

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE DO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA – PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, com sede no Setor de Autarquias Federais Sul - SAFS, Quadra nº 2, Lote nº 3, CEP 70.042-900, Brasília/DF, representado por seu presidente, na forma estatutária e conforme eleição na última eleição em convenção nacional, com advogado constituído pelo mandato em anexo, vem, com fundamento na alínea “a” do inciso I do artigo 102 da Constituição, propor:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

com pedido de medida cautelar, requerendo-se a adoção de rito abreviado (Lei Federal nº 9.868/1999, art. 12), arguindo inconstitucionalidade na Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999, com as alterações das Leis Complementares nº 117, de 2 de setembro de 2004, e nº 136, de 25 de agosto de 2010, pelos fundamentos a seguir expostos.

SÚMARIO

1. Dos dispositivos impugnados	3
2. Dos dispositivos não impugnados: atribuições subsidiárias das Forças Armadas ..	4
3. Dos fundamentos jurídicos	7
3.1. Da interpretação conforme à Constituição do artigo 1º da Lei Complementar nº 97/1999	10
3.2. Da interpretação conforme à Constituição dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999	13
3.2.1. Do emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria	16
3.2.2. Do emprego das Forças Armadas na garantia dos poderes constitucionais	19
3.2.3. Do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem	21
3.3. Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 com efeito aditivo <i>a rime obbligate</i>	28
3.4. Da interpretação conforme à Constituição do § 2º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999	30
3.5. Da interpretação conforme à Constituição do § 3º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999	32
4. Da medida cautelar	33
5. Dos pedidos	35

1. Dos dispositivos impugnados

Para fins da **primeira parte** do inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, impugnam-se os artigos 1º e 15, *caput* e §§ 1º a 3º, da Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999, com as alterações das Leis Complementares nº 117, de 2 de setembro de 2004, e nº 136, de 25 de agosto de 2010, veiculados nos seguintes termos:

Art. 1º 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.

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:

§ 1º Compete ao Presidente da República a decisão do emprego das Forças Armadas, por iniciativa própria ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

§ 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.

São esses dos dispositivos legais cuja incompatibilidade com a Constituição se denuncia logo mais.

2. Dos dispositivos não impugnados: atribuições subsidiárias das Forças Armadas

Em preliminar, esclareça-se que, em apertada síntese, nesta ação se questionam apenas partes da Lei Complementar nº 97/1999, para delas afastar sentido **inconstitucional** e, por **interpretação conforme** à Constituição, estabelecer que o emprego das Forças Armadas nas suas **destinações constitucionais** (CF, art. 142) – defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (Lei Complementar nº 97/1999, art. 1º e 15) –, se limita à intervenção e aos estados de defesa e de sítio (CF, art. 34, 136 e 137).

No entanto, as **Forças Armadas** também exercem **atribuições subsidiárias**, cujo **fundamento de validade** não são tais destinações constitucionais (CF, art. 142, e Lei Complementar nº 97/1999, art. 1º e 15), mas a **legislação**. Com base nela são atribuídos às Forças Armadas os **poderes implícitos** decorrentes da competência material atribuída à **União**, privativa ou concorrentemente¹. Assim, o **parâmetro de controle da constitucionalidade** dessas atividades possui **normas de referência** na Constituição que são distintas às das ora impugnadas na Lei Complementar nº 97/1999 (CF, art. 142).

¹ A natureza militar das atribuições subsidiárias das Forças Armadas é discutida na ADI nº 5.032, Rel. Min. Marco Aurélio.

De todo modo, para se desincumbir do ônus da impugnação da totalidade do complexo normativo que rege a matéria, cujo desatendimento importa vício processual que compromete o interesse de agir em sede de controle abstrato de constitucionalidade², é importante elucidar que não há relação de **mútua dependência normativa** entre a **destinação constitucional** das Forças Armadas, *de um lado*, e suas **atribuições subsidiárias**, *de outro*.

A primeira, **objeto desta ação**, concerne à especificação do conteúdo da destinação constitucional das Forças Armadas (CF, art. 142) também prevista na Lei Complementar nº 97/1999 (art. 1º e 15), cuja tese defendida nesta causa é a de sua vinculação aos casos dos artigos 34 (intervenção federal), 136 (estado de defesa) e 137 (estado de sítio), todos da Constituição.

As segundas, **sem pertinência com a ação**, englobam uma miríade de aplicações das Forças Armadas, sempre por força de lei, cuja constitucionalidade não se afigura duvidosa e, por isso, não foram impugnadas³. Cuida-se, por exemplo, de sua requisição para **garantia da votação e apuração** pelo Tribunal Superior Eleitoral – TSE, privativamente, com espeque no Código Eleitoral – CE (Lei Federal nº 4.737/1965, art. 23, XIV, *in fine*).

Outro exemplo é o poder de polícia em área militar – zona de 600 (seiscentas) braças – previsto no Decreto-Lei nº 3.437/1941, bem como o emprego das Forças Armadas em **operações de paz**, cujo respaldo também não é discutido, haja vista que se escora em compromisso assumido em tratado internacional

² Vide ADI nº 5.922-AgR, Rel. Min Luiz Fux; ADI nº 2.595-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI nº 4.342-AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes; ADI nº 3.148, Rel. Min. Celso de Mello; ADI nº 2.422-AgR, Rel. Min. Celso de Mello; e ADI nº 2.423-AgR, Rel. Min. Celso de Mello.

³ O § 7º do artigo 17 da Lei Complementar nº 97/1999 parece controverso, mas já é objeto da ADI nº 5.032, Rel. Min. Marco Aurélio.

devidamente internalizado (Decreto nº 19.841/1945, Carta das Nações Unidas, art. 42 e 43) e, também, por força da Lei Federal nº 2.953/1956, cuja recepção não foi disputada.

Na medida em que a defesa da pátria pressupõe estado de guerra ou resposta à agressão estrangeira (CF, art. 137, II), então, em **tempos de paz**, também não se insere na **destinação constitucional** das Forças Armadas, sendo **atribuição subsidiária**, pois, a destruição de aeronave hostil, nos termos do § 2º do artigo 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei Federal nº 7.565/1986).

A própria Lei Complementar nº 97/1999 explicitamente faz essa distinção. Relaciona as **atribuições subsidiárias particulares** da **Marinha** (art. 17) – *e.g.* orientar e controlar a Marinha Mercante e prover segurança da navegação aquaviária; do **Exército** (art. 17-A) – *e.g.* executar obras e serviços de engenharia; e da **Aeronáutica** (art. 18) – *e.g.* coordenar a aviação civil, prover a segurança da navegação aérea, operar o Correio Aéreo Nacional.

Outra **atribuição subsidiária**, dada às Forças Armadas na Lei Complementar nº 97/1999, foi a de, nas águas, no território e no espaço aéreo, em especial, na faixa de fronteira⁴, reprimir ilícitos transfronteiriços ou de repercussão nacional ou internacional, “*preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias*” (art. 16-A), “*em cooperação com outros órgãos do Poder Executivo*” (art. 17, IV), “*na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução*” (art. 17-A, III, e 18, VI) e “*em operação combinada*” (art. 18, VII).

⁴ No próprio meio acadêmico militar, a caracterização das ações das Forças Armadas nas faixas de fronteira é tida como de **atribuição subsidiária**, distinta de sua destinação constitucional. Cf. PAIM, Rodrigo de Almeida *et al.* *Operações de Garantia da Lei e da Ordem e de Faixa de Fronteira: breve análise do ordenamento jurídico atual*. Revista da Escola Superior de Guerra, v.34, n. 72, 2019.

