

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.008512-4/RS

RELATOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
RECORRIDO : JOSE GILVAM FLOR
ADVOGADO : Paulo Cesar Garcia Rosado
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

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 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).

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não-conhecer do recurso da União e, por maioria, vencido o Juiz Federal Marcelo Malucelli, dar parcial provimento à remessa *ex officio*, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de agosto de 2006.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
Relator

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.008512-4/RS

RELATOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ

Inteiro Teor (1246912)

RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
RECORRIDO : JOSE GILVAM FLOR
ADVOGADO : Paulo Cesar Garcia Rosado
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus* que Paulo César Garcia Rosado impetra em favor de José Gilvam Flor contra ato do Comandante do 19º Grupo de Artilharia de Campanha objetivando a concessão de salvo-conduto ao paciente, a fim de impedir que a indigitada autoridade coatora aplique-lhe duas penas de prisão em decorrência de supostas transgressões disciplinares.

Segundo consta do *writ*, a sindicância instaurada em âmbito castrense contra José Gilvam Flores concluiu pelo cometimento, por parte dele, das seguintes infrações militares (fls. 196/208):

"(...) 2. Houve transgressão disciplinar por parte do 1º Ten. Gilvam, prevista no Nº 9 e 17 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), quando procurou o 3º Sgt. Bolzan, em sua residência, fora do horário de expediente, a fim de fazer questionamento sobre a administração e pessoal da Bateria de Comando, não procurando o Comandante desta Subunidade, deixando de cumprir, sem justo motivo, determinação do Comando do 19º GAC;

3. Houve transgressão disciplinar por parte do 1º Ten. Gilvam, prevista no Nº 78 do Anexo I, do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), quando entrou na sala dos tenentes, da Bateria de Comando, sem a devida permissão do Comandante da Subunidade, existindo determinações para este procedimento;

4. Houve transgressão disciplinar por parte do 1º Ten. Gilvam, prevista no Nº 3 e 100 do Anexo I do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), quando em sua oitiva procurou desacreditar o 3º Sgt. Bolzan, atribuindo-lhe a autoria de fatos não ocorridos, empenhando-se em fazer declarações infundadas, com a notória intenção de desviar a verdade sobre os fatos, afirmando ter ido à residência do 3º Sgt. Bolzan interessado em objetos à venda, quando, na realidade, as peças destes autos atestam que o 1º Ten. Gilvam levantou os questionamentos citados na parte que deu origem a esta sindicância. (...)"

A autoridade impetrada, então, acolhendo tais conclusões, determinou a emissão de Formulários de Apuração de Transgressão Disciplinar (um para cada fato apurado), ao término dos quais, em decorrência das transgressões anteriormente referidas, restaram infligidas ao paciente as penalidades, respectivamente, de 06 dias de prisão, repreensão e 04 dias de prisão.

Argumenta o impetrante, preliminarmente, que a definição das hipóteses de crimes e transgressões disciplinares consiste em matéria de reserva legal, nos moldes do artigo 5º, LXI, da Carta Magna, padecendo, pois, de vício de inconstitucionalidade o Decreto nº 4.346/02. No mérito, aduz a ilegalidade da atuação da autoridade coatora no curso do processo administrativo, pois que obstado o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Regularmente processado o *writ*, sobreveio sentença de concessão da ordem, tendo o magistrado *a quo* acolhido a preliminar de inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02 e, conseqüentemente, tornado sem efeito a punição disciplinar aplicada ao paciente (fls. 679/684).

Inconformada com o *decisum*, a União interpôs o recurso em sentido estrito das fls. 685/698, nas razões do qual alega ser *"incabível qualquer menção atinente à inconstitucionalidade das transgressões disciplinares previstas no Decreto nº 4.346/02 por violação ao princípio da reserva legal, porquanto a Lei nº 6.880/80,*

Inteiro Teor (1246912)

respaldada pela Constituição, expressamente conferiu ao Presidente da República o poder de especificar as condutas que, no seu entender, contrariam os princípios da hierarquia e disciplina, indispensáveis ao bom funcionamento das Forças Armadas".

O paciente, em contra-razões, pugna seja improvido o recurso (fls. 701/705).

