

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

O presente recurso extraordinário versa sobre o Tema nº 703 da **Repercussão Geral**, cujo objeto consiste em saber se há reserva de lei para a instituição de sanções de detenção e prisão disciplinares aplicáveis aos militares. Discute-se, no caso, mais especificadamente, se, à luz do art. 5º, inciso LXI, da Constituição de 1988, o art. 47 da Lei nº 6.880/80 foi recepcionado pela ordem constitucional vigente e, por conseguinte, se possuem validade jurídica os incisos IV e V do art. 24 do Decreto nº 4.346/02, o qual instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE).

1. Matriz constitucional do objeto delineado no Tema nº 703 do Sistema da Repercussão Geral.

Ab initio, cumpre destacar que a Constituição da República consagra a **liberdade** como **direito fundamental** ao estatuir, em seu art. 5º, **caput** e inciso LXI, o seguinte:

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a **inviolabilidade do direito** à vida, à **liberdade**, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXI - 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**” (grifo nosso).

Aliás, a imposição de limites à ingerência do Estado na liberdade individual, notadamente no tocante à liberdade física e de locomoção, remonta à Magna Carta de 1215, na Inglaterra, sendo seguida pelas

declarações de direitos que a sucederam.

Apenas a título exemplificativo, recorro que a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, dispõe que “[n]inguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado” (art. IX) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica, ao dispor sobre o direito à liberdade pessoal, em seu art. 7º, a par de assegurar que “toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais” (item 7.1), também estipula, textualmente, uma série de garantias dessa liberdade, como os direitos **(i)** de não ser privado da liberdade de forma ilegal ou arbitrária (itens 7.2 e 7.3); **(ii)** de conhecer as razões da detenção e as acusações formuladas contra si (7.4); **(iii)** de controlar judicialmente a privação da liberdade e de ser razoável o prazo da prisão cautelar (item 7.5); **(iv)** de impugnar a legalidade da privação de liberdade ou de sua ameaça (item 7.6); e, por último, **(v)** de não ser detido por dívidas (item 7.7).

Nessa esteira, integra a tradição constitucional brasileira a proteção à **liberdade de locomoção**, com a exigência, para seu cerceamento, como regra, de **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, ressalvadas as hipóteses de **flagrante delito**, bem como **as transgressões militares e os crimes propriamente militares**.

Relativamente à situação de flagrância, não há maiores dificuldades na compreensão do comando contido no art. 5º, inciso LXI, do texto constitucional. Isso porque a Constituição Federal autoriza a prisão em flagrante delito para se manter a ordem pública quando gravemente abalada por crime em curso, visando restaurá-la de imediato, ou para se minorar o dano causado ao bem jurídico tutelado. Trata-se, assim, de medida de **autoproteção da sociedade**, a qual pode ser levada a cabo por qualquer pessoa do povo (CPP, art. 301¹) e à qual se sujeitam praticamente² todos os cidadãos brasileiros e também os estrangeiros,

¹ CPP, Art. 301. “Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

² Fala-se em “praticamente” porque há exceções. Não podem ser presos em flagrante, **por exemplo**, os menores de 18 (dezoito) anos (art. 106 da Lei nº 8.069/90); o Presidente da República (art. 86, §

tenham ou não residência no país, que estejam em situação de flagrância (CPP, art. 302³), tendo, pois, **forte fundamento ético**.

Já no que diz respeito às **infrações militares**, expressão que utilizo **em sentido amplo** para me referir tanto às transgressões e às contravenções militares, as quais possuem natureza disciplinar, como também aos crimes propriamente militares, **exsurge da parte final do inciso LXI do art. 5º do texto constitucional dúvida quanto a sua adequada interpretação**. Mais especificadamente, questiona-se, à luz do mencionado preceito constitucional, se apenas os crimes militares devem ser definidos em lei formal ou se também é imperioso que o sejam as transgressões e as contravenções militares.

Antes de passar à análise dessa questão central para a solução da controvérsia a ser dirimida nos autos, enfatizo que a própria Constituição Federal, atenta às peculiaridades e às necessidades das organizações castrenses, tratou de estabelecer as vigas mestras de sua estrutura e funcionamento, bem como de seu regime jurídico diferenciado.

A propósito, eis o que prescreve o art. 142 da Constituição da República:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, **organizadas com base na hierarquia e na disciplina**, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

^{3º}); os chefes de governos estrangeiros (por força da Convenção de Viena, da qual o Brasil é signatário); os magistrados e membros do Ministério Público (art. 33, inciso II, da LC nº 35/79 e art. 40, inciso III, da Lei nº 8.625/93), ressalvada, nos dois últimos casos, a possibilidade de flagrante por crime inafiançável, com comunicação imediata ao presidente do respectivo tribunal ou ao respectivo procurador-geral de justiça.

³ CPP, Art. 302. “Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoal, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.”

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas;

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea 'c', será transferido para a reserva, nos termos da lei;

III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea 'c', ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei;

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve;

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos;

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado

indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea 'c';

IX - *(Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003)*

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra."

Como se verifica, as organizações militares regem-se por valores próprios, notadamente **a hierarquia e a disciplina**, dos quais irradiam as regras peculiares do regime jurídico-militar. São esses valores que, a um só tempo, justificam a existência de **um regime jurídico dotado de maior rigor se comparado ao regime civil** – o que, diga-se de passagem, é essencial ao cumprimento das missões constitucionais precípuas das Forças Armadas – e que consubstanciam cânones inafastáveis na exegese dos atos normativos correlatos.

Nessa esteira, não se pode olvidar que são inerentes à estrutura e ao funcionamento das organizações castrenses a **relação de subordinação** existente entre as categorias menos graduadas e aquelas de maior

graduação e, como decorrência dessa subordinação, o necessário **dever de obediência** daquelas em relação a essas.

