

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.005966-6/RS**

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO  
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL  
ADVOGADO : Luís Henrique Martins dos Anjos  
RECORRIDO : SANDRO DA SILVA RODRIGUES  
ADVOGADO : Arno Winter  
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO DISCIPLINAR MILITAR. NÃO-RECEPÇÃO PELA MAGNA CARTA DO ART. 47 DA LEI 6.880/80. PRECEDENTES.

Consoante recente jurisprudência desta Corte, o artigo 47 da Lei 6.880/80 não foi recepcionado pela Constituição Federal, mostrando-se com ela incompatível, pois quando delegou competência ao regulamento para estabelecer as transgressões disciplinares e respectivas penas privativas de liberdade (prisão e detenção) incidu em manifesta contrariedade ao inciso LXI do artigo 5º da CF.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Oitava Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do recurso em sentido estrito e dar parcial provimento à remessa *ex officio*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 27 de setembro de 2006.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

**RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.005966-6/RS**

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO  
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL  
ADVOGADO : Luís Henrique Martins dos Anjos  
RECORRIDO : SANDRO DA SILVA RODRIGUES  
ADVOGADO : Arno Winter  
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - Cuida-se de remessa *ex officio* e recurso em sentido estrito interposto contra sentença de primeiro grau que, analisando *habeas corpus* impetrado em favor de SANDRO DA SILVA RODRIGUES, concedeu a ordem para afastar punição disciplinar consistente em 8 (oito) dias de prisão, sob os fundamentos da não-recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei 6.880/80 e inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/2002.

## Inteiro Teor (1361698)

Nas razões recursais (fls. 170/85) a União sustenta a validade da sanção disciplinar imposta, eis que o aludido Decreto encontra respaldo na referida Lei, a qual foi recepcionada pela Constituição. Alega também ser a regulamentação das transgressões militares indispensável para assegurar a observância dos princípios da hierarquia e disciplina que regem a organização das forças armadas.

O Impetrante apresentou contra-razões (fls. 189/204).

Oficiando no feito (fls. 220/238) a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da irresignação.

É o relatório.

**Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro**  
**Relator**

### **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.005966-6/RS**

RELATOR : Des. Federal ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO  
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL  
ADVOGADO : Luís Henrique Martins dos Anjos  
RECORRIDO : SANDRO DA SILVA RODRIGUES  
ADVOGADO : Arno Winter  
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

#### **VOTO**

**DES. ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO: - *Ab initio*, tenho que o recurso em sentido estrito não merece ser conhecido, porquanto ausente legitimidade da Advocacia-Geral da União para recorrer contra decisão que concede *habeas corpus*, sendo tal atribuição do Ministério Público Federal. Nesse sentido, foi o entendimento unânime desta Turma no RSE nº 2004.71.02.008512-4 (Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz, julgado em 09.08.2006).**

No que diz respeito ao mérito do *writ*, observa-se que o eminente julgador *a quo*, na bem-lançada sentença monocrática, concedeu a ordem para declarar a invalidade da pena de prisão disciplinar imposta ao Paciente, tendo em conta a inconstitucionalidade do Decreto Presidencial nº 4.346, de 26 de agosto de 2002 (Regulamento Disciplinar do Exército) além da não-recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei nº 6.880/80, nos seguintes termos:

*"O poder regulamentar, ou poder normativo como também é conhecido na doutrina (DI PIETRO, Maria S. Zanella, Direito Administrativo, 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001) é poder-dever conferido aos administradores públicos para fiel execução da lei. Assim, o Constituinte, ciente da impossibilidade de que todas as situações fossem previstas pelo legislador ordinário, atribuiu à Administração Pública o poder regulamentar com o fito de proporcionar exeqüibilidade à lei. No que tange à Administração Federal, o poder regulamentar é atribuição do Presidente da República conforme preceitua o artigo 84, inciso IV: 'Art. 84 - Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução'. O poder regulamentar*