Mantida a r. decisão por seus próprios fundamentos (fl. 706), o *mandamus* foi remetido a esta Corte (fl. 708).

A douta representante da Procuradoria Regional da República manifestou-se pelo provimento da inconformidade (fls. 710/715).

É o relatório.

Peço dia para julgamento.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
Relator

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.008512-4/RS

RELATOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
RECORRIDO : JOSE GILVAM FLOR
ADVOGADO : Paulo Cesar Garcia Rosado
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

Inicialmente, cumpre destacar que a jurisprudência orienta-se no sentido de reconhecer a ilegitimidade da União para interpor recurso contra sentença concessiva de ordem de *habeas corpus*, posto que, em matéria penal e processual penal, o interesse público é resguardado através da atuação do Ministério Público Federal. Efetivamente, "*a União não tem legitimidade para recorrer da sentença em 'habeas corpus', processo de natureza penal*" (TRF 1ª Região, 3ª Turma, RCHC nº 199701000259845/AM, Rel. Des. Federal Luciano Tolentino Amaral, DJ 11/10/2001). No mesmo sentido, ao apreciar o RCCR nº 2004.71.03.002019-9/RS (DJU 13.07.2005), já se pronunciou esta Turma Julgadora.

Dessarte, não merece ser conhecido o recurso em sentido estrito interposto pela União. No entanto, ainda assim, em razão da remessa *ex officio* prevista no artigo 574 do diploma processual penal, passar-se-á à análise do mérito do *writ*.

Consoante estatui o artigo 5º, LXVIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, "*conceder-se-á 'habeas corpus' sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder*". Restringindo o cabimento da angusta via, por sua vez, a Carta Magna, em seu artigo 142, § 2º, prescreve que "*não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares*".

Entrementes, procedendo ao escólio deste último dispositivo constitucional, os Tribunais pátrios são remansosos no sentido de que a limitação pelo mesmo imposta não deve ser levada a extremos, sendo possível o exame dos pressupostos de legalidade dos atos administrativos. Cabível, então, o *writ* sempre que a discussão, como ocorre na hipótese, recaia sobre as formalidades essenciais do ato, sem invasão do seu

conteúdo, cujos critérios de conveniência e oportunidade do administrador não poderão ser substituídos pelo Judiciário. Com efeito, *"não há que se falar em violação ao art. 142, § 2º, da CF, se a concessão de 'habeas corpus', impetrado contra punição disciplinar militar, volta-se tão-somente para os pressupostos de sua legalidade, excluindo a apreciação de questões referentes ao mérito"* (STF, 2ª Turma, RE nº 338840/RS, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, DJ 12/09/2003).

Pois bem. Avançando na discussão da controvérsia dos autos, 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 (*"Compete privativamente ao Presidente da República ... sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução"*) 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:

"Art. 28. Detenção disciplinar é o cerceamento da liberdade do punido disciplinarmente, o qual deve permanecer no alojamento da subunidade a que pertencer ou em local que lhe for determinado pela autoridade que aplicar a punição disciplinar."

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

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-se 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.

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 acimado 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.

Poder-se-ia, então, cogitar, *in casu*, de inconstitucionalidade do referido preceptivo da Lei nº 6.880/80. Porém, como é cediço, o vício de inconstitucionalidade pressupõe a edição, posterior ao advento de uma nova ordem constitucional, de uma norma legal que a contrarie. Em sendo o ordenamento jurídico infraconstitucional preexistente à novel Constituição, a validade dos preceitos daquele deve ser aferida sob o prisma de sua recepção (se compatível) ou não (se colidente) pelo novo mandamento constitucional instituído. Realmente, "*a lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispendo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face à Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária*" (STF, pleno, ADI nº 02/DF, Rel. Ministro Paulo Brossard, DJU 21.11.1997). O mesmo entendimento, inclusive, já manifestou a Corte Especial deste Regional, na sessão que se realizou em 25.05.2006, ao apreciar a Arguição de Inconstitucionalidade na AMS nº 2001.70.03.000730-1/PR (Rel.^a Des.^a Sílvia Goraieb).

