

# Análise do fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

José Levi Mello do Amaral Júnior

## Sumário

Explicação preliminar; 1. Destinação constitucional das Forças Armadas; 2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 3. Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 4. Gradação do princípio da subsidiariedade; 5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem; 6. Abate de aeronaves hostis; 7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas.

### *Explicação preliminar*

O objetivo do presente estudo é analisar o fundamento jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, tal como previsto pela Constituição e respectiva legislação regulamentar. Sintetiza estudos que o autor levou a efeito para colaborar com a Assessoria Militar do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República entre 2000 e 2003.

O trabalho busca demonstrar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem não é extraordinário, mas, sim, ordinário, conquanto orientado pelo princípio da subsidiariedade. Disso decorrem importantes consequências para a compreensão jurídica da matéria, o que será objeto desta exposição.

Por outro lado, não se deseja, aqui, fazer a apologia do emprego ou não das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. O que se pretende nesta sede é – insista-

José Levi Mello do Amaral Júnior é professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito do Estado pela mesma Universidade. Procurador da Fazenda Nacional, cedido à Casa Civil do Governo do Estado de São Paulo.

se – examinar o fundamento jurídico do eventual emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

### *1. Destinação constitucional das Forças Armadas*

Compete privativamente ao Presidente da República exercer o comando supremo das Forças Armadas, segundo dispõe o inciso XIII do art. 84 da Constituição<sup>1</sup>.

Do ponto de vista constitucional<sup>2</sup>, as Forças Armadas são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica e destinam-se: (1) à defesa da Pátria; (2) à garantia dos poderes constitucionais; e, por iniciativa de qualquer destes, (3) à garantia da lei e da ordem.

As duas primeiras destinações constitucionais das Forças Armadas refletem a missão elementar delas, qual seja, a proteção do próprio Estado e dos respectivos poderes constitucionais, FERREIRA FILHO, 2005, p. 239, (isto é, dos órgãos que comungam da soberania do Estado), proteção essa levada a efeito contra ameaças externas ou internas (ou, como dizia o Direito constitucional brasileiro pretérito, “grave comoção intestina”<sup>3</sup>).

Nas circunstâncias em causa – ameaças externas ou internas contra o Estado ou contra os respectivos poderes constitucionais –, pode e deve ser posto em prática um regime jurídico excepcional “da defesa do Estado e das instituições democráticas”<sup>4</sup>, ou seja, um estado em que a própria Constituição permite o emprego de recursos

<sup>1</sup> A subordinação das Forças Armadas ao Poder Executivo é uma lição antiga, decorrente da natureza das coisas. Veja-se, por exemplo, a explicação de Montesquieu (1995, p. 124): “O exército, uma vez estabelecido, não deve depender, imediatamente, do corpo legislativo, mas do poder executivo; e isso pela natureza da coisa; seu feito consiste mais na ação do que na deliberação.”

<sup>2</sup> *Caput* do art. 142 da Constituição.

<sup>3</sup> Constituição de 1891, art. 48, nº 15. No mesmo sentido, por exemplo: Constituição de 1946, art. 206, inciso I; Constituição de 1988, art. 137, inciso I.

<sup>4</sup> Título V da Constituição.

excepcionais para debelar a ameaça. O emprego desses recursos em casos tais enseja, mais cedo ou mais tarde, a decretação: (1) de intervenção federal<sup>5</sup>; (2) de estado de defesa<sup>6</sup>; ou (3) de estado de sítio<sup>7</sup>. Ademais, a depender da gravidade da situação, pode ocorrer, ainda, declaração de guerra ou, ao menos, de mobilização nacional<sup>8</sup>.

Conforme essa caracterização, as duas primeiras destinações das Forças Armadas implicam emprego delas em situações extraordinárias.

Porém, nenhum desses dois extremos é o objeto desta exposição. Ela se concentra na terceira destinação constitucional das Forças Armadas – garantia da lei e da ordem – que não se dá, necessariamente, sob circunstâncias extraordinárias. Isso porque, em regra, não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio. Configura, assim, um emprego típico (porque a própria Constituição também o prevê) e ordinário das Forças Armadas, conquanto submetido ao critério da subsidiariedade.