*da Administração Pública, destarte, é originário da Constituição e prescinde de previsão legal, será exercido por meio de decreto que é norma geral e abstrata, porém não é lei em sentido formal. Além disso, e aqui se encontra a sua característica mais importante e pertinente ao deslinde da presente ação, o decreto não deve se afastar dos preceitos da lei que pretende regulamentar. Em outras palavras, não pode criar direitos e obrigações, bem como extingui-los se a lei não o fez. Sua função é garantir a execução da lei. Para tanto, especificará algum procedimento ou fará a previsão de alguma situação que esteja obstando a execução da lei por ser essa omissa. Doutrinariamente essa espécie de regulamento é conhecida como 'regulamento executivo'. Vejamos a lição da eminente jurista DI PIETRO (op. cit, p. 87): '(...) admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento independente ou autônomo. O primeiro complementa a lei ou, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, contém normas 'para fiel execução da lei'; ele não pode estabelecer normas contra legem ou ultra legem. Ele não pode inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medidas punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme artigo 5º, II, da Constituição; ele tem que se limitar a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração. O regulamento autônomo ou independente inova na ordem judicial, porque estabelece normas sobre matéria não disciplinada em lei; ele não completa nem desenvolve nenhuma lei prévia". O mestre Diógenes Gasparini, na obra intitulada 'Direito Administrativo', 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, quando estabelece o conceito de regulamento, não destoa da orientação da professora Di Pietro no sentido de que só há, no direito brasileiro, regulamentos executivos. Vejamos a opinião do autor sobre a matéria. "O ato que se origina do exercício da atribuição regulamentar chama-se regulamento. Pode, em nosso ordenamento, ser definido como o ato administrativo, editado mediante decreto, privativamente pelo Chefe do Poder Executivo, segundo uma relação de compatibilidade com a lei para desenvolvê-la. Por essa definição, vê-se que o Direito Positivo brasileiro só admite o regulamento de execução, isto é, o regulamento destinado à fiel execução de lei, consoante prescreve o inciso IV do artigo 84 da Constituição Federal. Não bastasse isso, diga-se que, nos termos do inciso II do art. 5º da Lei Maior, "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Assim, se o regulamento não é lei no sentido formal, não pode criar direito novo, como os regulamentos autônomos criam.' Os regulamentos estão, portanto, atrelados à lei, limitados por ela. Naturalmente, o que se espera de um Estado onde os Poderes são independentes e harmônicos entre si é que estes Poderes não se sobreponham uns aos outros e não sejam exercidos de forma arbitrária. A fim de que se mantenha um perfeito equilíbrio entre os mesmos é que se estabelecem alguns limites ao exercício dos poderes constitucionais. Podemos apontar, assim, os limites à atribuição regulamentar trazidos pelo insigne mestre GASPARINI (op. cit, p. 116). 'A atribuição regulamentar sofre três ordens de limites que, se inobservados, invalidam-na. São os limites: formais, legais e constitucionais. São formais, por exemplo, os que dizem respeito ao veículo de exteriorização, pois o regulamento, conforme prescrito no artigo 84, IV, da Constituição Federal, há de ser manifestado mediante decreto. A portaria, se utilizada para exteriorizar o regulamento, seria um veículo ilegal. São legais os que se relacionam com extravasamento da atribuição (por regulamento aumentou-se certo prazo fixado em lei). Dispôs-se, por regulamento, mais do que a lei permite. São constitucionais os que se relacionam com as reservas legais (criação de cargos por regulamentos, quando a Constituição da República exige lei). A inobservância desses limites vicia o regulamento, tornando-o ilegal'. In casu, O Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), aprovado pelo Decreto Presidencial nº 4.346/02, encontra seus limites nos preceitos constitucionais do artigo 5º, LXI da Constituição Federal de 1988. (...) A parte final do inciso LXI é de clareza solar e estabelece que tanto os casos de transgressões militares quanto os crimes propriamente militares serão definidos em lei. E quando a Constituição alude à lei refere-se à lei em sentido material (norma geral e abstrata) e formal (emanada do Poder Legislativo). O decreto executivo, como é cediço, não é lei em sentido formal, pois não há, na sua elaboração, contribuição do Poder Legislativo. Portanto, sob o atual regime constitucional, é defeso ao Chefe do Poder Executivo, não obstante exerça a chefia das Forças Armadas com poder para editar regulamentos, definir e prever qualquer espécie de transgressão militar, porquanto matéria afeta à competência da lei. Aí reside o vício de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02. (...) O que a lei fez foi delegar ao chefe do Poder Executivo a tarefa de especificação das contravenções e transgressões disciplinares por meio de decreto. Ocorre que,*

*como já foi referido alhures, o legislador não pode delegar o seu poder de legislar ao Presidente da República, ou a quem quer que seja. Do mesmo modo que o Judiciário não pode delegar o poder de julgar e o Executivo não pode delegar o governo (stricto sensu) do País. A cada um dos poderes cabe exercer suas atribuições plenamente, sob pena de hipertrofia de um deles, com uma conseqüente quebra da harmonia e independência entre os poderes. Nesse diapasão, a norma contida no artigo 47 da Lei 6.880/80, em flagrante contrariedade com os preceitos constitucionais que impedem a delegação de atribuições entre os poderes, salvo em casos excepcionais, por Resolução do Poder Legislativo que conterà os termos e limites da delegação, não sendo compatível com o texto da novel Carta Política, sobretudo com a norma do artigo 5º, LXI, não foi recepcionada pela atual ordem constitucional..."*

Observa-se, assim, que a concessão da ordem restou fundamentada principalmente na inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346, de 2002, que "*tem por finalidade especificar as transgressões e estabelecer normas relativas a punições disciplinares*" no âmbito militar (art. 1º).

A matéria em debate restou enfrentada recentemente pela Oitava Turma desta Corte, nos termos do Acórdão assim ementado:

***PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. UNIÃO. ILEGITIMIDADE RECURSAL. SANÇÃO DISCIPLINAR MILITAR. CF, ART. 142, § 2º. CABIMENTO DO WRIT PARA A ANÁLISE DA LEGALIDADE DA PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. DEFINIÇÃO DAS HIPÓTESES DE PRISÃO E DETENÇÃO DISCIPLINARES. RESERVA LEGAL. CF, ART. 5º, LXI. NÃO-RECEPÇÃO DO ART. 47 DA LEI Nº 6.880/80. ILEGALIDADE DO ART. 24, IV E V, DO DECRETO Nº 4.346/02. 1. A União carece de legitimidade para interpor recurso contra sentença concessiva de ordem de habeas corpus, porquanto, em matéria penal e processual penal, o interesse público é resguardado através da atuação do Ministério Público Federal. Precedentes. 2. As sanções de detenção e prisão disciplinares, por restringirem o direito de locomoção do militar, somente podem ser validamente definidas através de lei stricto sensu (CF, art. 5º, LXI), consistindo a adoção da reserva legal em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição de tais reprimendas. 3. Ao possibilitar a definição dos casos de prisão e detenção disciplinares por transgressão militar através de decreto regulamentar a ser expedido pelo Chefe do Poder Executivo, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 restou revogado pelo novo ordenamento constitucional, pois incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Conseqüentemente, o fato de ter o Presidente da República promulgado o Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército) com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Carta Cidadã viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das referidas penalidades, notadamente os incisos IV e V de seu art. 24. (RSE nº 2004.71.02.008512-4, Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz, julg. em 09.08.2006).***

Do voto proferido pelo ilustre Relator, colhe-se o seguinte trecho:

*"O caso, contudo, não é de declaração de inconstitucionalidade (sujeita ao princípio da reserva de plenário prevista no artigo 97 da CF), tampouco de ilegalidade, das disposições do Decreto nº 4.346/02, senão vejamos. A respeito, conforme já assentou o Pretório Excelso, 'se o ato regulamentar vai além do conteúdo da lei, pratica ilegalidade. Neste caso, não há falar em inconstitucionalidade. Somente na hipótese de não existir lei que preceda o ato regulamentar, é que poderia este ser acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade' (STF, pleno, ADI nº 589/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 18.10.1991). Note-se que, na hipótese, o artigo 47 da Lei nº 6.880/80 conferia expressamente ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar a matéria da forma em que procedida, não se configurando, em decorrência, a pecha de ilegalidade do ato.*

Com efeito, a aludida norma regulamentar foi precedida de lei, na qual houve delegação expressa de competência, de modo que o Decreto não está sujeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade, conforme tem decidido o Supremo Tribunal Federal, v.g.:

*"Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de liminar. Já se firmou a jurisprudência desta Corte no sentido de que não cabe ação direta de inconstitucionalidade com relação a dispositivos de Decreto que regulamenta Lei, porquanto, nesse caso, a questão se coloca no plano da legalidade e não da constitucionalidade..."* (ADIMC - MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA nº 763/SP, Relator Min. Moreira Alves, public. no DJU em 26/02/93, p. 02355).

Aliás, a suposta inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército, já foi submetida a exame do Pretório Excelso, nos autos da ADI nº 3.340, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, sendo que o Plenário do STF, por maioria, não conheceu da ação (julgamento ocorrido em 03/11/2005).

Assim, a matéria a ser examinada resume-se à incompatibilidade material do artigo 47 da Lei 6.880/80 com a Magna Carta, especialmente em relação ao art. 5º, inciso LXI, *verbis*:

*"Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei."*

**Efetivamente, em atenção ao secular princípio de que inexistente pena "sem prévia cominação legal" (*nulla poena sine praevia lege*) também expresso na Constituição de 1988, não se há de admitir em um regime democrático o estabelecimento de penas restritivas de liberdade (prisão ou detenção) sem que tais sanções tenham sido fixadas por lei, aprovada pelo Congresso Nacional.**

Desse modo, não se pode afirmar que o artigo 47 da Lei 6.880/80 foi recepcionado pela Constituição, eis que com ela se mostra incompatível, pois quando delegou competência ao regulamento para "especificar e classificar as contravenções ou transgressões disciplinares", bem como "estabelecer as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares" incidiu em manifesta contrariedade ao apontado inciso LXI do artigo 5º da CF, o qual, como visto, exige que as hipóteses de prisão por transgressão militar sejam definidas em lei.

**Cabe transcrever, por oportuno, outro trecho do voto-condutor do referido precedente (RSE nº 2004.71.02.008512-4, Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz):**

*"Observa-se que o Excelentíssimo Presidente da República, com espeque nos artigos 47 da Lei nº 6.880/80 ("Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares") e 84, IV, da Carta Magna de 1988, editou o Decreto nº 4.346/02, que, dentre outras providências, estabeleceu as punições a serem infligidas aos militares por transgressão disciplinar, entre as*

*quais se incluem as reprimendas de detenção e prisão disciplinares, assim definidas pelo referido decreto presidencial: (...) A Constituição Republicana vigente, entretanto, é expressa ao estatuir que 'ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem expressa e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei' (artigo 5º, LXI). A utilização do plural em definidos deixa claro, a toda evidência, o propósito do legislador constituinte em estabelecer a necessidade de lei delimitando as hipóteses não apenas de crime, mas também de transgressão militar. Outrossim, insta salientar que, conforme vaticina José Afonso da Silva, 'é absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: a lei regulará, a lei disporá, a lei complementar organizará, a lei criará, a lei definirá, etc.' (in Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1997). Não há como prosperar, portanto, no caso dos autos, o argumento que entende a expressão 'definidos em lei' como forma genérica, de maneira a abranger outros instrumentos legiferantes. Nessa exata linha de conta, Eliezer Pereira Martins (in Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade. São Paulo: Editora de Direito, 1996, p. 86) leciona que se 'pode (...) cometer o equívoco de entender que quando o legislador constitucional pede uma lei para integrar a eficácia da norma contida na Constituição, está na realidade referindo-se à lei 'lato sensu' (medidas provisórias, decretos, portarias, etc.). Tal interpretação, contudo, em sendo feita de modo genérico, como mostraremos, é rematado erro hermenêutico, já que no universo das disposições restritivas da liberdade individual, a lei a que se refere o legislador é sempre o ato que tenha obedecido o processo legislativo como elemento de garantia do princípio da legalidade e mais exatamente da reserva legal. Ora, é cristalino que decreto não é lei. Na melhor doutrina, aquele é instrumento de regulamentação nos estritos limites da lei que o ensejou'. Ora, é inegável que as sanções em apreço, na forma em que conceituadas, estão a restringir o direito de locomoção do militar e, como tal, somente poderiam ser validamente impingidas acaso definidas em lei stricto sensu, consistindo-se a adoção da reserva legal, pois, em uma garantia para o castrense, na medida que impede o abuso e o arbítrio da Administração Pública na imposição da sanção..."*

**Nesse contexto, em nosso entendimento seria hipótese de submeter a matéria ao exame do Tribunal, na forma do artigo 97 da Carta Política, a fim de ser declarada a inconstitucionalidade do guerreado art. 47 da Lei nº 6.880/80.**

Todavia, na sessão da Corte Especial do dia 25/05/2006 (Relatora, Des<sup>a</sup>. Sílvia Goraieb) este Regional decidiu, por maioria, não conhecer da argüição de inconstitucionalidade do dispositivo legal editado anteriormente à vigência da CF atual.

Por ocasião daquele julgamento, proferimos voto-divergente sustentando, com base em lições doutrinárias e recente orientação do STF (voto proferido pelo nobre Ministro Gilmar Ferreira Mendes, na Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5/PA, Pleno, DJU de 06.08.04) que a análise da compatibilidade entre as normas, mesmo que sejam elas pré-constitucionais, não é matéria a ser resolvida por simples técnica de eliminação de antinomia, mas trata-se de questão efetivamente sujeita ao controle jurisdicional de constitucionalidade, nos moldes aplicáveis à legislação posterior.

Entretanto, a tese restou vencida, entendendo a expressiva maioria desta Corte que "*a incompatibilidade com a Lei Maior deve ser resolvida no plano da revogação*".

Inteiro Teor (1361698)

No mesmo sentido, como visto, foi o julgamento pela 8ª Turma do RSE nº 2004.71.02.008512-4 (Relator Des. Paulo Afonso Brum Vaz, 09/08/06).

Diante disso, ressalvo o posicionamento pessoal e confirmo a ordem de *habeas corpus* concedida, embora por fundamentos diversos.

Com essas considerações, não conheço do recurso, dou parcial provimento à remessa *ex officio* para afastar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02, reconhecendo contudo a não-recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei 6.880/80 e declaro a invalidade da pena de prisão disciplinar aplicada ao paciente SANDRO DA SILVA RODRIGUES.

Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro  
Relator