De tal forma, em verdade, operou-se, na hipótese, a revogação, quando da entrada em vigor da Constituição Cidadã, do artigo 47 da Lei nº 6.880/80, porquanto, ao possibilitar a definição dos casos de prisão (e detenção) disciplinar por transgressão militar através de decreto regulamentar, não restou ele recepcionado pelo novo ordenamento constitucional, pois que incompatível com o disposto em seu artigo 5º, LXI. Conseqüentemente, o fato de o Presidente da República ter promulgado o mencionado édito com fundamento em norma legal não-recepcionada pela Magna Carta viciou o plano da validade de toda e qualquer disposição regulamentar contida no mesmo pertinente à aplicação das penalidades de detenção e prisão disciplinares (a saber: incisos IV e V do artigo 24).

Por derradeiro, tampouco há falar, na matéria, em repristinação dos preceitos do Decreto nº 90.604/84, uma vez que, a teor do artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foram expressamente "*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*".

Assim sendo, voto por: a) não-conhecer do recurso em sentido estrito manejado pela União; e b) dar parcial provimento à remessa *ex officio* para, afastando a inconstitucionalidade Decreto nº 4.346/02, reconhecer a não-recepção, pela Carta Magna de 1988, do artigo 47 da Lei nº 6.880/80 e, por conseguinte, a invalidade dos incisos IV e V do artigo 24 do referido decreto presidencial.

Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
Relator

RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.008512-4/RS

RELATOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luis Henrique Martins dos Anjos
RECORRIDO : JOSE GILVAM FLOR
ADVOGADO : Paulo Cesar Garcia Rosado
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VISTA

Pedi vista para melhor apreciar a matéria abordada. Após exame dos autos concluo por divergir do eminente relator.

Entendo que não há falar em inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02 nem de não-receptividade da Lei nº 6.880/80 pela Constituição Federal de 1988.

Consoante esta Corte já decidiu, por meio de sua 7ª Turma, "*As sanções de cunho disciplinar aplicáveis aos servidores públicos militares estão definidas na Lei nº 6.880/80, a qual foi recepcionada pela atual Constituição (art. 5º, inc. LXI), tendo o Decreto nº 4.346/02 tão-somente se limitado a especificá-las*" (RCCR nº 2004.71.03.003370-4/RS, relª. Desª. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère, DJU, ed. 10-08-2005), posicionamento igualmente adotado em julgados de outros Tribunais Regionais Federais, a conferir:

CONSTITUCIONAL. MILITAR. HABEAS CORPUS. TRANSGRESSÃO MILITAR. PENSÃO. LEGALIDADE.

(...) - As sanções previstas para a transgressão disciplinar estão definidas na Lei nº 6.880, a teor do artigo 5º, LXI, da Constituição Federal, limitando-se o Decreto nº 4.346/2002 somente a especificá-las.

- A rigorosa disciplina e observância à hierarquia militar, tuteladas pela própria Constituição Federal, impõem que se aplique o regulamento disciplinar existente, sob pena de se desestruturar o sistema organizacional das Forças Armadas. (RCHC nº 2003.51.09.0011611/RJ, TRF-2ª Região, rel. Des. Federal Paulo do Espírito Santo, DJU, ed. 26-10-2004, p. 153)

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. MILITAR. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. DECRETO Nº 4.346/02. CONSTITUCIONALIDADE.

I - Não é inconstitucional o Decreto 4.346/02 que embasou punição disciplinar aplicada a militar. Precedentes do STF e do STJ.

II - Recurso provido. (REOHC nº 2004.31.000012792, TRF-1ª Região, rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, DJU, ed. 29-04-2005, p. 16)

Do último julgado colhem-se as razões que seguem:

Consoante bem destacado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça em voto proferido pela Ministra Laurita Vaz no Mandado de Segurança nº 9.710 - DF, relativo a tema semelhante, o Decreto nº 4.346/02 não afronta a Constituição Federal nem tampouco a Lei, estando em consonância com nosso ordenamento jurídico, senão vejamos:

Inteiro Teor (1246912)

"Como se sabe, e reconhece o impetrante, a hierarquia e a disciplina são os pilares que sustentam as Forças Armadas (art. 142, da Constituição Federal, c/c art. 14 da Lei nº 6.880/80) cujos integrantes se submetem a regime próprio, distinto dos demais servidores do Estado (art. 3º da Lei nº 6.880/80).

