que, aqui, a responsabilidade por determinar é do Presidente da República. Em nível internacional, a responsabilidade para solicitar apoio aos países é da Organização das Nações Unidas. Por meio de resolução, o Conselho de Segurança, a partir de competência estabelecida na Carta das Nações Unidas, define o objeto e o mandato das missões de paz. No caso da missão ao Haiti, por exemplo, isso se deu com a Resolução 1529 (2004). Ao Departamento de Operações de Manutenção de Paz da ONU cabe, então, dar operacionalidade ao que foi definido pelo Conselho de Segurança, negociando com os países-membros a contribuição no envio de tropas e de apoio financeiro.

O costume internacional, as regras e a prática das Nações Unidas tomam como juízo competente para o conhecimento de crimes cometidos em missões militares de paz aquele do país de origem do militar ou da tropa. A ideia do emprego imediato de uma corte internacional passa a ser plausível somente diante de situações gravíssimas, em que o sistema jurídico do país de origem não esteja estruturado, como, por exemplo, quando a legislação interna não prevê a tipificação das condutas ofensivas, ou em situações em que, por quaisquer razões, o sistema judicial interno não seja capaz de funcionar adequadamente. Somente aí, então, o juízo competente passaria a ser o de cortes internacionais, como o Tribunal Penal Internacional.

Trata-se do princípio *aut dedere aut judicare*, que, de modo didático, é assim explicado por NAJLA NASSIF PALMA:

A obrigação primeira de processar e julgar criminosos internacionais incumbe aos Estados por compromisso assumido em tratados e convenções internacionais ou imposto pelo costume internacional. Este configura o "sistema de aplicação indireta" do DPI [*direito penal internacional*] que repousa em dois pilares: (1) na capacidade dos sistemas jurídicos internos de efetivamente realizar as investigações, as prisões, os processos e o julgamento dos autores de crimes internacionais de suas competências; e (2) na cooperação penal internacional, a qual atualmente tem reconhecidas as seguintes modalidades: extradição, assistência judiciária, transmissão de processos penais, transferência de execução de penas, reconhecimento de julgamentos penais estrangeiros, apreensão e confiscação dos produtos ilícitos do crime

A fórmula *aut dedere aut judicare* contida nos principais tratados de direitos humanos de direito humanitário e de DPI significa que o Estado deve processar e julgar o criminoso internacional (*aut judicare*) ou, se requerido, extraditá-lo (*aut dedere*) ao país competente e capaz de fazê-lo.

O sistema foi idealizado para lutar contra a impunidade, não deixando brecha jurídica para o criminoso se livrar do processo. No entanto, o sistema pode ficar comprometido tendo em vista o princípio da oportunidade de deflagração de uma ação penal vigente em alguns países.

A origem do adágio latino remonta a 1624, quando Hugo Grotius cunhou a expressão *aut dedere aut punire*. Modernamente, a fórmula foi alterada para *aut dedere aut judicare* tendo em vista que o objetivo do direito penal é julgar seguindo as garantias do devido processo legal, sendo a punição uma consequência eventual do julgamento. (*Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro, Fundação Trompowsky, 2009, pp. 172-173)

Nos casos de missões de paz da ONU, a regra sobre o exercício da jurisdição pode ser encontrada também no Artigo 7, item quinto, do *Memorando de Entendimento entre as Nações Unidas e Estados participantes e colaboradores em Operações de Paz das Nações Unidas*, que tem o seguinte teor:

Artigo 7 – item quinto

7.22 Membros militares e quaisquer membros civis sujeitos ao direito militar nacional do contingente nacional provido pelo Governo [País colaborador] ficam submetidos à jurisdição exclusiva desse Governo quanto a quaisquer crimes ou ilícitos que possam ser por eles cometidos enquanto estiverem designados em tropas militares de missão de paz das Nações Unidas. O Governo assegura às Nações Unidas que exercitará sua jurisdição em relação a tais crimes ou ilícitos.

7.23 Além disso, o Governo assegura às Nações Unidas que exercitará sua jurisdição disciplinar o quanto for necessário em relação a todas outras condutas irregulares, que não sejam crimes ou ilícitos abrangidos no item anterior, e que sejam praticadas por quaisquer membros do contingente militar desse País enquanto estiverem designados em tropas militares de missão de paz das Nações Unidas.

(http://www.un.org/en/peacekeeping/documents/MOU_with_TCCs.pdf)

Essa priorização da jurisdição do país de origem das tropas em casos de missão internacional de paz foi confirmada na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti – MINUSTAH:

Ao ceder tropas para participar de uma missão de paz da ONU, o Estado assume a jurisdição exclusiva sobre os crimes cometidos pelos seus militares. Desta feita, se um militar brasileiro cometer um crime no Haiti, compete à Justiça Brasileira, em regra à Justiça Militar da União, processar e julgar este delito. (*Brasil e Haiti: Reflexões sobre os 10 anos da Missão de Paz e o Futuro da Cooperação após 2016* . Eduarda Hamann (org.). Rio de Janeiro, Instituto Igarapé, 2015, p. 27).