Não é por outro motivo que a Suprema Corte, em inúmeras oportunidades, destacou que

“as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional, inclusive a democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna” (HC nº 103.684, Rel. Min. **Ayres Britto**, Tribunal Pleno, julgado em 21/10/10, publicado no DJ de 13/4/11).

Mostra-se digna de nota também a valiosa lição do Ministro **Ayres Britto** no julgamento do HC nº 108.811, segundo a qual

“a hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regramentos que presidem por modo peculiar a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. Tudo conforme especialíssimas disposições normativo-constitucionais, de que serve de amostra o inciso X do art. 142, *in verbis*:

(...)

Tal regime jurídico de especialíssima compleição também se revela no fato em si da abertura de todo um capítulo constitucional para a realidade das Forças Armadas, que é, precisamente, o capítulo de número II, encartado no Título de número V, alusivo à defesa do Estado e das instituições democráticas. Capítulo de que fazem parte as sintomáticas regras do serviço militar obrigatório (caput do art. 143) e da proibição aos militares dos institutos da sindicalização e de greve, além da filiação a partido político (incisos IV e V do art. 142). Sem que esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta venha a significar perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica, arejamento mental-democrático e otimizada observância dos direitos e garantias individuais que se leem no art. 5º da nossa Constituição Federal. Sabido que a vida castrense longe está de se traduzir em lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – ‘às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar’ (§ 1º do art. 143).

Em síntese, esse é o modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras, ainda que, no mundo do ser (que é o mundo dos fatos), não concordemos com ele. Modelo que parece abonar a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas.

Por outro lado, conforme ressaltai noutras oportunidades, os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da proteção constitucional daqueles que se acham na condição de acusados criminalmente. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: ‘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’” (HC nº 108.811, Rel. Min. **Ayres Britto**, Segunda Turma, julgado em 8/11/11, publicado no DJe 20/3/12).

Especificamente sobre a hierarquia e a disciplina militares, preleciona José Afonso da Silva o seguinte:

“Hierarquia é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior. Ao dizer-se que as Forças Armadas são organizadas com base na hierarquia sob a autoridade suprema do Presidente da República, quer-se afirmar que elas, além da relação hierárquica interna a cada uma das armas, subordinam-se em conjunto ao Chefe do Poder Executivo federal, que delas é o comandante supremo (art. 84,XIII).

Disciplina é o poder que têm os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa o dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores. Declarar-se que as Forças Armadas são organizadas com base na disciplina equivale a dizer que são essencialmente obedientes, dentro dos limites da lei, a seus superiores hierárquicos (...).

‘Onde há hierarquia, com superposição de vontades, há

correlativamente, uma relação de sujeição objetiva, que se traduz na disciplina, isto é, no rigoroso acatamento pelos elementos dos graus inferiores da pirâmide hierárquica, às ordens, normativas e individuais, emanadas dos órgãos superiores'. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica."⁴

O próprio Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/80) preconiza algo na mesma direção em seu art. 14, cujo teor reproduzo na íntegra:

"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 antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência 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" (grifo nosso).

Tecidas essas considerações preliminares, resta compreender o

⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 17. ed., São Paulo: Forense, 1999.

contexto no qual se insere a discussão travada nos autos.

2. Sobre a constitucionalidade, ou não, dos regulamentos militares após a promulgação da CF/88.

O advento da Constituição da República de 1988 deu ensejo a acaloradas discussões doutrinárias e a inúmeros questionamentos judiciais acerca da constitucionalidade, ou não, dos regulamentos disciplinares militares introduzidos no ordenamento jurídico por meio de decretos do chefe do Poder Executivo, mormente diante do preceito insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna.

Somente a título ilustrativo, convém recordar que, na **ADI nº 3.340**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, o Procurador-Geral da República questionou a constitucionalidade do **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002**, o qual instituiu o Regulamento Disciplinar do Exército. Alegava-se, na ocasião, **ofensa ao disposto no art. 5º, inciso LXI, do texto constitucional**, segundo o qual, na compreensão do então requerente, tanto as transgressões militares como os crimes militares propriamente ditos deveriam ser definidos por lei em sentido estrito. Sustentava-se, ainda, que o art. 47 da Lei nº 6.880/80 não teria sido recepcionado pela nova ordem judicial.

Por ocasião do respectivo julgamento, o Ministro **Marco Aurélio** proferiu voto pela **improcedência** do pedido. Entendeu Sua Excelência que a expressão “definidos em lei” dizia respeito apenas aos crimes e, por conseguinte, não alcançaria as transgressões militares. Entretanto, naquela oportunidade, prevaleceu a corrente capitaneada pelo Ministro **Gilmar Mendes** quanto ao **não conhecimento da ação direta**, porquanto não teriam sido demonstradas pelo autor da ação, de modo particularizado, as alegadas violações perpetradas pelo referido decreto.

O acórdão ficou assim ementado:

“Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto no

4.346/2002 e seu Anexo I, que estabelecem o Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro e versam sobre as transgressões disciplinares. 2. Alegada violação ao art. 5º, LXI, da Constituição Federal. 3. Voto vencido (Rel. Min. Marco Aurélio): a expressão ('definidos em lei') contida no art. 5º, LXI, refere-se propriamente a crimes militares. 4. A Lei nº 6.880/1980 que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, no seu art. 47, delegou ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar transgressões militares. Lei recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Improcedência da presente ação. 5. Voto vencedor (divergência iniciada pelo Min. Gilmar Mendes): cabe ao requerente demonstrar, no mérito, cada um dos casos de violação. Incabível a análise tão-somente do vício formal alegado a partir da formulação vaga contida na ADI. 6. Ausência de exatidão na formulação da ADI quanto às disposições e normas violadoras deste regime de reserva legal estrita. 7. Dada a ausência de indicação pelo decreto e, sobretudo, pelo Anexo, penalidade específica para as transgressões (a serem graduadas, no caso concreto) não é possível cotejar eventuais vícios de constitucionalidade com relação a cada uma de suas disposições. Ainda que as infrações estivessem enunciadas na lei, estas deveriam ser devidamente atacadas na inicial. 8. Não conhecimento da ADI na forma do artigo 3º da Lei no 9.868/1999. 9. Ação Direta de Inconstitucionalidade não-conhecida" (ADI nº ADI 3.340, Rel. Min. **Marco Aurélio**, red. do ac. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe de 9/3/07).