A transgressão disciplinar, que atenta contra as bases da estrutura militar, enseja providências administrativas, de modo a preservar o regular funcionamento da instituição, sempre respeitando a normatização pertinente. Assim, dispõe o Estatuto do Militares, in verbis:

'Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

*§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. **O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.***

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.'

O Regulamento Disciplinar do Exército - Decreto n.º 4.346/2002, por seu turno, estabelece:

*'Art. 1.º O **Regulamento Disciplinar do Exército (R-4)** tem por finalidade especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições disciplinares, comportamento militar das praças, recursos e recompensas.'*

(...)

*'Art. 8.º A **disciplina militar** é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.'*

(...)

*'Art. 10. A **competência para aplicar as punições disciplinares** é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico, sendo competente para aplicá-las:*

I - o Comandante do Exército, a todos aqueles que estiverem sujeitos a este Regulamento; e

II - aos que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção:

a) Chefe do Estado-Maior do Exército, dos órgãos de direção setorial e de assessoramento, comandantes militares de área e demais ocupantes de cargos privativos de oficial-general;'

'Art. 24. Segundo a classificação resultante do julgamento da transgressão, as punições disciplinares a que estão sujeitos os militares são, em ordem de gravidade crescente:

I - a advertência;

I I - o impedimento disciplinar;

*III - a
repreensão;*

*IV - a
detenção
disciplinar;*

*V - a prisão
disciplinar;
e*

Tem-se, portanto, a possibilidade de punição administrativa por transgressões disciplinares, prevista no Estatuto dos Militares, regulamentada pelo Decreto n.º 4.346/2002, com o fim de preservar a hierarquia e a disciplina nas Forças Armadas. Inexiste ofensa à Constituição Federal ou à Lei. A medida constritiva, do ponto de vista formal, está em consonância com o Ordenamento Jurídico pátrio."

Com efeito, entendo perfeitamente aplicáveis à espécie a Lei n.º 6.880/80 e o Decreto n.º 4.346/02.

Nestas condições, voto no sentido de não-conhecer do recurso em sentido estrito interposto pela União, pelas mesmas razões lançadas no voto do eminente relator, e dar provimento à remessa *ex officio* para, afastando o vício apontado na decisão que concedera a ordem no *habeas corpus* impetrado em favor de José Gilvan Flor, determinar que sejam enfrentadas as demais questões suscitadas na ação.

Juiz Federal Marcelo Malucelli

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 2004.71.02.008512-4/RS

RELATOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ
RECORRENTE : UNIÃO FEDERAL
ADVOGADO : Luís Henrique Martins dos Anjos
RECORRIDO : JOSÉ GILVAM FLOR
ADVOGADO : Paulo César Garcia Rosado
INTERESSADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO-VISTA

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 JOSÉ GILVAM FLOR, concedeu a ordem para afastar punição disciplinar consistente em 10 (dez) dias de prisão, sob o fundamento da inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.346, de 26 de agosto de 2002.

Nas razões recursais (fls. 685/98) a União sustenta a validade das sanções impostas, eis que o aludido Decreto encontra respaldo na Lei 6.880/80, a qual foi recepcionada pela Constituição. Alega também ser a regulamentação das transgressões disciplinares indispensável para assegurar a observância dos princípios da hierarquia e disciplina que regem a conduta dos militares.

Oficiando no feito, a douta Procuradoria Regional da República opinou pelo provimento da irresignação (fls. 710/5).

O eminente Relator não conheceu do recurso e deu parcial provimento à remessa de ofício, em síntese, para declarar a não-recepção pela Magna Carta do artigo 47 da Lei n.º 6.880/80 e, por conseguinte a invalidade das penas de prisão e detenção previstas nos incisos IV e V do art. 24 do Decreto Presidencial n.º 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército).

Divergiu o ilustre Juiz Federal Marcelo Malucelli, com amparo em jurisprudência da 7ª Turma deste Regional no sentido de que "as sanções de cunho disciplinar aplicáveis aos servidores públicos militares estão definidas na Lei n.º 6.880/80, a qual foi recepcionada pela atual Constituição (art. 5º, inc. LXI) tendo

o Decreto nº 4.346/02 tão-somente se limitado a especificá-las".

