

HABEAS CORPUS N° 2009.71.00.003422-4/RS

IMPETRANTE : **VILMAR QUIZZEPPI DA SILVA**
ADVOGADO : **VILMAR QUIZZEPPI DA SILVA**
PACIENTE : **LUIS FERNANDO RIBEIRO DE SOUSA**
ADVOGADO : **VILMAR QUIZZEPPI DA SILVA**
IMPETRADO : **COMANDANTE DO ARSENAL DE GUERRA GENERAL CÂMARA - AGGC**

SENTENÇA

RELATÓRIO

Cuida-se de *Habeas Corpus*, impetrado por Vilmar Quizzepi da silva, em favor de Luis Fernando Ribeiro de Souza, Capitão do Exército, contra a punição aplicada ao paciente de 15 (quinze) dias de detenção disciplinar.

A autoridade impetrada prestou as informações nas fls. 46-52.

Nas fls. 53-55, foi deferida a liminar e, assim, expedido salvo-conduto em favor de Luis Fernando.

O Ministério Público Federal manifestou-se na fl. 57v.

Vieram os autos conclusos.

Decido.

FUNDAMENTAÇÃO

A fim de evitar tautologia, transcrevo a decisão das fls. 53-55, que deferiu a liminar nos presentes autos:

"Considerando a informação trazida aos autos pela autoridade impetrada, onde esta noticiada a punição aplicada ao paciente, qual seja, 15 (quinze) dias de detenção disciplinar, com base no Regulamento Disciplinar do Exército (R-4), aprovado pelo Decreto n. 4346, de 03 de agosto de 2002, passo a analisar a liminar requerida.

No tocante à detenção disciplinar, assim dispõe o artigo 28 do Decreto n. 4346/2002:

"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.

§ 1º O detido disciplinarmente não ficará no mesmo local destinado aos presos disciplinares.

§ 2º O detido disciplinarmente comparece a todos os atos de instrução e serviço, exceto ao serviço de escala externo.

§ 3º Em casos especiais, a critério da autoridade que aplicar a punição, o oficial ou aspirante-a-oficial pode ficar detido disciplinarmente em sua residência."

Deste modo, a detenção 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 15 (quinze) dias de detenção 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.

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 írrito o regulamento dele proveniente" (ob. cit., pp. 426/427; grifei).

Conforme acima já exposto, a "detenção 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.

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, XLI. 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 - quinze dias de detenção disciplinar - o foi com base no Decreto n. 4.346/02, circunstância que por si só revela a inconstitucionalidade da punição.

Deste modo, 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 15 (quinze) dias de detenção disciplinar, aplicada a LUIS FERNANDO RIBEIRO DE SOUSA, nos autos do Processo n. 01/2009, de 13 de janeiro de 2009, do Processo n. 03/2009, de 13 de janeiro de 2009 e do Processo n. 4/2009, de 13 de janeiro de 2009.

Expeça-se salvo-conduto.

Intimem-se.

Para a análise do mérito, já tendo sido juntadas as informações da autoridade impetrada, dê-

se vista ao Ministério Público Federal e, após, voltem os autos conclusos.

Porto Alegre, 26 de janeiro de 2009."

Sendo assim, com base nos fundamentos acima expostos, entendo cabível a confirmação da medida liminar, devendo ser concedida a ordem de *Habeas Corpus*, com base no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, confirmo a liminar anteriormente deferida e **concedo a ordem de Habeas Corpus em favor de LUIS FERNANDO RIBEIRO DE SOUZA**, para tornar sem efeito a punição 15 (quinze) dias de impedimento disciplinar, aplicada a LUIS FERNANDO RIBEIRO DE SOUSA, nos autos do Processo n. 01/2009, de 13 de janeiro de 2009, do Processo n. 03/2009, de 13 de janeiro de 2009 e do Processo n. 4/2009, de 13 de janeiro de 2009.

Após o trânsito em julgado: a) remeta-se cópia da presente sentença à autoridade coatora; b) dando-se baixa, arquivem-se os autos.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Porto Alegre, 17 de fevereiro de 2009.

Ricardo Humberto Silva Borne
Juiz Federal Substituto