### *2. Emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*

A teor do art. 144 da Constituição, a segurança pública – cujo fim é “a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” – é exercida pela Polícia Federal, pela Polícia Rodoviária Federal, pela Polícia Ferroviária Federal, pelas Polícias Civis estaduais, pelas Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares estaduais.

Porém, nesta seara – ou seja, na garantia da lei e da ordem –, as Forças Armadas também podem atuar. É o que decorre do

<sup>5</sup> Incisos I a V do art. 34 da Constituição.

<sup>6</sup> Art. 136 da Constituição.

<sup>7</sup> Art. 137 da Constituição.

<sup>8</sup> Inciso XIX do art. 84 da Constituição. A mobilização nacional é regulamentada pela Lei nº 11.631, de 27 de dezembro de 2007, cujo art. 2º, inciso I, restringe sua execução a caso de agressão estrangeira.

art. 142, *caput, in fine*, da Constituição<sup>9</sup>. O critério e a disciplina do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é dado pela Lei Complementar nº 97, de 9 de julho de 1999<sup>10</sup>.

Assim, a atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais – solicitação essa que sempre será submetida ao juízo do Presidente da República<sup>11</sup> –, poderá dar-se a partir do esgotamento dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição<sup>12</sup>.

Importa, portanto, saber quando se configura o esgotamento. A própria Lei Complementar nº 97, de 1999, o explica em seu art. 15, § 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.”<sup>13</sup>

<sup>9</sup> “Este preceito autoriza claramente que as Forças Armadas sejam empregadas no âmbito interno, não só para garantir os poderes constitucionais quando ameaçados, como também para restabelecer a ordem, ainda quando não houver ameaça para os poderes constituídos. Permite, portanto, que as Forças Armadas sejam utilizadas em missão de polícia, se necessário.” (FERREIRA FILHO, 1990-1994, p. 78).

<sup>10</sup> O art. 144 da Constituição se refere à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal, à Polícia Ferroviária Federal, às Polícias Civis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais como “órgãos”. Por sua vez, o § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, a eles se refere como “instrumentos”. Nesta exposição, utilizar-se-á, preferencialmente, a fórmula genérica “órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública”.

<sup>11</sup> § 1º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

<sup>12</sup> § 2º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

<sup>13</sup> § 3º acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004.

Aí estão os princípios fundamentais que norteiam o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem:

- (1) a bem da autonomia federativa, como pressuposto elementar do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, o esgotamento há de ser formalmente reconhecido pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”, vale afirmar: (a) o Presidente da República, relativamente à Polícia Federal, à Polícia Rodoviária Federal e à Polícia Ferroviária Federal; e (b) os Governadores dos Estados, relativamente às Polícias Civis estaduais, às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros Militares estaduais;
- (2) as Forças Armadas atuam, *in casu*, subsidiariamente, ou seja, somente após “esgotados” os órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública, relacionados no art. 144 da Constituição;
- (3) o esgotamento se configura quando os órgãos ou instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição são (ou se tornam) inexistentes, indisponíveis ou insuficientes.

### 3. Papel subsidiário das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem

O princípio da subsidiariedade pode ser tido como inerente às relações democráticas. Dele decorre que um ente “maior” somente interfere nas coisas de um ente “menor” se e quando esse não consegue desempenhar uma dada tarefa sua.

É interessante observar que a Constituição segue essa lógica em diversos aspectos, mormente no que toca à organização federativa. Isso é bastante claro, por exemplo, na organização da educação<sup>14</sup>.

Em matéria de segurança pública, o princípio da subsidiariedade exerce influxo

<sup>14</sup> §§ do art. 211 da Constituição.

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<sup>15</sup>. 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 esgotada 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.

Em caso extremo, de falência dos órgãos ou instrumentos estaduais destinados à preservação da segurança pública – falência essa não reconhecida pelo respectivo Governador de Estado –, ter-se-á, então, caso de intervenção federal, com eventual emprego das Forças Armadas, inclusive na garantia da lei e da ordem.