Todas essas **atribuições subsidiárias** das Forças Armadas são irrelevantes para a pretensão ora deduzida, em virtude de não corresponderem ao seu **emprego típico** – sua **destinação constitucional** na **defesa da Pátria**, na **garantia dos poderes constitucionais** e na **da lei e da ordem** (CF, art. 142). Pela inteligência da lei, são acessórias, secundárias, subordinadas e suplementares à atuação dos órgãos públicos competentes.

Nesse aspecto, a ausência de arguição de inconstitucionalidade de tais **atribuições subsidiárias** das Forças Armadas – presente não só na lei impugnada, mas em outras – é insuscetível de apontar carência de ação. Sem guardar qualquer prejudicialidade com o questionado – sua **destinação constitucional** (Lei Complementar nº 97/1999, art. 1º e 15) –, a procedência da inconstitucionalidade dele não descaracteriza a estrutura da lei, prevenindo a Corte de desbordar da função de legislador negativo.

3. Dos fundamentos jurídicos

No mérito, tem-se que o exame de compatibilidade do impugnado na Lei Complementar nº 97/1999 pressupõe, **antes**, um processo de **ressignificação** do programa normativo do artigo 142 da Constituição, porquanto as normas que dele dimanam, ora objeto desta ação, exprimem, em última análise, um fenômeno de espelhamento do texto constitucional.

Não obstante, assente-se, desde logo, a premissa de que tais normas extraídas do artigo 142 da Constituição são de **eficácia contida**⁵. Não é que sejam despidas de aplicabilidade direta e imediata, mas apenas reduzida, cuja

⁵ Cf. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 83.

integralidade depende da legislação complementar a que remete a **cláusula de reenvio**⁶ do § 1º do dispositivo constitucional em comento (art. 142).

Com efeito, elas ostentam **positividade**⁷ suficiente para, como **significante**⁸, distinguir três destinações das Forças Armadas: a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a da lei e da ordem (CF, art. 142). No entanto, os acontecimentos da realidade da vida – o suporte fático (*Sachverhalt*) – sobre os quais essas **normas de organização**⁹ incidem só se aperfeiçoam após uma conformação legislativa ulterior que lhes desenvolva a eficácia.

Daí porque a **reserva de lei complementar** para disciplinar a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas (CF, art. 142, § 1º), representa, por outro lado, um espaço juridicamente adequado para a **evolução da interpretação constitucional**, no caso, do sentido do próprio artigo 142 da Constituição. Esse expediente é conhecido, como bem destacado em obra de **Anna Cândida da Cunha Ferraz**:

Se a Constituição se acha em relação condicionadora e condicionante com as restantes estruturas do Estado e da sociedade e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas estão sujeitas a constantes mudanças, é claro também que essa mobilidade há de se projetar sobre a estrutura constitucional. Consequentemente, a Constituição se transforma, ou pela reforma formal, ou, sem mudança de forma, altera-se no sentido significado e alcance. (...)

⁶ Cf. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, Almedina, 2003, p. 732-736.

⁷ Cf. ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo, Saraiva, 2002, p. 25.

⁸ Cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 3. ed. São Paulo, Martins Fontes, 2013.

⁹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1993, p. 281.

Dentre os processos não formais de mutação constitucional, a interpretação judicial desempenha relevantíssimo papel. Pela interpretação constitucional, desenvolvida pelos Tribunais, transforma-se o significado e o alcance da Constituição; evolui o sentido das normas e disposições constitucionais, adapta-se a Constituição ao momento presente, à realidade social existente.¹⁰

Sem embargo, a **legitimidade** para revisitar os **conceitos jurídicos indeterminados** do artigo 142 da Constituição pela via do controle abstrato de constitucionalidade – na espécie, da Lei Complementar nº 97/1999 – encontra-se na racionalidade inerente às **práticas institucionais**¹¹, como produto de um genuíno **poder constituinte difuso**¹². Trata-se, no limite, da missão iluminista desta Corte enquanto guardiã da Constituição (CF, art. 102, *caput*), “*encarregada de empurrar a história quando ela emperra*”¹³.

Feitas essas ponderações, então, de acordo com o que se expõe adiante pelos fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações, como exige o inciso I do artigo 3º da Lei Federal nº 9.868/1999, no que pertine à Lei Complementar nº 97/1999, mormente no trecho em que reprisa o artigo 142 da Constituição, seu conteúdo, de fato, não reporta ao presente, mas a um **passado**¹⁴ em que a **violência total**, não as instituições, assegurava a imperatividade do ordenamento jurídico.

¹⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos Informais de Mudança da Constituição*. e. ed. São Paulo, Max Limonad, 1986, p. 125-126.

¹¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1987, p. 63-64.

¹² Cf. BURDEAU, Georges. *Traité de Science Politique: le statut du pouvoir dans l'Etat*. 2. ed. Tomo IV. Paris: LGDJ, 1969, p. 246-247.

¹³ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 5, n. 2, 2015, p. 42.

¹⁴ Cf. ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. Trad. Mauro Barbosa. 7. ed. São Paulo, Perspectiva, 2013.

3.1. Da interpretação conforme à Constituição do artigo 1º da Lei Complementar nº 97/1999

A jurisprudência deste Tribunal recorre à interpretação conforme ainda que tão somente para fazer incidir determinado conteúdo normativo sem intermediação legislativa (ADI nº 4.430, Rel. Min. Dias Toffoli). É o que se pretende quanto à expressão “*autoridade suprema do Presidente da República*”, do artigo 1º da Lei Complementar nº 97/1999, *verbis*:

Art. 1º 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.

Consiste na mesma redação do artigo 142 da Constituição, de modo que o juízo sobre esta parte do dispositivo legal impugnado redundaria, por via oblíqua, em **interpretação autêntica**¹⁵ do texto constitucional. No ponto, interessa seu viés hiperbólico, que pode aludir, num olhar sumário, a poderes de suspensão da ordem jurídica pelo Presidente da República.

Cuida-se de perigo até para democracias longevas. Nos Estados Unidos, esse tipo de amplitude conceitual da autoridade do Presidente sobre as Forças Armadas – lá, *Commander-in-Chief* – serviu de subterfúgio jurídico para reter

¹⁵ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo, Martins Fontes, 2009, p. 387-394.

inclusive a lei penal, dando esteio a graves violações de direitos humanos, de campos de concentração para japoneses¹⁶ até, mais recentemente, tortura¹⁷.

Entre nós, a **unidade da Constituição**¹⁸ não autoriza discernir a “*autoridade suprema do Presidente da República*” bastante em si mesma, como se estivesse **fora** de suas competências constitucionais. Pelo contrário, o **Estado Democrático de Direito** (CF, art. 1º), não conhece válvula de escape para a **exceção**, ao menos não a da gramática de **Carl Schmitt**¹⁹.

Significa que a “*autoridade suprema do Presidente da República*” sobre as Forças Armadas está discriminada na **Constituição**. Reside em exercer sua direção superior (CF, art. 84, II); expedir decretos e regulamentos (CF, art. 84, IV); dispor sobre sua organização e funcionamento (CF, art. 84, VI, “a”); extinguir funções ou cargos (CF, art. 84, VI, “b”) ou provê-los (CF, art. 84, XXV); e nomear seus comandantes e promover seus oficiais-generais e nomeá-los para cargos privativos (CF, art. 84, XIII).