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.

No que diz respeito ao mérito do *writ*, observo que a concessão da ordem restou fundamentada 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).

Tal entendimento foi afastado com acerto pelo nobre Relator, tendo em conta que, *in casu*, 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, trecho da sentença recorrida, nos seguintes termos:

"À luz da disposição constitucional supratranscrita, deduz-se que, para que alguém possa ser preso por infração militar, essa deve estar prevista em lei, não valendo, para tanto, regulamentos, decretos ou demais atos executivos de cunho normativo. Acerca do tema, assim leciona 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, o ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular, elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (...) 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.' (Curso de Direito Constitucional Positivo, Ed. Malheiros, 1999, p. 422/3). Por conseguinte, aos indivíduos que de alguma forma incorrem em transgressão disciplinar militar poderá ser imputada sanção consistente em prisão, desde que prevista por lei, em sentido estrito..." (fl. 682).

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^a. Sílvia Goraieb) este Regional decidiu, por maioria, não conhecer da argüição de inconstitucionalidade de dispositivo legal anterior à vigência da CF atual, sob o fundamento de que *"a incompatibilidade com a Lei Maior deve ser resolvida no plano da revogação"*. Por ocasião daquele julgamento, proferimos voto-divergente nas seguintes letras:

"A jurisprudência majoritária do STF vinha se manifestando no sentido de que o conflito entre norma do direito anterior e a Constituição superveniente, deve ser resolvido aplicando-se a regra para solução de antinomias 'lex posterior derogat priori'. Nada obstante, assiste razão à nobre Des. Maria Lúcia Luz Leiria quando refere que o posicionamento do STF sobre a questão vem dando indicativos de mudança. Peço vênia aos colegas para transcrever excerto do voto proferido na Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental 33-5/Pará, julgada pelo Tribunal Pleno, publicada no DJU de 06.08.04, p. 20, onde o nobre Ministro Gilmar Ferreira Mendes traça um perfil do entendimento do Pretório Excelso sobre a questão do direito pré-constitucional: 'As Constituições brasileiras de 1891 (art. 83), de 1934 (art. 187) e de 1937 (art. 183) estabeleceram cláusulas de recepção, que, tal como as (...) da Constituição de Weimar e da Constituição de Bonn (respectivamente, art. 178, II, e art. 123, I) continham duas disposições: a) assegurava-se, de um lado, a vigência plena do direito pré-constitucional; b) estabelecia-se, de outro, que o direito pré-constitucional incompatível com a nova ordem perdia a vigência desde a entrada em vigor da nova Constituição (João Barbalho, Constituição Federal Brasileira, Comentários, p. 356 ...). O Supremo Tribunal Federal admitiu inicialmente a possibilidade de examinar, no processo do controle abstrato de normas, a questão da derrogação do direito pré-constitucional em virtude da colisão entre a Constituição superveniente e o direito pré-constitucional. Nesse caso, julgava-se improcedente a representação, mas reconhecia-se expressamente a existência da colisão e, portanto, a incompatibilidade entre o direito ordinário pré-constitucional e a nova Constituição (RP nº 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 82/44; Rp nº 969, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 99/544). O Tribunal tratava esse tema como uma questão preliminar, que haveria de ser decidida no processo de controle abstrato de normas. Essa posição foi abandonada, todavia, em favor do entendimento segundo o qual o processo do controle abstrato de normas destina-se, fundamentalmente, à aferição da constitucionalidade de normas pós-constitucionais (Rp nº 946, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RTJ 82/44; Rp nº 969, Rel. Min. Antônio Neder, RTJ 99/544). Dessa forma, eventual colisão entre o direito pré-constitucional e a nova Constituição deveria ser simplesmente resolvida segundo os princípios de direito intertemporal (Rp nº 1.012, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 95/990). Assim, caberia à jurisdição ordinária, tanto quanto ao STF, examinar a vigência do direito pré-constitucional no âmbito do controle incidente de normas, uma vez que, nesse caso, cuidar-se-ia de simples aplicação do princípio 'lex posterior derogat priori', e não de um exame de