Ademais, não se pode desprezar a hipótese de o Governador do Estado não determinar a ação dos órgãos ou instrumentos destinados à preservação da segurança

<sup>15</sup> “Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é da competência primária das *forças de segurança pública*, que compreendem a polícia federal e as polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal.” (SILVA, 2002, p. 748, grifo do autor).

pública, ou não mobilizá-los em quantidade suficiente para produzir os efeitos necessários para debelar a ameaça à lei e à ordem a que se deva fazer frente. Nestas circunstâncias, o pronto emprego das Forças Armadas fica desde logo autorizado, conforme já deixou assente o Supremo Tribunal Federal<sup>16</sup>.

#### *4. Gradação do princípio da subsidiariedade*

Há evidente graduação entre os critérios da subsidiariedade aplicáveis à espécie: inexistência, indisponibilidade e insuficiência.

São inexistentes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública quando, simplesmente, eles são ausentes ou não existem em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional. Exemplo evidente é a fronteira brasileira na Região Norte, em que a presença do Estado brasileiro se dá, basicamente, por meio de unidades militares de fronteira<sup>17</sup>.

Indisponível é a qualidade do que existe, mas com que não se pode contar. São indisponíveis os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma

<sup>16</sup> Brasil (2000), de que se extrai o seguinte excerto: “(...) O emprego das Forças Armadas ‘... é da responsabilidade do Presidente da República’ (LC 97/99, art. 15). Quando a questão disser com a ‘garantia da lei e da ordem’, o emprego das Forças Armadas dar-se-á ‘... após esgotados os instrumentos ... relacionados no art. 144 da Constituição Federal’ (LC 97/99, art. 15, § 2º). A Lei Complementar se refere aos órgãos de segurança pública (Polícias Federal, Rodoviária Federal, Ferroviária Federal, Civil Estadual, Militar Estadual e Corpo de Bombeiros). Ter-se-á como esgotados esses instrumentos, tanto quando a autoridade não determinar a sua utilização, como quando a sua utilização não tiver produzido efeitos. (...)”.

<sup>17</sup> Com efeito, a Lei Complementar nº 97, de 1999, em seu art. 17-A, inciso IV, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, dispõe que “cabe ao Exército atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, contra delitos transfronteiros e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo”.

determinada região do território nacional quando, por exemplo, eles existem, porém, encontram-se em estado de greve. Esse estado de coisas já se deu na história brasileira recente. Algumas polícias militares estaduais decretaram greve, mas a segurança pública foi garantida – legalmente – com o emprego das Forças Armadas.

Insuficiente é a qualidade do que existe e está disponível, mas sem capacidade de desempenhar a contento – suficientemente – a sua finalidade. Há, aqui, um juízo de valor quantitativo e qualitativo (e, portanto, de oportunidade e conveniência). Nos dois primeiros casos (inexistência e indisponibilidade), o juízo é meramente quantitativo. Neste terceiro caso, não: o juízo também é qualitativo, porque é preciso determinar a medida e a qualidade da insuficiência, vale afirmar, a partir de que nível e de que tipo de insuficiência se tem o esgotamento. Esse juízo é privativo do Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”. São insuficientes os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública em um determinado momento e em uma determinada região do território nacional quando eles existem e estão disponíveis, porém não se mostram capazes de preservar – a contento – a segurança pública. É o que se dá, por exemplo (ao menos teoricamente), em áreas urbanas com “bolsões” conflagrados, isto é, com porções territoriais em que os órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública não se fazem efetivos.

Nesse contexto, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem – em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública – não caracteriza um emprego excepcional delas. Isso porque não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade.

Enfim, as Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia. Ora, dado que os órgãos ou instrumentos a que se refere o art. 144 da Constituição possuem poder de polícia e são “forças auxiliares e reserva do Exército”<sup>18</sup>, é evidente que o Exército, em particular, e as Forças Armadas, em geral, também possuem igual poder de polícia<sup>19</sup>.

### *5. Procedimento de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*

O primeiro passo é o reconhecimento do esgotamento pelo Chefe do Poder Executivo da respectiva esfera federada a que se vincula o órgão ou instrumento “esgotado”<sup>20</sup>.

A seguir, o Chefe do Poder Executivo interessado solicita, formalmente, ao Presidente da República, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

Então, o Presidente da República decidirá sobre o emprego ou não das Forças Armadas<sup>21</sup>.