Da ausência de pronunciamento da Suprema Corte quanto à matéria de fundo naquela ocasião decorre a relevância do presente caso, no qual se discute matéria sensível, que ganhou novos contornos a partir da Constituição Federal de 1988 e que, por isso mesmo, demanda interpretação que assegure a necessária uniformização da jurisprudência pátria, em homenagem ao postulado da segurança jurídica.

O cenário jurídico descortinado nos autos revela que o atual Regulamento Disciplinar do Exército, instituído pelo Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, tem por fundamento constitucional o disposto no art. 84, inciso IV, da Constituição Federal e encontra amparo legal no art. 47 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, a qual instituiu o Estatuto dos Militares.

A exemplo do revogado Decreto nº 90.608, de 4 de dezembro de 1984, também o Decreto nº 4.346/02 estabelece punições que implicam privação da liberdade, tendo sido **considerados inválidos pelo Tribunal a Quo, no caso em exame, os incisos IV e V do seu art. 24**, pelos seguintes fundamentos: a) a fixação de penas restritivas da locomoção dependem de lei em sentido estrito, consubstanciando matéria sujeita à reserva legal; b) o art. 47 da Lei nº 6.880/80 não foi recepcionado pela CF/88, o que, por consequência, invalida por completo os incisos IV e V do art. 24 do Decreto nº 4.346/02; e, ainda, c) o Decreto nº 90.608/84 não pode ser reavivado pelo fenômeno da repristinação, porquanto foi expressamente extinto pelo art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

É a partir desse recorte realizado pelo Tribunal de Origem que analisarei a matéria posta e o caso concreto, servindo a contextualização feita até aqui para nortear a fundamentação do voto e a tese ao final proposta.

3. Da interpretação do disposto na parte final do art. 5º, inciso LXI, da Constituição e da recepção, ou não, do art. 47 do Estatuto dos Militares pela atual ordem constitucional.

Em matéria de direitos e garantias fundamentais – e aqui não se lida com outro tema que não um dos mais elementares, o **direito de ir e vir** –, verifica-se que a Carta da República de 1988 abraça a tese segundo a qual **a plenitude do direito é a regra e sua limitação, a exceção**, não podendo ela ocorrer senão em consonância com as balizas constitucionais.

O texto constitucional pretérito, até mesmo em razão do período de

exceção em que foi editado, conferia ao Poder Executivo a faculdade de editar decretos com força de lei, além de conceder a esse Poder inúmeras prerrogativas e uma exagerada discricionariedade, o que possibilitava a ele, na prática, o exercício de competências muito próximas da de legislar.

Com a redemocratização, procurando-se superar esse passado de viés autoritário, **as bases do estado democrático de direito foram reforçadas**, de modo a torná-lo **robusto o suficiente** para promover os direitos e as garantias consagrados na Lei Maior. Preocupou-se a Carta Cidadã, sobretudo, com **a limitação da atuação do Estado**, impondo aos poderes constituídos uma série de amarras e restrições anteriormente inexistentes.

Nesse contexto, o **princípio da legalidade** desempenhou – e ainda desempenha – papel fundamental, **sendo hoje o mais relevante instrumento de coibição de abusos estatais**, razão pela qual o princípio adquiriu grande proeminência não só no Brasil, mas também em todas as ordens jurídicas modernas.

Conforme explicam os juristas Paulo Gonet Branco e **Gilmar Mendes** em obra doutrinária,

“[o] princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras, traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção das liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII. Pelo menos nesse aspecto, não há como negar também a similitude do modelo com as concepções formadas na paralela história constitucional do princípio inglês do *Rule of Law*. O princípio da legalidade, assim, opõe-se a qualquer tipo de poder autoritário e a toda tendência de exacerbação individualista e personalista dos governantes. No Estado de Direito impera o governo das leis, não o dos homens (*rule of law, not of men*)”⁵.

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 837 e 838.

Não se pode olvidar, outrossim, que o constituinte de 1987/1988, ciente da história (então recente) do país e receoso de que atos de exceção voltassem a ocorrer, cuidou de controlar, **por meio do princípio da legalidade**, a forma como se dariam as limitações a direitos fundamentais.

Nos casos de normas que pretendam efetuar restrição a direitos constitucionalmente protegidos, a atual Constituição determina que seja observada a denominada “reserva legal”, querendo com isso exprimir a **necessidade de lei formal para a regulamentação de determinadas matérias indicadas pela própria Lei Maior**. A reserva legal – que pode ser absoluta ou relativa – é, assim, desdobramento do princípio da legalidade.

Como explica 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 poderá definir’ etc.

É relativa a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é em parte admissível a outra fonte diversa da lei, sob a condição de que esta indique as bases em que aquela deva produzir-se validamente. Assim é quando a Constituição emprega fórmulas como as seguintes: ‘nos termos da lei’, ‘no prazo da lei’, ‘na forma da lei’, ‘com base na lei’, ‘nos limites da lei’, ‘segundo critérios da lei’.

São, em verdade, hipóteses em que a Constituição prevê a prática de ato infralegal sobre determinada matéria, impondo, no entanto, obediência a requisitos ou condições reservados à lei”⁶.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2011. p.

Registre-se, ainda, que por lei formal se designa o ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular e elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição.