Assim como o Brasil, ao tomar parte em missões de paz multinacionais, seja como líder, seja como coadjuvante, se compromete com o exercício da própria jurisdição sobre seus militares, da mesma maneira os demais países que participam de missões de paz da ONU comprometem-se, ao firmarem o memorando de entendimento, com a eficiência da própria jurisdição sobre seus respectivos militares, como ocorre nas quatorze missões de paz em curso no mundo (cf. <https://peacekeeping.un.org/en>). Na Missão das Nações Unidas na República do Sudão do Sul (UNMISS – *United Nations Mission in the Republic of South Sudan*), por exemplo, a Índia mantém um contingente de 2.345 soldados; a China, de 1.032; enquanto o Reino Unido,

de 359 soldados, entre vários outros países colaboradores. (Dados de relativos a março de 2018, obtidos em <https://peacekeeping.un.org/en/mission/unmiss>).

O exercício da GLO é atividade militar, mas, para fins ainda de definição de eventual conduta que o militar pratique, vai haver a necessidade de analisar se aquilo foi ou não decorrente de sua atividade militar, se é ou não crime militar, ou seja, não há essa ampliação que se pretendeu dar inicialmente.

Assim, a leitura do art. 142 da Constituição Federal, em conjunto com a Lei Complementar 97/1999, aponta para a conclusão de que as atividades militares objeto de questionamento na presente ação direta de inconstitucionalidade possuem, sim, caráter e natureza militar, diferentemente das atividades de segurança pública exercidas pelos agentes policiais, como alega a autora. Há nítida diferença entre as funções ali desempenhadas, como bem explicitou o parecer da Procuradoria-Geral da República, de 12 de setembro de 2017:

“O defeito do raciocínio criticado está, data venia, em ver, na atividade militar discutida, mera continuação das atividades policiais com outros meios. O fato de a ação militar em causa costumar suceder cronologicamente as tentativas de combate à criminalidade não basta à igualação de ambas as coisas, segundo a concepção de que se trata do mesmo problema, apenas em escala diversa. O núcleo normativo do instituto está na ideia de que as Forças Armadas entram em cena, quando “esgotados os instrumentos relacionados ao art. 144 da Constituição”. A caracterização da hipótese de incidência tem que ver diretamente com a lesão de um dos elementos essenciais do Estado, qual seja, sua supremacia territorial, traduzida na locução constitucional de “garantia da lei e da ordem”, sempre a pedido de um dos Poderes constitucionais, e nunca por iniciativa própria.

(...)

Consequências importantes advêm da conclusão de que a restauração da lei – e, em especial, dos atributos da soberania postos em causa, em certa parte do território brasileiro – integra as atribuições das Forças Armadas. Em primeiro lugar, o legislador está autorizado a qualificar, como militares, os crimes relacionados às atividades que tenham relação com a finalidade de prevalência da lei e da ordem, pois nisso não vai nenhuma deturpação ou arbitrariedade da extensão do conceito constitucional de crime militar. Ademais, a atribuição de competência para julgar tais crimes à Justiça Militar

tampouco ofende a Constituição; ao reverso, é o efeito processual da anterior premissa de direito penal que, por sua vez, decorre dos pressupostos de direito constitucional acima demonstrados”.

Trata-se do papel subsidiário, porém, exclusivo, das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, que, em matéria de segurança pública, exerce influxo duplo, como bem explicitado em relevante artigo jurídico do Prof. JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL JÚNIOR, publicado na Revista de Informação Legislativa:

“Em matéria de segurança pública, o princípio da subsidiariedade exerce influxo duplo: (a) um primeiro, inerente ao papel último das Forças Armadas relativamente aos demais órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública; (b) um segundo, inerente às relações federativas entre os entes federados, marcadas que são pela autonomia de cada ente.

Primeiro, as Forças Armadas – na garantia da lei e da ordem – somente podem atuar se e quando esgotados os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública. Isso se dá inclusive no plano federal: o Presidente da República somente pode determinar o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, em seara própria às Polícias Federal, Rodoviária Federal ou Ferroviária Federal, se e quando esgotadas uma das três polícias federais (e, claro, desde que reconheça o esgotamento).

Segundo, a bem da autonomia federativa, o esgotamento dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública há de ser reconhecido pelo respectivo Governador de Estado que, a seguir, solicitará o emprego das Forças Armadas ao Presidente da República. Somente assim poderá o Presidente da República decidir sobre o emprego ou não das Forças Armadas”.

No caso sob julgamento, portanto, não houve aumento de hipóteses de crimes militares e não houve aumento da incidência da lei penal militar ou processual penal militar em relação a civis. O que houve foi estabelecer de forma clara e taxativa as atividades de garantia da Lei e Ordem, que são atividades consideradas militares, para fins de competência da Justiça Militar. E isso quem permite é a própria Constituição, no art. 124: “À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”, pois o alcance da Justiça Militar, como diz a própria Constituição, é a definição da lei.

Com essas considerações, eu acompanho integralmente o voto do Ministro MARCO AURÉLIO.

Plenário Virtual - minuta de voto - 12/02/2021 00:00