Em havendo decisão do Presidente da República no sentido de empregar as Forças Armadas, ele encaminhará mensagem ao Ministro de Estado da Defesa para ativar os órgãos operacionais daquelas<sup>22</sup>, “que desenvolverão, de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo

<sup>18</sup> § 6º do art. 144 da Constituição.

<sup>19</sup> Portanto, é meramente declaratório o art. 6º da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, quando assegura poder de polícia ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República na “segurança pessoal do Chefe de Estado, do Vice-Presidente da República e respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República, e de outras autoridades ou personalidades quando determinado pelo Presidente da República, bem como pela segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente e Vice-Presidente da República”.

<sup>20</sup> § 3º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

<sup>21</sup> Inciso XIII do art. 84 da Constituição combinado com o art. 15, § 1º, da Lei Complementar nº 97, de 1999.

<sup>22</sup> Caput do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

limitado, as ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações na garantia da lei e da ordem”<sup>23</sup>.

Se acaso houver meios disponíveis – con quanto insuficientes – da respectiva polícia cujo esgotamento foi reconhecido, o emprego das Forças Armadas pressupõe a transferência “do controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações” (em regra, um militar das Forças Armadas), que deverá constituir um centro de coordenação de operações<sup>24</sup>. Essa determinação legal é natural e coerente com a natureza das polícias militares e corpos de bombeiros militares estaduais: são “forças auxiliares e reserva do Exército”<sup>25</sup>.

A legislação esclarece o que seja controle operacional: “poder conferido à autoridade encarregada das operações, para atribuir e coordenar missões ou tarefas específicas a serem desempenhadas por efetivos dos órgãos de segurança pública, obedecidas as suas competências constitucionais ou legais”<sup>26</sup>.

Importa anotar que o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem é atividade militar para o fim de aplicação do Código Penal Militar em tempo de paz relativamente aos crimes militares praticados “por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil”<sup>27</sup>.

<sup>23</sup> § 4º art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 5º do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.

<sup>24</sup> § 5º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004, combinado com o *caput* do art. 4º do Decreto nº 3.897, de 2001.

<sup>25</sup> § 6º do art. 144 da Constituição.

<sup>26</sup> § 6º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de 2004.

<sup>27</sup> § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999, acrescentado pela Lei Complementar nº 117, de

Enfim, vale destacar que o emprego das Forças Armadas também pode-se dar em atendimento de solicitação de qualquer um dos poderes constitucionais, federais e estaduais (na garantia desses), hipótese em que a solicitação deve ser feita por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados<sup>28</sup>. Aqui, o emprego pode ocorrer independentemente da declaração de esgotamento das forças policiais estaduais por parte do Governador do Estado. É o que se dá, por exemplo, no âmbito eleitoral<sup>29</sup>. No limite, poderá haver, inclusive, decretação de intervenção federal.

## 6. Abate de aeronaves hostis

Hipótese de emprego das Forças Armadas que merece menção e análise específicas é a do abate de aeronaves hostis.

Tem-se, aqui, hipótese de defesa da Pátria em tempo de paz. Portanto, não se trata, *stricto sensu*, de emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, mas, sim, de emprego delas na sua missão primeira, a defesa da Pátria<sup>30</sup>, ainda que a hipótese tenha influxo salutar à garantia da

2004, combinado com o art. 9º, inciso II, alínea “c”, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

<sup>28</sup> § 1º, *in fine*, do art. 15 da Lei Complementar nº 97, de 1999.

<sup>29</sup> Inciso XIV do art. 23 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Neste sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “(...) A decisão sobre o emprego das Forças Armadas, em qualquer ponto do território nacional, é da competência do Presidente da República, como seu comandante supremo (CF, art. 84, XIII). Tal decisão não se submete ao juízo de outras autoridades, inclusive as dos Estados Federados. Aliás, é o que se passa na Justiça Eleitoral. É da competência do Tribunal Superior Eleitoral ‘requisitar 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’ (Código Eleitoral, art. 23, XIV). A decisão sobre a requisição compete ao TSE, sem consulta necessária às autoridades estaduais. É esse o modelo brasileiro.” (BRASIL, 2000).

<sup>30</sup> *Caput* do art. 142 da Constituição.

lei e da ordem, mormente no que toca à repressão do tráfico ilícito de entorpecentes.