A par disso, não se cristaliza nenhuma **mutação constitucional**. Em rigor, só se perfilha uma sóbria tradição de longa data. Veja-se que, após introduzida

¹⁶ Cf. *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). Para detalhes, contexto histórico e crítica, cf. SOUTO, João Carlos. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. São Paulo, Atlas, 2019.

¹⁷ Sobre, ver a série de pareceres conhecidos como *Torture Memos*, especialmente: *Memorandum for Alberto R. Gonzales Counsel to the President*, p. 34: “*In light of the President’s complete authority over the conduct of war, without a clear statement otherwise, we will not read a criminal statute as infringing on the President’s ultimate authority in these areas*”. Disponível em: <<<https://www.justice.gov/olc/file/886061/download>>> Acesso em 01/06/2020.

¹⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do Direito Constitucional*. 4. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010, p. 82.

¹⁹ Cf. Schmitt, Carl. *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*. Trad. George Schwab. Chicago, University of Chicago Press, 2005. *Passim*, Agamben, Giorgio. Estado de Exceção. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo, Boitempo, 2004. Igualmente beneficia a discussão o debate entre Bruce Ackerman (*The Emergency Constitution*. Yale Law Journal, v. 113, n. 5, 2004) e Lawrence Tribe (*The Anti-Emergency Constitution*. Yale Law Journal, v. 113, n. 8, 2004).

pela Constituição de 1937 (art. 73), a expressão em tela (“*autoridade suprema*”) foi repetida na de 1946 (art. 176), tendo o magistral **Seabra Fagundes** à época antecipado o perfil ordinatório das competências do Presidente da República:

23. Na paz a interferência do Presidente da República na vida das Forças Armadas se exerce, principalmente, pela decretação dos regulamentos respectivos, pela movimentação dos oficiais gerais e superiores, pela designação dos que devam exercer funções de chefia ou direção, pela localização das diversas unidades e pela escolha das hipóteses de guerra a encarar, que servirá de base de à montagem do plano ou planos de guerra.

24. Ocorrentes, porém, ameaças ou perturbações à ordem interna, as quais imponha o emprêgo das Forças Armadas, preventivamente (fatos que evidenciem estar para irromper comoção intestina grave), ou com sentido repressivo (comoção intestina grave com o caráter de guerra civil), cabe-lhe traçar a orientação político-militar da utilização delas (modo geral de empregá-las contra a ameaça ou atividade subversiva, sentido mais ou menos rigoroso das medidas a tomar etc.), bem como designar as pessoas incumbidas da execução do estado de sítio.²⁰

Parece que não por outra razão a Lei Complementar nº 97/1999, no mesmo contexto, também fale de “*responsabilidade do Presidente da República*” (art. 15, *caput*), não de “*autoridade suprema*” (art. 1º), tampouco de “*comando supremo*” (CF, art. 84, XIII). Propugnar qualquer interpretação mais elástica desses institutos jurídicos, isto é, sem os constrangimentos de **regras de competência** aplicáveis, é **inconstitucional**.

Daí se justificar, de antemão, imprimir **interpretação conforme** à Constituição do artigo 1º da Lei Complementar nº 97/1999, para estabelecer que a “*autoridade suprema do Presidente da República*” sobre as Forças Armadas se refere

²⁰ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *As Forças Armadas na Constituição*. Revista de Direito Administrativo, v. 9, 1947, p. 16-17.

ao exercício das competências privativas descritas nos incisos II, IV, VI, “a” e “b”, IX, X, XIII e XXV do artigo 84 da Constituição.

3.2. Da interpretação conforme à Constituição dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999

O recurso a **conceitos jurídicos indeterminados** como os de “*defesa da Pátria*”, “*garantia dos poderes constitucionais*” e “*da lei e da ordem*” presentes no *caput* dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, estresindo o artigo 142 da Constituição, é sintomático da facticidade do que a dogmática jurídica nomeia de **condicionamentos pré-constituintes**²¹.

A despeito da construção doutrinária de que o **poder constituinte** é inicial, autônomo e incondicionado²², houve, sem dúvida, limitações contingenciais, impostas, sobretudo, pela conjuntura **política** da Constituinte de 1988. Esse foi provavelmente o fator determinante para a ambiguidade dos termos do artigo 142 da Constituição, como se repara na crítica da literatura especializada:

A elaboração da constituição brasileira de 1988, especialmente o capítulo sobre as relações civil-militar, não foi um ato de coordenação. Foi de fato um modo sagaz de resolver disputas no sentido de que os atores políticos fizeram uso de cláusulas ambíguas para poderem renegar seus prévios compromissos. Tal ambiguidade permitiu que alguns grupos civis e militares proclamassem seu respeito pela lei enquanto

²¹ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo, Saraiva, 2009, p. 111.

²² Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 36. ed. São Paulo, Atlas, 2020.

que, simultaneamente, exploravam suas presentes vantagens ao minar as posições das forças menos organizadas.²³

Realmente, locuções como “defesa da Pátria”, “garantia dos poderes constitucionais” e “da lei e da ordem” amorteceram a restauração do **poder civil** sobre os militares num momento crítico de transição, após longo autoritarismo castrense, havendo notícia até da ameaça de “zerar todo o processo de redação constitucional”²⁴ na falta dessas cláusulas abertas na nova Constituição.

Certo é que, conquanto conhecida desde a Constituição de 1934 (art. 162), suprimida na de 1937, reinserta na de 1946 (art. 177) e mantida nas de 1967 (art. 92, § 1º) e de 1969 (art. 90), a redação do artigo 142 da atual Constituição, ao ser duplicada nos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, permite, através de seu controle de constitucionalidade, um reencontro inadiável da **democracia** com a **história**, mediado pela **jurisdição constitucional**.

Como se propõe neste capítulo desta ação direta, enfeitando-se interpretação inconstitucional, objetiva-se circunscrever o limite prescrito das **normas jurídicas** atinentes à **destinação constitucional** das Forças Armadas (CF, art. 142), que ressaem, por desdobramento, dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, assim redigidos:

Art. 1º 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**

²³ ZAVERUCHA, J. *A Questão das Relações Civil-Militar durante a Constituição de 1988*. Revista Política Hoje, v. 1, n. 1., 1994, p. 35.

²⁴ ZAVERUCHA, J. *A Constituição brasileira de 1988 e seu legado autoritário: formalizando a democracia, mas retirando sua essência*. In: ZAVERUCHA, J. *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife, Bagaço, p. 113-147.

poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da **lei e da ordem**.

.....
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:
.....

Se as normas do artigo 142 da Constituição são de **eficácia contida**, então, com sua igual dicção na lei ora impugnada, basta para sua fiel execução a expedição de decretos (CF, art. 84, IV). Via de consequência, a mobilização das Forças Armadas acaba sujeitando-se ao **arbítrio** incutido em reles **ato regulamentar** que dê **concretude** às noções **abstratas** de defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (CF, art. 142 e Lei Complementar nº 97/1999, art. 1º e 15).

Deixando claro: por **decreto**, o Presidente da República pode qualificar – a seu juízo de conveniência e oportunidade – uma miríade indefinida de ações como **destinação** das Forças Armadas²⁵. Por isso, sindicando a constitucionalidade dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999 reivindica uma **cognição dupla**: *primeiro*, do artigo 142 da Constituição com suas demais disposições pertinentes – interpretação **sistemática**²⁶ dos seus artigos 34, 136 e 137 –, e, *depois*, daqueles dispositivos legais em relação a estes últimos, os constitucionais.