constitucionalidade. (...) A Constituição brasileira de 1988 não tratou expressamente da questão relativa à constitucionalidade do direito pré-constitucional. A jurisprudência do STF, que se desenvolveu sob a vigência da Constituição de 1967/1969, tratava dessa colisão com base no princípio lex posterior derogat priori. Já sob o império da nova Constituição, teve o STF oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIN nº 2, da relatoria do eminente Min. Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provada pela clara manifestação de Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada por Paulo Brossard. Em síntese, são os seguintes argumentos expendidos por Brossard: "A idéia nuclear do raciocínio reside na superioridade da lei constitucional em relação às demais leis. A Constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os Poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles. Do legislativo, inclusive. Tendo este a sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas. E, na medida em que as exceder, estará praticando atos não autorizados por ela. Procede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos no mandato. Assim, uma lei é inconstitucional se e quando o legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos. Disse-se que a Constituição é a Lei Maior, ou a Lei Suprema, ou a Lei Fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração. Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição, que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra. O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos à futura (...) por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente. É por essa singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham." (A Constituição e as leis anteriores, Arquivos do Ministério da Justiça 180/125 (126/127), 1992)." Sepúlveda Pertence sustentou, por seu turno, a aplicação do princípio da supremacia da Constituição também à lei pré-constitucional. A seguinte passagem contém uma boa síntese dos argumentos por ele expendidos: "Indaga, a propósito, o eminente relator, com a eloquência que o singulariza, 'como poderia o legislador observar Constituição inexistente ao tempo em que elaborou a lei, como poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas'. 'Mesmo que o legislador fosse vidente', responde S. Exa 'e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais e quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos e termos da Constituição vigente'. Com todas as vênias, não me convenci de que o argumento, de fascinante cintilação retórica, tivesse maior peso jurídico. A inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional. A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (Manual, cit., II/250) quando anota que a inconstitucionalidade não é primitiva ou subseqüente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos.' Atemporal e impessoal, a inconstitucionalidade repele, pois, o que, embora a outro propósito, Calamandrei ('Ilegitimidad constitucional de las leyes, en Estudios, cit., III/89) chamou de 'concepção, por assim dizer, antropomórfica do que, na realidade, é somente um conflito objetivo de normas'. Ao contrário, quando se cuida de inconstitucionalidade superveniente - que advém do cotejo de uma norma editada sob uma ordem constitucional com as normas e princípios de um outro ordenamento, futuro - a declaração da invalidade sucessiva da lei pode até significar o reconhecimento da lealdade do seu autor aos valores constitucionais da sua época. Tanto assim é, já antes se observou, que o mesmo conteúdo normativo da regra legal