Ademais, com fundamento nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, a doutrina tem concluído que **são limitações às restrições aos direitos fundamentais**: (i) o próprio princípio da legalidade, seja sob seu prisma formal, segundo o qual o princípio exige que a norma restritiva observe a reserva legal, absoluta ou relativa, conforme o caso; seja sob o aspecto material, no tocante ao conteúdo da norma restritiva, a qual, para ter validade, deve obedecer a um juízo de proporcionalidade e de razoabilidade e assegurar a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais; e, conseqüentemente, (ii) a proibição de restrições casuístas, fundadas no sentido de justiça, de segurança jurídica e no princípio da igualdade⁷.

Feitas essas breves considerações, cumpre averiguar, de início, **se o dispositivo constitucional invocado estabelece hipótese de reserva legal** e, em caso de resposta afirmativa, **se essa reserva legal seria absoluta ou relativa**.

O art. 5º, inciso LXI, da Constituição Federal, repito mais uma vez, ostenta a seguinte redação:

“Art. 5º

(...)

LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, **salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei**” (grifo nosso).

425.

⁷ A respeito, ver MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. p. 241-249.

Extrai-se da referida norma constitucional que, **além dos casos de flagrante delito**, também seria possível o cerceamento da liberdade física do indivíduo, independentemente de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente **nas hipóteses de transgressão militar ou de crime propriamente militar**.

Essa segunda mitigação ao direito fundamental de liberdade tem como destinatários **apenas os militares, sejam eles pertencentes às Forças Armadas, sejam os membros das polícias militares e corpos de bombeiros militares dos estados, do Distrito Federal ou dos territórios** (CF, arts. 42, *caput*, e 142, *caput*).

Como bem salienta Renato Brasileiro de Lima,

“[p]or razões óbvias, **a norma constitucional em análise**, ao permitir a prisão no caso de transgressões militares ou crimes propriamente militares, independentemente da situação de flagrância ou de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente, **tem como destinatários exclusivos os militares, ou seja, somente o militar está autorizado a prender e somente o militar está sujeito à referida prisão**. O civil, por conseguinte, só pode ser preso em flagrante delito ou mediante decisão judicial”⁸ (grifo nosso).

Prosseguindo na análise da norma em questão, é imperioso registrar também que, ao se fazer uma **interpretação meramente gramatical** de sua parte final, poder-se-ia concluir que a lei formal deve prever tanto os crimes propriamente militares como também as transgressões militares. **Penso, contudo, que essa não é a melhor interpretação**.

Isso porque é imprescindível ter em mente, primeiramente, **a relevante distinção entre as transgressões militares e os crimes**

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: volume único, 7. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 901-902.

propriamente militares.

De acordo com o Decreto nº 4.346/02, que institui o Regulamento Disciplinar do Exército, transgressão disciplinar

“é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe” (art. 14).

Nos termos do art. 6º do referido decreto, considera-se **honra pessoal** o “sentimento de dignidade própria, como apreço e respeito de que é objeto ou se torna merecedor o militar, perante seus superiores, pares e subordinados” (inciso I). **Pundonor militar**, por sua vez, constitui “o dever de o militar pautar a sua conduta como a de um profissional correto”, sendo-lhe exigível “em qualquer ocasião, alto padrão de comportamento ético que refletirá no seu desempenho perante a instituição a que serve e no grau de respeito que lhe é devido” (inciso II). Por fim, o **decoro de classe** está relacionado ao “valor moral e social da instituição”, representando “o conceito social dos militares que a compõem e não subsiste sem esse”.

Além disso, conforme expressamente dispõe o § 1º do art. 14 do Decreto nº 4.346/02, não se caracterizará transgressão disciplinar “quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal”.

No tocante aos militares do Exército, as transgressões militares estão listadas no **Anexo I do Decreto nº 4.346/02** e são punidas disciplinarmente, a depender da espécie de transgressão, da pessoa do transgressor, das causas que determinaram a transgressão, da natureza dos fatos ou atos envolvidos, bem como das consequências dela advindas, em ordem crescente de gravidade, com as penas de advertência, impedimento disciplinar, repreensão, detenção disciplinar,

prisão disciplinar, licenciamento e exclusão a bem da disciplina.

Segundo explica Renato Brasileiro de Lima, a **prisão disciplinar** consiste “na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal fim”⁹, enquanto a **detenção disciplinar** – que é punição menos grave que a prisão disciplinar – constitui

“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”¹⁰.

De forma semelhante, o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, aprovado pelo Decreto nº 76.322/75, diz ser transgressão disciplinar “toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento”, distinguindo-a expressamente do crime militar, “que é ofensa mais grave, segundo o preceituado na legislação penal militar” (art. 8º). **Vide:**

“Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.”

As transgressões disciplinares são descritas nos itens 1 a 100 do art. 10 do Decreto nº 76.322/75, segundo o qual **só se caracterizará transgressão militar quando a conduta explicitada não constituir crime.**

Já o Regulamento Disciplinar da Marinha, instituído pelo Decreto nº

⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: volume único, 7. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 901.

¹⁰ Ibidem.

88.545/83, fala em “contravenção disciplinar”, definindo-a como

“toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime” (art. 6).

De acordo com o referido regulamento, são contravenções disciplinares as condutas enumeradas no seu art. 7º. Ademais, havendo concurso de crime e de contravenção disciplinar de idêntica natureza, **só se aplica a penalidade relativa ao crime** (art. 9º).

Diversamente, **os crimes militares propriamente ditos** são aqueles que, **tipificados no Código Penal Militar**, só podem ser praticados por militares, consistindo na violação de deveres restritos e que lhes são próprios.

Ensina Renato Brasileiro de Lima que **os crimes militares próprios** dizem respeito

“à particularidade da vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que deve ser o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar. A título de exemplo, podemos citar os delitos de deserção (CPM, art. 187), embriaguez em serviço (CPM, art. 202), dormir em serviço (CPM, art. 203), etc”¹¹.

Partindo dessa explanação, esclarece o autor, **in verbis**, que

“[n]ão negamos que a prisão do militar por transgressão

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo penal**: volume único, 7. ed. rev., ampl. e atual., Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 902.

disciplinar seja uma espécie de prisão extrapenal, na medida em que é imposta por uma autoridade administrativa militar, independentemente de autorização judicial, seja *a priori*, seja *a posteriori*. No entanto, no tocante à prisão do militar por crime propriamente militar, conquanto sua captura seja possível em um primeiro momento sem autorização judicial (e, portanto, um simples ato administrativo), uma vez efetivada a captura do militar, deve a autoridade judiciária militar ser comunicada acerca da prisão, a fim de que delibere sobre a necessidade (ou não) da manutenção da prisão do militar. Assemelha-se, nesse ponto, a prisão do militar por crime propriamente militar à prisão em flagrante¹².

Logo, por tudo o que se expôs até aqui, **penso não haver dúvida de que a reserva legal, no tocante aos crimes propriamente militares, é restrita, absoluta**, até porque se aplicam ao direito penal militar os princípios gerais do direito penal, entre os quais se destaca o da legalidade penal. É por força desse princípio fundante que **“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”** (CF, art. 5º, inciso XXXIX). É dizer, no que concerne aos crimes propriamente militares, exige-se lei – **em sentido formal** – anterior à ocorrência do comportamento porventura tipificado, certa em todos os seus elementos e circunstâncias e taxativa na descrição da conduta incriminada.

Ademais, **a Constituição da República, por três vezes, fez expressa menção de que esses crimes hão de ser definidos em lei**. Além do art. 5º, inciso LXI, da Constituição de 1988, ora invocado como parâmetro de controle, no qual se faz referência a **“crime propriamente militar, definidos em lei”**, nos arts. 124, **caput**, e 125, § 4º, a Carta estabelece, respectivamente, não só que competirá à Justiça Militar **“processar e julgar os crimes militares definidos em lei”**, como também que competirá à Justiça Militar Estadual **“processar e julgar os militares dos**

¹² Ibidem. p. 903.

Estados, **nos crimes militares definidos em lei** e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência o júri quando a vítima for civil”.

Portanto, **não há como se confundirem os crimes propriamente militares**, cuja tipificação se traduz em exercício do poder punitivo estatal a ser efetivado por meio da Justiça Penal, **com as transgressões militares**, as quais decorrem do exercício do poder disciplinar da Administração Militar.

Deve-se considerar, sob outro ângulo, a distinção feita no próprio texto da Lei nº 6.880/80, em virtude da natureza das esferas criminal e administrativa, tratadas em seções distintas da aludida lei, a saber: enquanto o **art. 46**, inserido na Seção II – Dos Crimes Militares –, remete ao Código Penal Militar, à classificação dos crimes militares e às penas correspondentes; o **art. 47**, inserido na Seção III – Das Contravenções ou Transgressões Disciplinares –, delega aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas a especificação e a classificação das contravenções ou transgressões disciplinares, assim como a fixação de normas relativas à amplitude e à aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Conforme escólio do saudoso professor Hely Lopes Meirelles, o poder disciplinar há de ser exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço. Enquanto isso, a punição criminal seria aplicada com finalidade social, visando à repressão de delitos penais definidos nas leis penais, sendo realizada fora da Administração pelo Poder Judiciário.

Por isso, segundo o renomado autor,

“[a] punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra **bis in idem**. Por outras palavras, a mesma infração

pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um **minus** em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal”¹³.

Conseqüentemente, no que diz respeito às infrações disciplinares, **a lei não precisa ser taxativa ao descrever as condutas proscritas, podendo deixar a cargo de atos infralegais a estipulação das minúcias segundo as peculiaridades dos serviços**, as quais, muitas vezes, não poderiam sequer ser cogitadas pelo legislador.

A esse respeito, como observou a Ministra **Cármem Lúcia** no julgamento da ADPF nº 353, com amparo na melhor doutrina, “[a] aplicabilidade do princípio da tipicidade às infrações administrativas não tem a mesma extensão da matéria penal”.

Por sua pertinência, transcrevo o que assentou Sua Excelência na ocasião:

“A aplicabilidade do princípio da tipicidade às infrações administrativas não tem a mesma extensão da matéria penal. É assente na doutrina ser aceitável que as normas legais tipificadoras de ilícitos administrativos contenham termos e expressões abertas cujo sentido há de ser determinado, em cada caso e objetivamente fundamentado, pelo administrador.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

‘A discricionariedade existe, limitadamente, nos procedimentos previstos para apuração da falta, uma vez que os Estatutos funcionais não estabelecem regras rígidas como as que se impõem na esfera criminal. (...)’

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 109-110.

Discricionariedade existe também com relação a certas infrações que a lei não define; é o caso do 'procedimento irregular' e da 'ineficiência do serviço', puníveis com pena de demissão, e da 'falta grave', punível com suspensão; são expressões imprecisas, de modo que a lei deixou à Administração a possibilidade de enquadrar os casos concretos em uma ou outra dessas infrações' (DI PIETRO, Maria Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 95-96).

Na mesma linha, lição de José dos Santos Carvalho Filho:

'No Direito Penal, o legislador utilizou o sistema da rígida tipicidade, delineando cada conduta ilícita e a sanção respectiva. O mesmo não sucede no campo disciplinar. Aqui a lei limita-se, como regra, a enumerar os deveres e as obrigações funcionais e, ainda, as sanções, sem, contudo, uni-los de forma discriminada, o que afasta o sistema da rígida tipicidade. Nada impede, todavia, que o legislador estabeleça conduta dotada de tipicidade específica como caracterizadora de ilícito administrativo. Nesse caso, nenhum problema haverá quanto à punibilidade: esta ocorrerá ou não conforme tenha ou não ocorrido a conduta. Mas não é essa a regra do ilícito administrativo, como sucede em relação à ilicitude penal. Esta não admite os denominados tipos abertos, aceitos normalmente na esfera da Administração' (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70-71).

Entendimento semelhante é manifestado por Fábio Medina Osório:

‘(...) nas infrações disciplinares o Direito Administrativo possui uma maior flexibilidade típica, o erro é tratado com maior rigor (*pro societate*), os princípios sofrem algumas pequenas ou grandes mudanças em seus conteúdos, todas reconduzíveis ao critério da maior elasticidade das normas punitivas e da redução dos direitos dos acusados em geral. Conceitos ou termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais serão instrumentos comumente utilizados no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nos casos em que há relações de sujeição especial envolvendo agentes públicos, visto que nesses casos há peculiaridades ligadas à necessária tipicidade permissiva da conduta dos agentes públicos. Assim, uma norma proibitiva de comportamento de agente público resulta indissolúvelmente ligada à norma permissiva, vale dizer, ao princípio da legalidade positiva, visto que o agente público somente pode atuar com suporte em comandos legais. Não é raro, portanto, que, em casos como esses, o legislador utilize tipos proibitivos bastante amplos, genéricos, sem vulnerar a garantia da tipicidade, da *lex certa*, porque o Direito Administrativo Sancionador pode apanhar relações de sujeição especial em que se encontrar envolvido um agente público. No terreno disciplinar, tais relações assomam em importância e intensidade, diante dos valores protegidos pelo Estado e da especialidade intensa das relações’ (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)” (ADPF nº 353, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Tribunal Pleno, julgado em 21/6/21, publicado em 30/6/21).

Outra característica do poder disciplinar, conforme a doutrina

prevalente, é o fato de ser marcado, implicitamente, por uma **certa discricionariedade**, segundo a qual a **Administração não está inteiramente vinculada a essa ou aquela penalidade específica**. A lei geralmente enumera as penalidades possíveis para que sejam aplicadas conforme as circunstâncias do caso, **sem estabelecer, para cada conduta, uma exata reprimenda correspondente**. Consequentemente,

“o administrador, no seu prudente critério, tendo em vista os deveres do infrator em relação ao serviço e verificando a falta, aplicará a sanção que julgar cabível, oportuna e conveniente, dentre as que estiverem enumeradas em lei ou regulamento para a generalidade das infrações administrativas”¹⁴.

Não se aplica ao poder disciplinar, assim, o princípio da pena específica que rege o direito penal – **e, por conseguinte, o direito penal militar** –, segundo o qual inexistente infração penal sem prévia lei que a defina e **apene (nullum crimen, nulla poena sine lege)**, o que, segundo Hely Lopes Meirelles, “relativiza a tipicidade das condutas que poderão sofrer sanções administrativas”¹⁵.

Portanto, não há dúvida de que **a tipicidade das infrações disciplinares não se equipara - e não pode ser equiparada - à tipicidade penal**.

Por outro lado, como o regime jurídico das organizações castrenses deve observar **a disciplina e a hierarquia** que regem as organizações militares, reguardando, consequentemente, as **relações de subordinação e de obediência** dos militares menos graduados para com os de maior graduação, não se pode prescindir, no âmbito administrativo-militar, de **uma disciplina mais rigorosa e eficiente**, capaz, por si só, de compelir ao **cumprimento integral das regras e deveres**, a fim de **se garantir a ordem**

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 110.

¹⁵ *Ibidem*. p. 110.

e o respeito à hierarquia, bem como de se assegurar a ordenação das diversas autoridades em diferentes níveis, por postos e graduações.

E é exatamente por isso que há distintos regulamentos disciplinares para as distintas corporações, a saber: as Forças Armadas (que são integradas pelas forças do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, cada qual, como visto, com seu regulamento próprio), as polícias militares dos estados e do Distrito Federal e os corpos de bombeiros militares dos estados e do Distrito Federal. Essas corporações deverão ter seus próprios regulamentos disciplinares, redigidos e adaptados às condições especiais e à realidade peculiar de cada uma delas. Vai nesse sentido o **art. 18 do Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969**, ao consignar que “[a]s Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada Corporação”.

Há de se reconhecer, portanto, que a Administração Militar, para o adequado funcionamento das organizações castrenses, precisa impor obrigações e deveres aos militares a ela vinculados **sem a necessidade da pormenorizada estipulação deles em lei formal**, sendo o exercício do poder disciplinar matéria sujeita apenas ao princípio da reserva legal relativa.

Nesse sentido também se manifesta a doutrina especializada, a exemplo de Farlei Martins Oliveira, para quem é

“necessário, tão somente, que haja uma lei prévia autorizando essa atuação administrativa, que no caso em exame se encontra no art. 47 do Estatuto dos Militares, o qual preceitua caber aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificar e classificar as contravenções ou transgressões disciplinares”¹⁶.

¹⁶ OLIVEIRA, Farlei Martins de. Sanção Disciplinar Militar e controle jurisdicional. **Revista Jurídica do Ministério da Defesa**, nº 4, 30 de setembro de 2005. p. 113.

Pois bem. Fixadas essas premissas, cumpre averiguar **se houve recepção do art. 47 do Estatuto dos Militares pela atual ordem constitucional.**

A norma questionada nos autos possui o seguinte teor:

“Art. 47. 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.

§ 1º As penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias.

§ 2º À praça especial aplicam-se, também, as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculada.”

A recepção de um determinado dispositivo normativo requer o atendimento simultâneo de três requisitos, a saber: **(i)** a compatibilidade com a constituição anterior, na vigência da qual foi editado; **(ii)** a vigência da norma legal ao tempo do surgimento do novo ordenamento constitucional e **(iii)** a conformidade material com o novo diploma constitucional.

No caso, não há dúvidas quanto ao atendimento dos dois primeiros requisitos, visto que i) o Estatuto dos Militares foi editado em consonância com o processo legislativo exigido à época, pois inexistia no ordenamento constitucional anterior norma garantidora da reserva legal em tema de transgressão disciplinar; e ii) é inequívoca a vigência do art. 47 do Estatuto dos Militares à época da promulgação da Constituição de 1988, por não ter sido revogado expressa ou tacitamente até essa data.

A meu ver, **também não se vislumbra qualquer incompatibilidade**

material entre o dispositivo ora questionado e o texto da Lei Maior de 1988, porquanto o art. 47 do Estatuto dos Militares, acima transcrito, apenas remete aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, à especificação e à classificação das transgressões (ou contravenções militares), bem como à definição da amplitude e da forma de aplicação das penalidades, que, nas hipóteses de impedimento, detenção ou prisão, não poderão ultrapassar 30 (trinta) dias.

Se a norma em questão se limita a prescrever que a especificação das transgressões militares, sua classificação, a amplitude e a aplicação das respectivas penalidades ocorrerão por meio de regulamentos disciplinares, como se constata, **prima facie, nela nada há de materialmente contrário à Constituição**, porquanto **não se pode afirmar que há desobediência automática e direta ao comando insculpido no art. 5º, inciso LXI, da Magna Carta.**

Como bem observou o Ministro **Marco Aurélio** na citada **ADI nº 3.340**, em verdade, “[a] celeuma surge ao se estabelecer o alcance da expressão ‘definidos em lei’, contida ao término do inciso LXI do artigo 5º, sob o aspecto linguístico”.

Explicou Sua Excelência que

“[o] enfoque vernacular cede, em si, à razão de ser do dispositivo, em que se excluiu da regra limitativa da prisão, restrita ao flagrante de delito e à ordem escrita de autoridade judiciária competente, a perda da liberdade em razão de transgressão militar ou crime propriamente militar. Têm-se instrumentais diversos, conforme envolva a situação concreta: processo administrativo ou processo penal. O emprego da expressão ‘definidos em lei’ há de merecer empréstimo de sentido que não fuja a essa distinção. E sabida a existência de rol de delitos militares, como também de balizas relevadoras de transgressões simplesmente administrativo-militares. Tratando-se de prisões de origens diversas, descabe a óptica idêntica quanto à necessidade de se ter a previsão neste ou naquele documento. A parte final do inciso LXI do art. 5º da

Constituição Federal deve ser tomada em consonância com o princípio basilar segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina nem pena sem cominação legal. Restringe-se a previsão de se contar com lei em sentido formal e material aos desvios de conduta capazes de ser considerados como crime propriamente militar, não possuindo extensão suficiente à necessidade de o regulamento militar, presente a conduta de integrante das Forças Armadas, estar obrigatoriamente em lei. O preceito em questão, ao referir-se a ‘definidos em lei’, cláusula final, restringe-se a ‘casos de crime propriamente militar’. Não se há de potencializar a vírgula que antecede a expressão ‘definidos em lei’ a ponto de se assentar que ambas as figuras - crime militar e a transgressão militar - estão vinculadas ao princípio da legalidade estrita. A interpretação histórica, a interpretação sistemática, a interpretação teleológica levam à distinção. A transgressão militar circunscreve-se ao campo administrativo das Forças Armadas, decorrendo da hierarquia e da disciplina que qualificam esse segmento da Administração Pública. Vale dizer que a versatilidade e a dinâmica da vida militar direcionam a ter-se o trato da matéria via regulamento, via ato circunscrito ao comando cabível e previsto constitucionalmente - inciso XIII do art. 84 da Constituição Federal. Ao Chefe do Poder Executivo cumpre a fixação das balizas definidoras do comportamento do cidadão ou cidadã enquanto integrantes das Forças Armadas, enquadrando certos atos como transgressões militares e impondo punição ante o desvio de conduta no dia-a-dia da atividade específica, peculiar, que é a militar. A garantia constitucional está na necessidade de previsão e esta não exige disciplina rígida como é a estritamente legal, podendo decorrer de texto de regulamento” (ADI nº ADI 3.340, Rel. Min. **Marco Aurélio**, red. do ac. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe de 9/3/07).

Creio ser irretocável a interpretação acima do Ministro **Marco**

Aurélio, à luz da qual basta a leitura do art. 47 do Estatuto dos Militares para que se conclua que o princípio da reserva legal está plenamente observado na espécie.

O mesmo se diga quanto aos §§ 1º e 2º do art. 47 do Estatuto dos Militares.

O § 1º estabelece, ele próprio, o tempo máximo de duração das penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão, **não deixando qualquer espaço para delegação ou regulamentação por ato normativo de hierarquia inferior nesse ponto.**

Já o § 2º, ao dispor que ao praça especial aplicam-se também as disposições disciplinares previstas no regulamento do estabelecimento de ensino onde estiver matriculado, **limita-se a atribuir a esse último um caráter subsidiário, de complementariedade ao conteúdo disciplinar previsto em lei.**

Também não se pode olvidar que podem surgir questionamentos tocantes à **constitucionalidade da restrição da liberdade em função da prática de transgressão (ou contravenção) militar.**

A despeito de um tratamento mais duro em resposta às transgressões militares ser algo desejado, e até previsto pelo próprio constituinte originário, o que já torna pouco crível a cogitada inadequação da previsão legal em face do texto constitucional, é imperioso levar em consideração, nesse ponto, que as Forças Armadas possuem características próprias, que autorizam a previsão de sanções mais gravosas mesmo para condutas que, se praticadas por um civil, ordinariamente, não ensejariam reprovação ou imposição de reprimenda.