²⁵ Não conter esses excessos no Judiciário pode repetir desastres históricos para a humanidade. Cf. VITA, Leticia. *Prusia contra el Reich ante el Tribunal Estatal. La sentencia que enfrentó a Hermann Heller, Carl Schmitt y Hans Kelsen en Weimar*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

²⁶ Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 3. ed. Trad. João Batista Machado. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1972.

Uma reserva preliminar é necessária. A exasperação da carga prescritiva do enunciado do Título V da Constituição tem sido utilizada como vetor integrativo de seu artigo 142, , tanto no **senso comum teórico dos juristas**²⁷, ao menos no dos reacionários²⁸, quanto na pesporrência de setores da caserna, o que outrora fez jus ao repúdio veemente desta Corte²⁹.

Malgrado inserido o artigo 142 da Constituição no seu Título V, não se pode atribuir **força normativa** à sua rubrica (“Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”), sendo de **valor interpretativo nulo**, capaz apenas de, por convenção de legística, melhor organizar o texto constitucional, mas não dele extrair qualquer comando imperativo de conduta.

Corroborar essa percepção que, embora o Título II da Constituição se chame “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, esta Corte já reconheceu interesses fundamentais juridicamente tutelados fora do catálogo com esse *nomen juris*, como, por exemplo, a anterioridade tributária (ADI nº 939, Rel. Min. Sidney Sanches) e a anualidade eleitoral (ADI nº 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie).

3.2.1. Do emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria

Pátria é vocábulo que só desponta uma vez no texto constitucional, no artigo 142. Durante a Constituinte, houve proposta de definição do termo em

²⁷ Cf. WARAT, Luís Alberto. *Saber Crítico e Senso Comum Teórico dos Juristas*. Sequência, v. 3, n. 5, 1982.

²⁸ Por todos, cf. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre poderes*. Consultor Jurídico (*online*). Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>>> Acesso em 03/06/2020.

²⁹ Cf. o voto-vogal do Ministro Celso de Mello no RHC nº 152.752/PR, Rel. Min. Edson Fachin.

emenda de plenário³⁰, no primeiro turno de votação do anteprojeto, merecendo não mais que um comentário jocoso do relator, de que “*ficaria bem num manual de civismo, mas que não tem caráter de norma jurídica*”³¹.

A pesquisa no nascedouro do constitucionalismo republicano, porém, permite associar a defesa da Pátria à atuação **externa** do Estado por meio das Forças Armadas. Falava a Constituição de 1891, claramente, em “*defesa da Pátria no exterior*” (art. 14) e o indelével **Pontes de Miranda**, comentando a de 1969³², negou mudança pela falta do trecho final, o que, aliás, foi notado no parecer do relator para a matéria, **Ricardo Fiúza**, na Constituinte de 1988³³.

A investigação do texto constitucional em vigor, por conseguinte, permite vincular a destinação das Forças Armadas **na defesa da Pátria** à soberania (CF, art. 1º, I) e à independência (CF, art. 4º, I) nacionais, no plano **internacional**; bem como à segurança e à defesa do território nacional e da faixa de fronteira (CF, art. 20, § 2º; 49, II, e 91, § 1º, III), no **doméstico**.

Para proteção desses bens jurídicos, a Constituição previu a **intervenção** para repelir **invasão estrangeira** (CF, art. 34, III) e o **estado de sítio** para **guerra** ou de **resposta à agressão estrangeira** (CF, art. 137, II). Noutras palavras, só

³⁰ Emenda de Plenário ao Projeto de Constituição nº 1P06527-5. Disponível em: <<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-227.pdf>>> Acesso em 01/06/2020.

³¹ Parecer do Relator às Emendas oferecidas em Plenário ao Projeto de Constituição. Disponível em: <<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-234.pdf>>> Acesso em 01/06/2020.

³² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1 de 1969*. v. 3., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1970.

³³ Parecer do relator da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança ao Anteprojeto de Constituição. Disponível em: <<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-132.pdf>>> Acesso em 01/06/2020.

nessas condições a destinação das Forças Armadas **na defesa da Pátria** é constitucionalmente exequível, inviabilizando empregá-las, a esse pretexto, para outras finalidades – e.g. conclamando uma *Volkskrieg*³⁴ –, por decreto de execução da Lei Complementar nº 97/1999 (art. 1º e 15).

Anote-se que, em estados com perfil de extrema beligerância, esse controle congressional forte pode representar o engessamento da atuação **exógena** das Forças Armadas. Nos Estados Unidos³⁵, a saída tem sido editar legislação com autorização genérica para engajamento em conflitos armados (*War Powers Resolution* e *Authorization for Use of Military Force*), mas cuja constitucionalidade ainda é controversa mesmo naquela cultura³⁶.

Aqui, porém, o singular compromisso com a **paz** e os **direitos humanos** da Constituição (preâmbulo e art. 4º, II e V) rechaça a autoridade do Presidente da República para **operações militares** sem aval do Congresso, ainda que **episódicas**. Assim, a resposta à agressão e invasão armada de guerrilha, em faixa de fronteira e com incursões de cunho letal fora do território nacional, como na experiência da “*Operação Traíra*”³⁷, à **revelia do Congresso** (CF, art. 49, II), denota precedente de flagrante atuação **inconstitucional** das Forças Armadas.

³⁴ Cf. RYBACK, Timothy W. *Hitler's Private Library: the books that shaped his life*. Nova Iorque, Vintage Books, 2008.

³⁵ Lá também há quem argumente que a autorização legislativa só é necessária em caso de guerra total, não em conflitos pontuais ou quase-guerra. Cf. BOBBIT, Philip C. *War Powers: An Essay on John Hart Ely's War and Responsibility: Constitutional Lessons of Vietnam and its Aftermath*. Michigan Law Review, v. 92, n. 6,, 1994.

³⁶ Cf. *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 U.S. 579 (1952) e *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006). *Passim*, SUNSTEIN, Cass. *Administrative Law goes to War*. Harvard Law Review, n. 118, n. 8, 2005.

³⁷ Cf. PINHEIRO, Álvaro de Souza. *Guerrillas in the Brazilian Amazon*. Military Review, v. 76, n. 2, 1996.

Em conclusão, urge conferir **intepretação conforme à Constituição** dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, a estabelecer que o **emprego** das Forças Armadas **na defesa da Pátria** se limita aos casos constitucionais apontados (art. 34, III, e 137, I), devendo seguir os ritos, respectivamente, de apreciação e autorização pelo **Congresso Nacional** (CF, art. 36, § 1º, 49, II, e 137, *caput*).

3.2.2. Do emprego das Forças Armadas na garantia dos poderes constitucionais

A destinação explícita das Forças Armadas **na garantia dos poderes constitucionais** é inovação do corrente texto magno, conquanto subentendida na Constituição de 1891 (art. 14). Incluí-la na última Constituinte foi uma estratégia de controle civil subjetivo, na tipologia de **Samuel Huntington**³⁸, pulverizando o poder sobre elas em variadas instituições estatais.

Esse mecanismo serviu para, confessadamente, amenizar pressões da elite castrense. Diz-se que **Fernando Henrique Cardoso**, Senador da República, engendrou essa arquitetura como um avanço que acabou agradando o *establishment* militar³⁹. Nas palavras de **Leônidas Pires Gonçalves**, àquela altura Ministro do Exército, em coletânea de entrevistas sobre a Constituinte:

Um dia toca o telefone. Era o Senador Fernando Henrique Cardoso: “Eu gostaria de ir daqui a uma hora na sua casa, para levar uma proposta de redação do artigo sobre a missão das Forças Armadas”. Aí ele chegou com um papel datilografado – hoje ele diz que escreveu para mim, não é

³⁸ HUNTINGTON, Samuel. *The Soldier and The State: the theory and politics of civil-military relations*. Cambridge, Harvard University Press, 2000, p. 80.