fulminada de inconstitucionalidade superveniente poderá seguir regendo os fatos anteriores à nova Lei Fundamental, se assim o determinarem os cânones do direito intertemporal pertinente." (cf. ADIn nº 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 12.02.92; v., também, José Paulo Sepúlveda Pertence, "Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos", in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148 (170), julho-dezembro de 1992)." As teses acima contrapostas contêm bons argumentos, aptos a legitimar qualquer uma das possíveis conclusões. Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado por Sepúlveda Pertence (Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos, in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148 (170)), que o debate sobre a inconstitucionalidade ou revogação do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado. É inegável, todavia, que a aplicação do princípio 'lex posterior derogat priori' na relação lei/Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica densidade normativa (...). Vale registrar, a propósito, o magistério de Ipsen sobre o tema: "As regras de colisão da ordem jurídica não representam juízos lógicos a priori, mas normas que, juntamente com outras regras de interpretação e de aplicação, podem ser designadas como 'direito de aplicação' (...). Sua contingência histórica já foi ressaltada inúmeras vezes. O postulado da 'lex superior' é um fruto do moderno pensamento constitucional, enquanto o princípio da 'lex posterior' é conseqüência do pensamento jurídico racional. (...) A lei posterior pode ser, simultaneamente, uma lei geral, o que permite indagar se a lei especial ou a lei posterior há de ter a primazia. Esses problemas de aplicação do Direito não se deixam solver de forma abstrata (...). Tem-se, assim, que a regra sobre a força derogatória da lex posterior refere-se a uma constelação totalmente diferente daquela pertinente à supremacia do postulado da lex superior. Questão relativa à aplicação da lex prior ou da lex posterior somente pode surgir no caso de normas de idêntica densidade normativa. Se duas leis, para situações idênticas, determinarem conseqüências diversas, estará o aplicador do Direito diante do problema sobre a aplicação da lei 'A' ou da lei 'B', se o conflito não puder ser solvido mediante interpretação (redução teleológica ou extensão). A decisão não fica ao seu alvedrio, devendo, segundo o postulado da 'lex posterior', (...) deixar de aplicar a lei anterior e decidir a questão segundo os parâmetros da lei posterior. Outra é a situação quando se tem um conflito entre lei e Constituição. A Constituição estabelece, freqüentemente - seja nos direitos fundamentais, nos princípios constitucionais ou nas disposições programáticas - apenas assertivas gerais que reclamam concretização para que possam desenvolver eficácia normativa. Se o juiz ou outro aplicador chegar à conclusão de que a lei contraria a Constituição, não poderá ele aplicar, indiscriminadamente, a Constituição em lugar da lei, uma vez que, a despeito de qualquer esforço, dificilmente se logra extrair da Constituição uma regulação positiva sobre situações específicas. (...) Enquanto a regra de colisão relativa à 'lex posterior' pressupõe duas leis contraditórias de idêntica densidade normativa, surge na contradição entre a lei e a Constituição um déficit normativo: a 'lex superior' não logra colmatar diretamente as lacunas surgidas. (...) Pode-se avançar um passo: quando se cuidar de colisão de normas de diferente hierarquia, o princípio da 'lex superior' afasta outras regras de colisão. A utilização de uma ou de outra regra de colisão poderia levar ao absurdo de permitir que a lei ordinária - enquanto lei especial ou posterior - afastasse a incidência da Constituição enquanto lei geral ou 'lex prior' (Ipsen, cit. Pp. 162-164)." Conclusão bastante semelhante foi sustentada por Castro Nunes já nos idos de 1943: "Não contesto que a incompatibilidade se resolve numa revogação, o que resulta da anterioridade da norma. Mas perde-se de vista o outro elemento, a diversidade hierárquica das normas. A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas se a questão está em saber se uma norma pode continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível das normas, chama-se declaração de inconstitucionalidade." (Teoria e Prática do Poder Judiciário, pp. 602/603)." Assim, há de se partir do princípio de que, em caso de colisão de normas de diferente hierarquia, o postulado da 'lex superior' afasta outras regras de colisão (cf. Ipsen, cit., p. 164). Do