O tiro de abate foi permitido pela Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998, que incluiu a hipótese de destruição de aeronave hostil no Código Brasileiro de Aeronáutica:

“Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do *caput* deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.”<sup>31</sup>

A sua regulamentação veio após seis anos de longa e bem conduzida negociação no plano diplomático, para que o país não sofresse nenhum tipo de embargo ou restrição eventualmente decorrente de uma má compreensão da medida por parte de personagens da comunidade internacional<sup>32</sup>.

Não há nenhuma inconstitucionalidade na medida. Não configura uma pena de morte. Configura, isso, sim, reação própria à defesa da Pátria, ameaçada pela invasão do respectivo espaço aéreo. Ademais, o tiro de abate é a última medida após longo e exaustivo rol de medidas coercitivas de averiguação (tentativa de contato<sup>33</sup>), intervenção (modificação de rota e pouso coercitivos<sup>34</sup>) e persuasão (tiro de aviso, com munição traçante<sup>35</sup>). Dá-se como última e excepcional medida – cercada de diversas cautelas<sup>36</sup> – como reação contra quem, deliberadamente, se coloca à margem do Direito brasileiro.

A consequência prática mais importante da regulamentação do tiro de abate é o seu efeito dissuasório. Reportagem de título “Sistema identifica tráfego aéreo desconhecido”, da Folha de São Paulo, do dia

<sup>31</sup> § 2º do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica, acrescido pela Lei nº 9.614, de 1998.

<sup>32</sup> Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004.

<sup>33</sup> § 1º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

<sup>34</sup> § 2º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

<sup>35</sup> § 3º do art. 3º do Decreto nº 5.144, de 2004.

<sup>36</sup> Art. 6º do Decreto nº 5.144, de 2004.

13 de junho de 2005, informava que, desde a regulamentação do tiro de abate, a Força Aérea Brasileira não precisou disparar nem sequer tiro de aviso. Ao que consta, o tráfico ilícito de entorpecentes passou a contornar o espaço aéreo nacional.

Enfim, ações militares para a defesa da Pátria não se dão somente após a declaração de guerra. A defesa da Pátria pode e deve-se dar de pronto contra ações hostis iminentes ou atuais, sejam elas perpetradas por outros Estados ou por organizações criminosas. Entre elas está o tiro de abate, haja ou não iminência de guerra. O importante, *in casu*, é permitir que a Pátria possa resguardar – a si e aos seus – com efetividade. Daí a legitimidade constitucional do tiro de abate.

## 7. Conclusão: papel atual das Forças Armadas

Seguindo a tendência natural das democracias contemporâneas, as Forças Armadas brasileiras exercem papel essencialmente de defesa. Portanto, importa dotá-las de meios dissuasórios mí nimos. É a esse propósito que o Governo brasileiro de há muito cogita a compra de caças de interceptação, a construção de submarino com propulsão nuclear, etc.

Porém, além da defesa da Pátria, às Forças Armadas também cabe a defesa da própria ordem democrática (“garantia dos poderes constitucionais”) e a garantia da lei e da ordem.

Assim, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem em caso de esgotamento dos órgãos ou instrumentos de preservação da segurança pública possui, como visto, sólido e explícito fundamento constitucional. Não se trata de um uso excepcional. Não requer decretação de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, muito menos declaração de guerra. Ao contrário, trata-se de emprego ordinário, conquanto esteja condicionado ao princípio da subsidiariedade.

dade. As Forças Armadas possuem, por sua própria natureza, poder de polícia.

Não se diga que as Forças Armadas não são aptas ao policiamento ordinário e ostensivo. Isso porque é a própria Constituição que confia às Forças Armadas – ainda que subsidiariamente – a garantia da lei e da ordem. Assim, elas também devem estar preparadas para essa missão que a Constituição lhes confia. De fato, o Exército Brasileiro, por exemplo, mantém toda uma Brigada dotada de adestramento e equipamentos específicos à garantia da lei e da ordem (11ª Brigada de Infantaria Leve – Garantia da Lei e da Ordem, sediada em Campinas-SP<sup>37</sup>). Ademais, as Forças Armadas brasileiras conduzem, com reconhecido sucesso, missões de paz no exterior que, não raro, implicam ações típicas de garantia da lei e da ordem. É o caso, por exemplo, da Missão das Nações Unidas para Estabilização no Haiti – MINUSTAH.

Excepcional é o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, mormente quando se dê em função de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio (ainda que não necessariamente, como no caso do abate de aeronaves).

Giorgio Agamben (2004, p. 23), partindo de Thomas Hobbes e Carl Schmitt, sustenta que “soberano” é aquele que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, é aquele que decide sobre o estado de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 19), isto é, a situação em que a norma se aplica desaplicando-se, retirando-se da exceção (AGAMBEN, 2004, p. 25). É o soberano quem define as situações e sujeitos que ficam dentro ou fora do ordenamento. As situações e os sujeitos postos de fora do ordenamento ficam ao abandono da lei (AGAMBEN, 2004, p. 36). Nesse sentido, o estado de natureza hobbesiano sobrevive na pessoa do soberano (AGAMBEN, 2004, p. 41). Fora do ordenamento, o sujeito fica

relegado ao estado de exceção, ao estado de natureza, e não goza da proteção do Direito<sup>38</sup>. Portanto, o estado de exceção – em um Estado Democrático de Direito – deve ser exatamente isso: uma exceção. Os espaços não alcançados pelo Direito devem ser muito poucos, raros. Não se deve banalizar o estado de exceção, sob pena de tudo se tornar possível (AGAMBEN, 2004, p. 44). Do contrário, pode-se resvalar num estado de exceção permanente<sup>39</sup>.

Por outro lado, o emprego subsidiário e episódico das Forças Armadas, no Direito constitucional brasileiro, não se situa no âmbito da exceção, mas, sim, no âmbito da normalidade (e para manter a normalidade).

Robert Dahl (2001, p. 165) menciona como condição para o desenvolvimento do regime democrático que “as forças militares e a Polícia estejam sob pleno controle de funcionários democraticamente eleitos”. Para debelar qualquer risco à democracia, a Costa Rica, em 1950, deu um exemplo extremo: aboliu os militares (DAHL, 2001, p. 165). Porém, essa não parece ser uma solução boa para a grande maioria dos países. Veja-se, por exemplo, o caso do Haiti, que também abriu mão de suas Forças Armadas. No entanto, em 2004, o Presidente Jean Bertrand Aristide ficou indefeso quando foi cercado por milícias armadas. Daí o acerto da lição dos “homens sábios”, lembrada por Maquiavel (1997, p. 92): nada é tão fraco quanto a fama do poder não apoiado nos próprios exércitos.

Vocacionadas, sobretudo, à defesa, as Forças Armadas devem zelar pela defesa da Pátria e das instituições democráticas, bem assim pela garantia da lei e da ordem, sempre que, para tanto, não bastem os órgãos

<sup>38</sup> A argumentação é extrema. Tanto é assim que Agamben (2004, p. 79-81) prossegue explicando que aquele que está fora do ordenamento vive, por isso, uma “vida nua”, passível, inclusive, no limite, de morte, mas sem que isso configure homicídio.

<sup>39</sup> Bruce Ackerman (2004, p. 1045) registra que o Estado de Israel, desde a sua criação, vive sob permanente estado de emergência.

<sup>37</sup> Cf. art. 1º do Decreto nº 5.261, de 3 de novembro de 2004.

ou instrumentos destinados à preservação da segurança pública. Porém, porque são a última reserva de força do Estado, devem ser manejadas para ganhar. Não podem ser desmoralizadas. Logo, o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem deve ser decidido com extrema prudência, para que não haja banalização do recurso e, em especial, para que não seja preciso – em momento imediatamente subseqüente – recorrer a mecanismo excepcional, como a intervenção federal, o estado de defesa ou o estado de sítio.

### Referências

ACKERMAN, Bruce. The emergency constitution. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, n. 8, p. 1029-1091, 1 jun. 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.766/DF. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 18 de setembro de 2000. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 set. 2000.

DAHL, Robert. *Sobre a democracia*. Brasília: UnB, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990-1994. 3 v.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHIAVELLI, Nicollò. *O príncipe*. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônicio Martins Rodrigues. Brasília: UnB, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.