³⁹ ZAVERUCHA, J. *A Questão das Relações Civil-Militar durante a Constituição de 1988*. Revista Política Hoje, v. 1, n. 1., 1994, p. 30. Registre-se que José Bernardo Cabral já assumiu a inteira responsabilidade pelo dispositivo, mas também sob coação. Cf. *Cabral diz que boatos de golpe condicionaram seu anteprojeto*. Jornal do Brasil, Caderno Política, 1987, p. 4.

verdade –, onde estava escrito aquele acréscimo que achei muito bom [o da autorização de um dos três poderes, para intervir na ordem interna]. Eu, que me considerava um cientista político, mais ou menos, com bastante conhecimento da área, achei ótimo. Então eu disse para ele: “Olhe, Senador, eu gostei, está aprovado por mim”.⁴⁰

Em que pese a tutela velada do generalato, a **Constituição** não começa e termina no artigo 142, tampouco no Título V. É que, como diz **Eros Roberto Grau**, “*não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços*”, de sorte que, “*o significado normativo de cada texto somente é detectável no momento em que se o toma como inserido no contexto do sistema, para após afirmar-se, plenamente, no contexto funcional*”⁴¹.

Forte nessa premissa, a Constituição antecipou as hipóteses de garantia dos **poderes constitucionais**. Tem-se **intervenção** (CF, art. 34), “*para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação*” (CF, art. 34, IV), e o **estado de defesa**, “*para preservar ou prontamente reestabelecer a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional*” (CF, art. 136, IV), podendo evoluir para o **estado de sítio** (CF, art. 137, I).

Entre os **Poderes da União** – e assim só nessa esfera de governo –, por sua vez, não se fala de garantia de quaisquer deles entre si pelas Forças Armadas, mas, taxativamente, de **independência** e **harmonia** (CF, art. 2º). A república aboliu o poder moderador, não havendo mais “chave de toda organização

⁴⁰ CARVALHO, Luiz Maklouf. 1988: *segredos da Constituinte. Os vinte meses que agitaram e mudaram o Brasil*. Rio de Janeiro, Record, 2017, p. 64.

⁴¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Aplicação do Direito*. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2017, p. 86.

política” (Constituição Imperial, art. 98), cuja titularidade, aliás, nunca foi das Forças Armadas⁴².

Os desacordos são inerentes à democracia e nela as crises entre poderes se revolvem pelo diálogo institucional, construído através dos instrumentos disponíveis na **Constituição**. Em linhas gerais, ao Poder Executivo a iniciativa das leis (art. 61, § 1º) e dos orçamentos (art. 165), as medidas provisórias (art. 62) e o veto (art. 84); ao Legislativo, o poder de sustar, fiscalizar e controlar (art. 49, V e X); e ao Judiciário, o controle de constitucionalidade (CF, art. 102, *caput*).

Para repelir a **inconstitucionalidade** do uso das Forças Armadas na garantia dos poderes constitucionais em conflagração deles próprios, impõe-se **intepretação conforme à Constituição** dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, estabelecendo que seu **emprego** a este título também se limita casos e procedimentos de **intervenção** (CF, art. 34), **estado de defesa** (CF, art. 136) e **estado de sítio** (CF, art. 137).

3.2.3. Do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

A compreensão originária do artigo 142 da Constituição – sua *mens legislatoris* –, quanto à destinação das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem**, é inelutavelmente em beneplácito de seu uso corrente. Foi a posição

⁴² Essa odiosa tutela, todavia, não fugiu do ensaio das corporações: “O artigo 14 declarava que o Exército e a Marinha eram instituições nacionais permanentes, responsáveis por manter a lei e a ordem e por garantir a continuidade dos três poderes constitucionais (Executivo, Legislativo e Judiciário). O artigo fez do corpo de oficiais o único grupo constitucionalmente determinado da elite brasileira. O artigo também ordenava que as Forças Armadas fossem obedientes ao presidente, mas ‘nos limites da lei’. Com observou Alfred Stepan: ‘Isso efetivamente autorizava os militares a obedecer ao presidente somente quando lhes aprouvesse, pois a obediência dependia de sua decisão com respeito à legalidade da ordem presidencial’”. (McCann, F. D. *Soldados da Pátria: história do Exército Brasileiro (1889-1937)*. São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 49)

embutida no anteprojeto de Constituição, como se colhe no parecer de **Ricardo Fiúza**, relator da comissão temática competente (com grifos nossos):

O texto constitucional permite o emprego das Forças Armadas como Polícia Administrativa, sem que isso possa ser considerado intervenção nos Estados membros, quando existe a possibilidade ou a real e grave perturbação da ordem, no sentido coletivo.

O emprego das Forças Armadas é imperativo na grave perturbação da ordem ou comoção intestina grave.

A União é o juiz da oportunidade de um e outro emprego, pela difícil caracterização de uma das situações, ou seja, do que não é grave ou da situação de iminência.

É imperioso não confundir o emprego das Forças Armadas em ações de polícia, objetivando a manutenção da ordem, em situações extraordinárias que afetam as garantias dos direitos individuais, como é o caso do estado de sítio, com as ações de polícia para a manutenção da ordem pública na situação de normalidade.

O emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem independe do estado de sítio e não afeta o estado normal de garantia dos direitos constitucionais do cidadão, uma vez que a defesa da Federação é também encargo da União.

Assim como os Estados Membros têm atribuição para empregar suas Polícias Militares como polícia administrativa, a União, para “garantia da lei e da ordem”, pode empregar as suas Forças Armadas como polícia administrativa federal.

A garantia da lei e da ordem é uma faculdade que a União reserva para tratar problemas menores sem a utilização de institutos jurídicos mais fortes.

O emprego das Forças Armadas, nestes casos, neutraliza o desdobramento da situação da grave perturbação da ordem, sem a necessidade do acionamento dos mecanismos de defesa do Estado ou da intervenção federal no Estado membro, do mesmo modo não violando as liberdades públicas e suas garantias constitucionais.⁴³

⁴³ Parecer do relator da Subcomissão de Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança ao Anteprojeto de Constituição. Disponível em: <<<https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-132.pdf>>> Acesso em 01/06/2020.

Abalizada doutrina ecoa esse entendimento, de que o emprego das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** prescinde de intervenção, estado de defesa ou de sítio, pois *“trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade”*⁴⁴, como afirma **José Levi Mello do Amaral Júnior**, e, na mesma linha, **Luís Roberto Barroso**⁴⁵, ambos em manifestações *propter officium*⁴⁶.

Com a devida vênia desses juristas de escol, sob pena de constituir *“obstáculo ao progresso jurídico e um elemento para ossificar a jurisprudência”*, como adverte **Carlos Maximiliano**, é preciso *“ver no presente um desdobramento do passado, e não a fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada”*⁴⁷. Nessa perspectiva, parecem ter mais razão vozes dissonantes, como a de **Cláudio Pereira de Souza Neto**:

Ou há gravidade suficiente para a decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, e as Forças Armadas são empregadas, ou não há, e seu emprego não pode se verificar. A segurança pública, para se harmonizar com o Estado democrático de direito, deve ser concebida como serviço público, a ser prestado ao cidadão. Não pode ser entendida como estratégia de guerra, destinada ao “combate” a “inimigos”, e o respeito estrito às regras constitucionais é condição indispensável para que isso ocorra.⁴⁸

⁴⁴ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Análise do Fundamento Jurídico do Emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem*. Revista de Informação Legislativa, v. 45, n. 180, 2008, p. 11.

⁴⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Parecer nº 07/2007*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, v. 62, 2007, p. 374-378.

⁴⁶ Também vale menção o precioso trabalho da saudosa **Thereza Helena Souza de Miranda**. In: *Parecer AGU nº GM 25*. Revista Jurídica da Advocacia-Geral da União, v. 3, n. 27, 2001.

⁴⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 21. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 130.

⁴⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Anotações aos artigos 142 e 143*. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim et al. (Org.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 1583. A glosa do mesmo autor está contida em: *A Segurança Pública na Constituição Federal de*

A defesa dessa interpretação de vanguarda, como se advoga nesta ação, visa expurgar da penumbra da Constituição o **anacronismo** em desvirtuar o dever do Estado de prestar o **serviço público essencial *uti universi*** de segurança pública (CF, art. 144), em primazia da hegemonia bélica das Forças Armadas como instrumento de pacificação social, e que ainda permeia a **carga simbólica do imaginário coletivo de repressão estatal**⁴⁹.

A **concepção democrática** de segurança pública, a seu turno, como “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos*” (CF, art. 144), separa as personagens do policial e do soldado. Enquanto este se ocupa, precipuamente, da guerra e da agressão armada (CF, art. 132, I); aquele, cuida da preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (CF, art. 144, *caput*) como corolários da **cidadania** e da **dignidade da pessoa humana** (CF, art. 1º, I e II).

Na qualidade de relator da ADI nº 5.032, o **Ministro Marco Aurélio** bem assinalou essa diferença em ***obter dictum***, não só pelo viés da formação de cada corporação, mas pelo propósito delas, ainda que o resultado da ação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem (CF, art. 142) possa coincidir com o dos órgãos de segurança pública (CF, art. 144). A conferir (com grifos nossos):

Surge imprópria a tentativa de equiparar a atuação das Forças Armadas àquela exercida por instituições policiais ordinárias. Indaga-se, é possível igualar sem quaisquer temperamentos a excepcionalíssima atividade integrante da força militar subordinada à rígida cadeia de comandos à de

1988: *conceituação constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas*. Revista de Direito do Estado, v. 8, 2007, p. 19-73.

⁴⁹ Cf. DORNELLES, J. R. W. *Herança da Ditadura: Os Processos de Repetição das Graves Violações de Direitos Humanos e as Políticas de Segurança Pública no Brasil*. In: Giuseppe Tosi; Lúcia de Fátima Guerra Ferreira. (Org.). *Ditaduras Militares, Estado de Exceção e Resistência Democrática na América Latina*. João Pessoa, CCTA, 2016.

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 da 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 propõe.

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 apenas quando verificada a insuficiência daquelas para intervir em situações nas quais a própria ordem jurídica e constitucional é posta a prova, reivindicando-se medidas mais drásticas por parte daquele que detém o monopólio legítimo do uso da força.

Como se vê, nessa última, objetiva-se preservar elementos que consubstanciam materialmente a soberania estatal, surgindo secundários os efeitos daí decorrentes, eventualmente semelhantes aos verificados a partir da atuação ordinária das forças policiais.⁵⁰

Essa filtragem constitucional da **segurança pública** a desvencilha da pura **razão de Estado**⁵¹, encarnada na ideologia importada da **doutrina de segurança nacional**⁵². Ela se torna direito fundamental (CF, art. 5º, *caput*), **política**

⁵⁰ ADI nº 5.032, Rel. Min. Marco Aurélio, mimeografado. Disponível em: <<<https://www.youtube.com/watch?v=jEbCZjt1-jE>>> Acesso em 06/06/2019. Informativo nº 986 (Atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem e Justiça Militar)

⁵¹ Cf. VIROLI, Maurizio. *Il Significato Storico Della Nasita del Concetto di Ragion di Stato*. In: BALDINI, Enzo (Org.). *Aristotelismo Politico e Ragion di Stato*. Florença, Leo S. Olschki Editore, 1993.

⁵² Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Segurança Nacional*. Novos Estudos Cebrap, v. 1, n. 1, 1981. Passim, COMBLIN, Joseph. *A Doutrina de Segurança Nacional*. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1978.

pública⁵³ no quadro de bem-estar social do Estado, instituindo **pretensão jurídica difusa** dirigida pela Constituição⁵⁴, como se define no campo:

A política pública de segurança tem como objetivo viabilizar o cumprimento da finalidade que é imanente às instituições da segurança pública, no âmbito de um Estado democrático de direito comprometido com os direitos humanos. Para isso, deve orientar decisões, em níveis diversos, de forma articulada e tanto quanto possível sistêmica, para que, em sua prática, as referidas instituições realizem o dever elementar que justifica sua existência. A finalidade, vale reiterar, determina prioridades e aponta as metas e sua hierarquia: proteger a vida, preservar as condições fundamentais para o exercício dos direitos fundamentais.⁵⁵

A partir desse **salto civilizatório** desde a Constituinte, é forçoso concluir que o sentido da **destinação** das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** previsto no artigo 142 da Constituição e espelhado nos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999 não pode ser equiparado **sumariamente** com o de segurança pública (CF, art. 144), como se autorizasse seu emprego ordinário nessas funções, à revelia das competências das respectivas esferas de governo.

Com efeito, o **federalismo cooperativo** proclamado na Constituição (art. 18 e 23, parágrafo único) também informa toda a refundação da segurança pública. Pela **predominância do interesse**⁵⁶, cabe aos **Estados** e ao **Distrito Federal**, a polícia ostensiva, de preservação da ordem pública, judiciária e de investigação (CF, art. 144, §§ 4º, 5º); à **União**, a polícia ostensiva das rodovias e ferrovias federais, marítima, aeroportuária, de fronteiras, judiciária e de

⁵³ Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 2006.

⁵⁴ Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo, Malheiros, 2005.

⁵⁵ SOARES, Luiz Eduardo. *Política de Segurança Pública*. In: Dicionário de Políticas Públicas. 2. ed. São Paulo, Editora Unesp, 2015, p. 740.

⁵⁶ Cf. MORAES, Alexandre de. *Op. Cit.*

investigação federais (CF, art. 144, §§ 1º, 2º e 3º); e, aos entes que pertencem, a polícia penal (CF, art. 144, § 5º-A).

Como se percebe, são permissivos constitucionais de **direito estrito**, conferindo à **União**, aos **Estados** e ao **Distrito Federal** a **competência material exclusiva** a cada um deles, sob a **regra forte** de que “*a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal*” (CF, art. 34, *caput*). A dizer, nem o artigo 142 da Constituição ou os artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999 facultam, **por autoridade própria**, a destinação das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** em caráter ordinário – portanto, em paralelo àqueles entes federativos.

Insistir nessa interpretação, além de **politicamente** estimular a ingerência das Forças Armadas em assuntos internos, a seu desprestígio, caracteriza **intervenção inconstitucional** nas competências de segurança pública (CF, art. 144, § 4º, 5º e 5º-A) dos **Estados** e do **Distrito Federal** (CF, art. 34, *caput*). Por outro lado, essa conclusão reforça a guarida ao emprego **extraordinário** das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** desde que na defesa da autonomia federativa (CF, art. 34), do Estado e das instituições democráticas (art. 136 e 137).

Note-se, por hipótese, que manter a ordem pública é sim competência exclusiva dos Estados-membros, pelas polícias militares (CF, art. 144, § 5º), mas seu **grave comprometimento** sustenta a intervenção da **União** (CF, art. 34, II), amparando o emprego das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** (CF, art. 142, e Lei Complementar nº 97/1999). Do mesmo modo se passa com a ordem pública ou a paz social atingidas por calamidades de grandes proporções da natureza (CF, art. 136), apesar da competência de defesa civil reservada aos corpos de bombeiros militares (CF, art. 42 e 144, § 5º), vinculados aos **Estados** e ao **Distrito Federal** (CF, art. 144, § 6º).

Enfim, o costume *contra constitutionem* que germinou na Nova República, de, por decisão do Presidente da República, em **decreto**, empregar-se as Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem**, com supedâneo na linguagem dúctil dos termos dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, reproduzindo o 142 da Constituição, exorta à **interpretação conforme à Constituição** para repudiá-lo, salvo nos casos de **intervenção** (CF, art. 34), **estado de defesa** (CF, art. 136) e **estado de sítio** (CF, art. 137).

3.3. Da inconstitucionalidade do § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 com efeito aditivo a *rime obbligate*

O § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 é de **inconstitucionalidade chapada**, pois condiciona unicamente ao Presidente da República a **decisão de atender o pedido** (*rectius*: a iniciativa) dos demais poderes constitucionais quanto ao emprego das Forças Armadas, como exsurge da literalidade do dispositivo impugnado:

§ 1º **Compete ao Presidente da República a decisão do emprego** das Forças Armadas, por iniciativa própria ou **em atendimento a pedido** manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais, por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

Ocorre que o artigo 142 da Constituição ou qualquer outro dispositivo dela não estabelecem nenhuma hierarquia entre poderes constitucionais⁵⁷. Assim, tampouco a “*autoridade suprema do Presidente da República*” é capaz de

⁵⁷ Parecer da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil chegou à mesma conclusão. Disponível em: <<<http://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf>>> Acesso em 02/06/2020.

minar a competência constitucional da iniciativa do Legislativo ou do Judiciário para instar **diretamente** o emprego das Forças Armadas.

Não sobra, pois, espaço sequer para interpretação conforme, pois escapa o substrato linguístico mínimo para compatibilizar o § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 com os artigos 142 e, mais precisamente, 2º da Constituição, razão pela qual é imperativo declarar sua **inconstitucionalidade total**, cessando sua validade de pleno direito.

Tal pronúncia de nulidade acarreta o ônus de, para não traduzir ambiguidade, sofrer **efeito aditivo**. A invalidação do texto em comento pode dar azo à controvérsia sobre a titularidade da decisão para o emprego das Forças Armadas, inclusive a hedionda cogitação de seu acionamento espontâneo – eufemisticamente, **intervenção militar**, mas na prática, um *coup d'état* –, como arroubos sediciosos à ordem constitucional ousam insinuar⁵⁸.

Estando a competência para iniciativa do emprego das Forças Armadas explícita na Constituição (CF, art. 142) – aos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal *tout court* –, o seu exercício é, portanto, **vinculado**, de modo que o pronunciamento jurisdicional, em controle abstrato, com esse resultado não é *ex nihilo*, mas *a rime obbligate*⁵⁹.

⁵⁸ Referência em particular às declarações, em 2015, do atual Vice-Presidente da República, Hamilton Mourão, no Centro de Preparação de Oficiais da Reserva – CPOR em Porto Alegre/RS, e, depois, em 2017, em loja maçônica em Brasília/DF, e do ex-Comandante do Exército, Eduardo Villas-Boas, em 2018, em publicação em rede social.

⁵⁹ Cf. ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2019, p. 687. Também, BRANCO, Ricardo. *O Efeito Aditivo da Declaração de Inconstitucionalidade com Força Obrigatória Geral*. Coimbra, Coimbra Ed., 2009. Ressalva pessoal do advogado signatário desta petição entender que se trata de sentença aditiva de regra, na lição de Gustavo Zagrebelsky: “se la soluzione normativa idonea a colmare la lacuna è «implicita» nell’ordinamento, è possibile la

3.4. Da interpretação conforme à Constituição do § 2º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999

Sem crivar os artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999 pelo 142 da Constituição com suas demais disposições (art. 34, 136 e 137), corre-se o risco de, como alertado, intercambiar-se a **destinação constitucional** das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** (CF, art. 142) com as competências exclusivas de **segurança pública** dos Estados-membros (CF, art. 144), incorrendo em interpretação **inconstitucional**.

O emprego **ordinário**, se bem que subsidiário, das Forças Armadas na segurança pública com arrimo em suas **destinações constitucionais** (CF, art. 142), não na **intervenção** para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (CF, art. 34, III), burla os requisitos para tanto (amplitude, prazo e condições de execução) e seu controle pelo Congresso Nacional (CF, art. 36, §§ 1º e 2º), considerando a literalidade do § 2º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999:

§ 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.**

Todavia, não convém fulminar o dispositivo, ante sua abertura semântica. A atuação das Forças Armadas *“após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”*, para que não encerre **fraude à Constituição**, presume-se legítima

decisione aditiva pura e semplice (o «additiva di regola»);” (In: Giustizia Costituzionale - II. Oggetti, procediment, decisioni. Bolonha, IlMulino, 2007, p. 247).

desde que (*soweit*) observado seus artigos 34, III, e 36, §§ 1º e 2º, ou seja, em **interpretação conforme**. Sobre, discorre o escólio de **Gilmar Ferreira Mendes**:

Na práxis da Corte Constitucional, a *declaração de nulidade sem redução de texto* é introduzida, pela condução *soweit* (**desde que**). Observe-se, porém, que nem todas as decisões que contêm essa expressão *soweit* na parte dispositiva integram a categoria. (...)

Identifica-se, assim, forte semelhança entre a *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto* e a *interpretação conforme à Constituição*, na qual, como se verá adiante, declara-se muitas vezes, a inconstitucionalidade de determinadas possibilidades de interpretação, com eliminação de ampla constelação de casos do âmbito de aplicação da norma⁶⁰.

Essa fórmula se revela adequada por duas ordens de razões. **Primeiro**, admite que o § 5º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 permaneça compatível com a Constituição, portanto, sem prejuízo de outras hipóteses **constitucionais** do emprego das Forças Armadas **na garantia da lei e da ordem** – como, dentre elas, para manter a integridade nacional (CF, art. 34, I) e repelir invasão de uma unidade da Federação em outra (CF, art. 34, II).

Em **segundo** lugar, confere-se racionalidade à intervenção em matéria de segurança pública como **garantia da lei e da ordem**, ou seja, não em qualquer circunstância, mas somente nas de esgotamento dos órgãos constitucionais competentes para prestá-la (CF, art. 144, §§ 4º e 5º). Equivale, tecnicamente, a dizer que se confirma o *status* **subsidiário** da atuação das Forças Armadas nessa alçada, mas sempre **excepcional**, não **ordinário**.

No mais, se anteriormente assegurada a **interpretação conforme** à Constituição dos artigos 1º e 15 da Lei Complementar nº 97/1999, estabelecendo

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 261-263

a regularidade do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem apenas nos casos de **intervenção** (CF, art. 34), **estado de defesa** (CF, art. 136) e **estado de sítio** (CF, art. 137), esse entendimento espontaneamente se estende ao § 2º agora sob escrutínio.

3.5. Da interpretação conforme à Constituição do § 3º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999

Enfática censura também se endereça à incumbência do Governadores dos Estados-membros para reconhecer o esgotamento dos órgãos de segurança pública, a fim de viabilizar o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem pela **União**, como é veiculado no § 3º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999:

§ 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.

A esse respeito, a advertência de **Cláudio Pereira de Souza Neto** fala por si só: *“A anuência do Governador não pode significar a corrosão do sistema de repartição de competências federativas concebido pela Constituição. Ou há gravidade suficiente para a decretação de estado de defesa ou de intervenção federal, e as Forças Armadas são empregadas, ou não há, e seu emprego não pode se verificar”*⁶¹.

Não obstante, a **interpretação conforme** à Constituição do § 2º da Lei Complementar nº 97/1999 protege seu § 3º. A necessidade de os Governadores

⁶¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Op. Cit. Anotações*, p. 1583.

reconhecerem o esgotamento dos serviços de segurança pública – noutras palavras, o grave comprometimento da ordem pública (CF, art. 34, II) – desponta, na verdade, como uma garantia federativa em favor dos próprios Estados-membros.

Em que pese a Constituição ter sido minuciosa no procedimento aplicável (CF, art. 34, 36, 136 e 137), não exauriu a **liberdade de conformação do legislador ordinário**⁶². Estatuir condição resolutive cujo implemento se opera pela formalização do esgotamento dos serviços de segurança pública pelo Poder Executivo Estadual não inverte a supremacia constitucional (*gesetzeskonform Verfassungsinterpretation*)⁶³.

Pelo contrário, prestigia-se o princípio da **autonomia federativa** (CF, art. 18). A mecânica de interação entre o Executivo Estadual e o Federal na interpretação conforme à Constituição do § 3º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999 vai ao encontro da negação do autoritarismo do poder político central, **desde que** atendidas as exigências de **intervenção** (CF, art. 34), **estado de defesa** (CF, art. 136) e **estado de sítio** (CF, art. 137).

4. Da medida cautelar

As alegações delineadas perfazem os elementos que evidenciam a **relevância da matéria** (*fumus boni iuris*) e sua **excepcional urgência** (*periculum in mora*), amparando prestação de tutela cautelar para resguardar a higidez das

⁶² POHLE, Albrecht Oeter. *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen: Eine Untersuchung der Voraussetzungen und Folgen des Verzichts auf die gesetzestechnisch mögliche Nichtigerklärung durch das Bundesverfassungsgericht*. Francoforte, Peterlang, 1979.

⁶³ CANOTILHO, José Joaquim. *Op. Cit. Direito Constitucional*, p. 1234

disposições constitucionais afetadas pela incompatibilidade do texto e do sentido dos dispositivos impugnados da Lei Complementar nº 97/1999.

A **plausibilidade jurídica** da pretensão se deduz da verossimilhança da inconstitucionalidade do emprego das Forças Armadas fora das hipóteses dos artigos 34, 136 e 137 da Constituição (**intervenção, estado de defesa e estado de sítio**). No ensejo, a reprodução dos conceitos jurídicos indeterminados do artigo 142 da Constituição na Lei Complementar nº 97/1999 transferiu para mero decreto de execução (CF, art. 84, IV) o juízo de conveniência e oportunidade para mobilizar as Forças Armadas, à revelia da leitura sistemática do texto constitucional.

Em termos de **perigo de dano**, não se descarta que a Lei Complementar nº 97/1999 está em vigor há mais de 20 (vinte) anos. Sem embargo, além de não existir convalidação de inconstitucionalidade por transcurso do tempo, o provimento das arguições suscitadas, no geral, não depende de redução de texto, mas de **interpretação conforme** – no mais, com efeitos aditivos *a rime obbligate* –, o que decorre uma mudança nas **circunstâncias fáticas** no âmbito material da lei impugnada, a repelir seu sentido **inconstitucional**.

Com efeito, é **notório** – portanto, prescindir de prova (CPC, art. 375) – a polvorosa de setores da sociedade civil e das classes militares em desacordo quanto à **destinação constitucional** das Forças Armadas, repercutindo imediatamente na movimentação das forças políticas e dos compromissos democráticos no enfrentamento de sucessivas crises institucionais (*e.g. impeachment* e perseguições criminais de altos dignatários) e, mais recentemente, de calamidades públicas (*v.g.* desastres ambientais, incêndios e pandemia).

Esse cenário limítrofe de conflagração social, política e, principalmente, **jurídica**, em que os limites da atuação das Forças Armadas encontra-se no centro das inquietações públicas, dá conta da necessidade de medida cautelar para assegurar, até o julgamento definitivo desta ação, interpretação conforme à Constituição dos dispositivos impugnados, suspendendo a eficácia de um deles, com efeito aditivo, **sem prejuízo de suas atribuições subsidiárias**.

Por fim, não há **risco de dano reverso**, haja vista que as Forças Armadas poderão, na pendência do provimento cautelar, continuar a ser mobilizadas para garantia da lei e da ordem, para pôr termo a grave comprometimento da ordem pública (CF, art. 34, III), e calamidades de grandes proporções (CF, art. 136, *caput*), desde que observados os devidos procedimentos constitucionais, e, mais, sem qualquer prejuízo às suas **atribuições subsidiárias**, como a prevista na legislação eleitoral (CE, art. 23, XIV, *in fine*).

5. Dos pedidos

Pelo exposto, requer-se:

- a) a **concessão de medida cautelar**, nos termos do § 3º do artigo 10 da Lei Federal nº 9.868/1999, para, até o julgamento definitivo da ação:
 - a.1) conferir **intepretação conforme à Constituição** do artigo 1º da Lei Complementar nº 97/1999, estabelecendo que a “*autoridade suprema do Presidente da República*” se refere ao exercício das competências privativas descritas nos incisos II, IV, VI, “*a*” e “*b*”, IX, X, XIII e XXV do artigo 84 da Constituição;

- a.2) conferir **interpretação conforme à Constituição** dos artigos 1º e 15, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 97/1999, estabelecendo que o **emprego** das Forças Armadas **na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem** se limita aos casos e procedimentos da **intervenção** (CF, art. 34), do **estado de defesa** (CF, art. 136) e do **estado de sítio** (CF, art. 137);
- a.3) **suspender a eficácia** do § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999, sem tornar aplicável a legislação anterior e com **efeito aditivo, a rime obbligate**, estabelecendo que, conforme os casos e procedimentos dos artigos 34, 136 e 137 da Constituição, cabe **apenas** aos Presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal a iniciativa para o emprego das Forças Armadas;
- b) depois, a adoção do rito previsto no *caput* do artigo 12 da Lei Federal nº 9.868/1999, com a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República;
- c) **no mérito**, o julgamento procedente dos pedidos da ação, para conferir, em definitivo, **interpretação conforme à Constituição** dos artigos 1º e 15, *caput* e §§ 2º e 3º, da Lei Complementar nº 97/1999, bem como declarar a **inconstitucionalidade** do § 1º do artigo 15 da Lei Complementar nº 97/1999, com **efeito aditivo, a rime obbligate**, tudo nos mesmos termos requeridos nos pedidos cautelares.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília/DF, 10 de junho de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

Lucas de Castro Rivas

OAB/DF nº 46.431

Carlos Roberto Lupi

Presidente Nacional do PDT

Weverton Rocha

Senador da República
(PDT/MA)

Líder da Bancada do PDT no
Senado Federal

André Figueiredo

Deputado Federal (PDT/CE)
Líder da Oposição na Câmara
dos Deputados

Wolney Queiroz

Deputado Federal (PDT/PE)
Líder da Bancada do PDT na
Câmara dos Deputados