contrário chegar-se-ia ao absurdo, destacado por Ipsen, de que a lei ordinária, enquanto lei especial ou 'lex posterior' pudesse afastar a norma constitucional enquanto 'lex generalis' ou 'lex prior' (cf., a propósito, Ipsen, cit., p. 164). Um último argumento - não trazido à baila pelos defensores da tese que equipara, sob o prisma conceitual, a incompatibilidade originária ou superveniente da lei com a Constituição - extrai-se das regras disciplinadoras do recurso extraordinário no Direito Brasileiro. Nos termos do art. 102, III, 'a', 'b' e 'c', da Constituição, o recurso extraordinário somente poderá ser admitido quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. Embora a doutrina e a jurisprudência não tenham dúvida em afirmar o cabimento de recurso extraordinário, se se assevera a inconstitucionalidade da lei em face de Constituições anteriores, parece inequívoco que o constituinte concebeu esse instituto, fundamentalmente, para defesa da Constituição atual. Tanto é que, nos casos das alíneas 'a' e 'c' do art. 102, III, estabelece-se, expressamente, que o recurso será cabível quando a decisão contrariar a Constituição ou quando julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. É fácil ver que o constituinte não concebeu a contrariedade a esta Constituição, em qualquer de suas formas, inclusive no que concerne à aplicação de leis pré-constitucionais, como simples questão de direito intertemporal, pois do contrário, despiendo seria o recurso extraordinário. (...) Tais reflexões permitem afirmar que, para os fins de controle da constitucionalidade incidenter tantum no âmbito do recurso extraordinário, não assume qualquer relevância o momento da edição da lei, configurando eventual contrariedade à Constituição atual questão de constitucionalidade, e não de mero conflito de normas a se resolver com aplicação do princípio da 'lex posterior.' (...).' Conforme resta evidenciado, o nobre Ministro Gilmar Ferreira Mendes coloca a questão novamente em foco, admitindo que o controle de compatibilidade entre normas, mesmo que pré-constitucionais, não é matéria a ser resolvida por simples técnica de eliminação de antinomia, mas trata-se de verdadeira análise de constitucionalidade, passível de controle difuso. No mesmo sentido, confira-se a clássica lição doutrinária de Lúcio Bittencourt (in 'O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis, atualizado por José Aguiar Dias, 2. Ed., Brasília: Ministério da Justiça, 1997) verbis: 'A inconstitucionalidade da lei, uma vez reconhecida e declarada pelos tribunais, tem como consequência necessária sua revogação, sua inexistência ou sua ineficácia. A revogação se verifica quando a lei, tachada de incompatível com a Constituição, já se achava em vigor por ocasião do advento desta. Não se trata, porém, de revogação pura e simples, como a que decorrem em virtude do conflito intertemporal entre duas leis da mesma hierarquia. Não, uma lei incompatível com a Constituição é, sempre, na técnica jurídica pura, uma lei inconstitucional, pouco importando que tenha precedido o Estatuto Político ou lhe seja posterior. A revogação é consequência da inconstitucionalidade. O assunto, aliás, não tem sabor meramente acadêmico, como pode à primeira vista parecer, pois envolve não só o problema da eficácia da decisão declaratória - saber se é indispensável o voto da maioria de todos os membros do tribunal - como, também, o que concerne à suspensão da vigência da lei pelo Senado Federal (...). Os que sustentam tratar-se de mera revogação apegam-se, principalmente, à cláusula revogatória que usualmente figura no instrumento constitucional: 'continuam em vigor enquanto não revogadas, as leis que, explícita ou implicitamente, não contrariem as disposições desta Constituição'. Esse argumento, no entanto, não poderia ser invocado no presente, porque a cláusula em apreço não se insere - aliás, louvavelmente, na Constituição de 1946. Castro Nunes se insurge contra a referida opinião, mostrando que 'o problema é materialmente o mesmo, quer se trate de lei anterior, quer se trate de lei posterior à Constituição' mas, embora tenha enfrentado o assunto com muito brilho e segurança, não nos parece que haja colocado a questão nos seus justos termos, pois insiste em considerar a revogação e a inconstitucionalidade como duas situações jurídicas irreconciliáveis: 'A teoria da ab-rogação das leis supõe normas da mesma autoridade. Quando se diz que a lei posterior revoga, ainda que tacitamente, a anterior, supõem-se no cotejo leis do mesmo nível. Mas, se a questão está em saber se uma norma deve continuar a vigor em face das regras ou princípios de uma Constituição, a solução negativa só é revogação por efeito daquela anterioridade; mas tem uma designação peculiar a esse desnível de normas, chama-se 'declaração de inconstitucionalidade'. O equívoco do Mestre consiste, a nosso ver, em considerar paralelas as duas situações, excludente uma da outra, quando, de fato, a inconstitucionalidade é um estado - estado de conflito entre uma lei e a

Constituição - e a revogação é o efeito desse estado. O tribunal declara a inconstitucionalidade e, em consequência desta, reconhece a revogação da lei. Havendo, no caso, como fatalmente deverá haver, a declaração de inconstitucionalidade, não há porque subtrair esta situação jurídica, em que se apura a validade de uma lei anterior à Constituição, às normas e princípios que regem in genere a matéria.' Compartilhando inteiramente desse entendimento, voto por conhecer da argüição de inconstitucionalidade.'

Restando vencido naquela oportunidade, ressalvo o posicionamento pessoal e acompanho o bem-lançado voto do eminente Relator para confirmar a ordem de *habeas corpus* concedida, embora por fundamentos diversos.

Ante o exposto, não conheço do recurso e dou parcial provimento à remessa *ex officio* para afastar a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02, reconhecendo entretanto a não-recepção pela Magna Carta do art. 47 da Lei 6.880/80 e declarando a ilegalidade das penas de prisão e detenção previstas no art. 24, incisos IV e V, do referido decreto presidencial.

Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro