

54



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre

Ante o exposto, **DEFIRO a medida liminar requerida**, com base no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988, a fim de que não seja cumprida a penalidade de 03 (três) dias de prisão disciplinar, aplicada a JADIR DE ORNELAS DE ARAÚJO, nos autos do Processo n. 002, de 13 de janeiro de 2009 e também para que seja excluída a penalidade acima dos seus assentamentos militares e ficha disciplinar.

Expeça-se alvará de soltura.

Intimem-se.

Solicitem-se informações à autoridade impetrada.

Com a juntada, dê-se vista ao Ministério Público Federal e, após, voltem os autos conclusos.

Porto Alegre, 18 de fevereiro de 2009.

Ricardo Humberto Silva Borne
Juiz Federal Substituto



52

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre

HABEAS CORPUS Nº 2009.71.00.004836-3/RS
IMPETRANTE : VILMAR QUIZZEPI DA SILVA
ADVOGADO : VILMAR QUIZZEPI DA SILVA
PACIENTE : JADIR DE ORNELAS DE ARAÚJO
ADVOGADO : VILMAR QUIZZEPI DA SILVA
IMPETRADO : COMANDANTE DO 3º BATALHÃO DE
COMUNICAÇÕES - 3º B COM

DECISÃO (LIMINAR/ANTECIPAÇÃO DA TUTELA)

Analisando os documentos acostados pela defesa, verifico que foi aplicada ao paciente a punição de 03 (três) dias de prisão disciplinar, por infringir, em tese, o disposto art. 28, inc. XVII, da Lei n. 6880/80, Estatuto dos Militares. A punição fundamentou-se no item 9 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), aprovado pelo Decreto n. 4.346/02.

O cumprimento da penalidade (fl. 45) foi solicitada ao Comandante do 3º Batalhão de Comunicações, autoridade impetrada, com base no art. 40, § 4º, do mesmo Regulamento Disciplinar.

Passo a analisar a liminar requerida.

No tocante à prisão disciplinar, assim dispõe o artigo 29 do Decreto n. 4346/2002:

"Art. 29. Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal.

§ 1º Os militares de círculos hierárquicos diferentes não poderão ficar presos na mesma dependência.

§ 2º O comandante designará o local de prisão de oficiais, no aquartelamento, e dos militares, nos estacionamentos e marchas.

§ 3º Os presos que já estiverem passíveis de serem licenciados ou excluídos a bem da disciplina, os que estiverem à disposição da justiça e os condenados pela Justiça Militar deverão ficar em prisão separada dos demais presos disciplinares.

§ 4º Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicar a punição disciplinar, o oficial ou aspirante-a-oficial pode ter sua residência como local de cumprimento da punição, quando a prisão disciplinar não for superior a quarenta e oito horas.

§ 5º Quando a OM não dispuser de instalações apropriadas, cabe à autoridade que aplicar a punição solicitar ao escalão superior local para servir de prisão."





Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre

Deste modo, a prisão disciplinar é uma punição que afeta a liberdade de locomoção do paciente, motivo pelo qual pode ser analisada em sede de *Habeas Corpus*.

Sem analisar o mérito da punição aplicada, verifico que, conforme dispõe o artigo 5º, LXI, da Magna Carta "*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*". (Grifei)

À luz da disposição constitucional acima transcrita, tem-se que, para que alguém possa ser preso por infração militar ou por crime dessa natureza, a infração ou o crime devem estar previstos em lei e não em regulamentos, decretos ou outros atos executivos de cunho normativo.

Sobre o tema assim ensina o doutrinador José Afonso da Silva:

"a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica, em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69).

(...)

E a seguinte lição de Crisafulli situa devidamente a questão:

'tem-se, pois, reserva de lei quando uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (...) subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas' (in "Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. Malheiros, 1999, págs. 422/423; grifo não constante no original).

Deste modo, aos indivíduos que, de alguma forma, incorrerem em transgressão militar poderá ser imputada a sanção consistente em prisão (aqui incluído a detenção disciplinar, que também afeta a liberdade de locomoção), desde que prevista em lei, em sentido estrito.

No presente caso, aplicou-se ao paciente a pena consistente em 03 (três) dias de prisão disciplinar.

Todavia, conforme acima exposto, esta punição afronta o texto constitucional, na medida em que a conduta infracional está prevista, tão-somente, no Decreto n. 4.346, de 26/08/02, editado pelo então Presidente da República.





53

Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre

É inegável que, conforme disposto no artigo 84, inciso IV, da Constituição Federal, é de competência privativa do Presidente da República, "sancionar, promulgar e fazer publicar leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução".

Entretanto, o poder regulamentar desse encontra restrições. Conforme José Afonso da Silva:

"consiste num poder administrativo no exercício de função normativa subordinada, qualquer que seja o seu objeto. Significa dizer que se trata de poder limitado. Não é poder legislativo; não pode, pois, criar normatividade que inove a ordem jurídica. Seus limites naturais situam-se no âmbito da competência executiva e administrativa, onde se insere. Ultrapassar esses limites importa em abuso de poder, em usurpação de competência, tornando-se irrito o regulamento dele proveniente" (ob. cit., pp. 426/427).

Conforme acima já exposto, a prisão disciplinar consiste em restrição à liberdade de locomoção do militar e, como tal, só poderia ser aplicada caso a transgressão disciplinar que lhe deu causa estivesse prevista em lei, *strictu sensu*.

Nessa feita, o Presidente da República, ao editar, no ano de 2002, o RDE, com disposições acerca de infrações disciplinares e penas de detenção e prisão, fez tábula rasa ao mandamento constitucional (art. 5º, LXI), abusando do poder regulamentar que lhe foi atribuído.

De outro vértice, reconhecida a inconstitucionalidade do Decreto telado, exsurge a questão atinente à repristinação do Decreto anterior, no caso o de n. 90.608/84. É que a declaração de inconstitucionalidade de um texto normativo tem como efeito reflexo a repristinação da norma anterior.

Do ponto de vista material, deve-se admitir que o Decreto n. 90.608/84 foi recebido pela nova ordem constitucional, uma vez que essa manteve a possibilidade de ser aplicada a pena de prisão ao militar que incorrer em transgressão disciplinar.

No que tange ao âmbito formal, detectada a compatibilidade material, a recepção do texto normativo se dá automaticamente, com a ressalva de que quaisquer alterações na matéria só poderão ser levadas a efeito através da forma prevista na nova Magna Carta.





Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL
Seção Judiciária do Rio Grande do Sul
2ª Vara Federal Criminal de Porto Alegre

Sem embargo, é preciso ter em conta o disposto no artigo 25, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que determinou que "ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a: I - ação normativa". Daí decorre que, não tendo havido prorrogação, através de lei, dos dispositivos normativos constantes do Decreto n. 90.608/84, esse também carece de aplicabilidade.

Nesta linha a ementa a seguir transcrita:

"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 N. 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 que incompatível com o disposto no art. 5º, LXI. Conseqüentemente, o fato de o Presidente da República ter 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. Inocorrência de repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84 (ADCT, art. 25)."

(RSE n. 200471020085124, de 09/08/2006, TRF da 4ª Região, 8ª Turma, Desembargador Relator Paulo Afonso Brum, DJU 23/08/2006, p. 1397).

De qualquer sorte, a sanção imposta ao paciente - três dias de prisão disciplinar - o foi com base no Decreto n. 4.346/02, circunstância que por si só revela a inconstitucionalidade da punição.