Com efeito, as previsões do **caput** e do § 2º do art. 142 da Carta da República, as quais assentam, respectivamente, **a organização centrada na hierarquia e na disciplina** e, notadamente, **a vedação à impetração de *habeas corpus* relativamente a punições disciplinares militares**, não só corroboram a possibilidade de cerceamento da liberdade para punição disciplinar como, principalmente, autorizam tal proceder.

Nesse sentido, aliás, foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal em ação constitucional na qual se discutia a incidência do princípio da

insignificância no caso de militar flagrado em posse de entorpecente:

“O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador de substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante mesmo em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob a administração militar. Isso porque essa tipologia de relação jurídica é que me parece incompatível com a figura própria da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou da espécie de entorpecente sob a posse do paciente, o certo é que **não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. E se, diante de tal relação jurídica, não cabe fazer essa distinção hermenêutica, é porque o instituto da irrelevância ou da insignificância penal não tem como operar nas relações jurídico-militares. Simplesmente não tem como incidir.**

(...)

Em palavras diferentes, mas com o mesmo significado técnico, **é de se pré-excluir a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. (...) Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito no moral a corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União e do Poder Executivo Federal. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela**

mais rigorosa ordem hierárquico-disciplinar interna” (HC nº 103.864/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, DJe de 12/4/11 – grifo nosso).

Apesar de antigo, o precedente **citado** ainda traduz o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, conforme se depreende dos seguintes julgados:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE POSSE DE DROGA EM RECINTO CASTRENSE. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INAPLICABILIDADE DO RITO DA LEI N. 11.719/2008 E DA LEI DE DROGAS NO ÂMBITO MILITAR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que **não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes.** 2. O princípio do **pas de nullité sans grief** exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. **A posse, por militar, de substância entorpecente, independentemente da quantidade e do tipo, em lugar sujeito à administração castrense (art. 290, caput, do Código Penal Militar), não autoriza a aplicação do princípio da insignificância.** O art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do

critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006. 4. Habeas corpus denegado” (HC nº 119.458, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, Segunda Turma, julgado em 25/3/14, publicado em 2/4/14).

“ENTORPECENTES – USO – CRIME MILITAR – BAGATELA. Em se tratando de crime militar, cuja regência é especial – artigo 290 do Código Penal Militar –, descabe, ante os princípios da hierarquia e disciplina, agasalhar a óptica da ocorrência de crime de bagatela” (HC nº 115.914, Rel. Min. **Marco Aurélio**, Primeira Turma, julgado em 24/10/17, publicado em 24/4/18).

4. Da alegada inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército.

No que tange à alegação de inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (Decreto nº 4.346/02), é preciso observar, em primeiro lugar, que esse regulamento constitui um conjunto de regras complexo, que cuida de uma diversidade de assuntos, muitos dos quais nem sequer guardam relação direta com a restrição do art. 5º, inciso LXI, da Constituição da República. Citam-se, como exemplos, os dispositivos que definem a hierarquia e a disciplina militar, que classificam o comportamento militar, que estabelecem as recompensas por bons serviços prestados, que regem o procedimento de cancelamento de registro de punições, entre outros.

Desse modo, a declaração de sua inconstitucionalidade na íntegra, **tal como pleiteada pelo impetrante do *habeas corpus***, além de inviável tecnicamente, dada a forma como o pleito foi deduzido, traria, ainda, severas e preocupantes repercussões no plano fático, visto que, de um momento para outro, ter-se-ia a nulidade de todo o regramento disciplinar vigente, deixando a matéria num limbo até que se ultimassem

eventual processo legislativo.

Ademais, não se pode desconsiderar que, no caso em apreço, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao julgar a remessa de ofício, **acabou por delimitar o âmbito de cognição desta Suprema Corte** ao declarar como inválidos **somente** os incisos IV e V do art. 24 do Regulamento Disciplinar do Exército.

Desse modo, diante da não interposição de recurso por parte do ora recorrido com o intuito de ver apreciada a compatibilidade **de todo o Decreto** com a Constituição Federal, incumbe ao Supremo Tribunal Federal perquirir acerca da **constitucionalidade (ou não) dos preceitos mencionados no acórdão recorrido**.

Eis a redação dos referidos incisos IV e V do art. 24 do RDE:

“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:

(...)

IV – a detenção disciplinar;

V – prisão disciplinar.”

Quanto a essas previsões, entendo que **não há afronta alguma ao texto constitucional** ou, em especial, à reserva legal inculpada no art. 5º, inciso LXI.

O art. 24 do Regulamento Disciplinar do Exército cuida, inequivocamente, de enumerar as sanções disciplinares aplicáveis àqueles que incorram em transgressão disciplinar, estabelecendo uma ordem de gravidade entre elas. Nesse rol, incluem-se a detenção disciplinar (inciso IV) e a prisão disciplinar (inciso V), **ambas medidas restritivas da liberdade de locomoção que encontram suporte no citado art. 47 da Lei nº 6.880/80**, o qual prevê, em seu § 1º, que “as penas disciplinares de impedimento, detenção ou prisão não podem ultrapassar 30 (trinta) dias”.

Conforme se nota, o § 1º do art. 47 da Lei nº 6.880/80, embora de forma vaga, abstrata e sem maiores minúcias, expressamente estatui as reprimendas de detenção e de prisão disciplinar. O que se extrai da interpretação conjunta do § 1º com o **caput** do artigo é a aplicabilidade das sanções de **impedimento, detenção ou prisão** – que não poderão passar de 30 dias – às contravenções e às transgressões disciplinares. Consequentemente, não procede a alegação de inconstitucionalidade das disposições impugnadas porque **os incisos IV e V do art. 24 do Decreto nº 4.346/02 simplesmente não introduzem nada de novo!**

A previsão de sancionamento das transgressões disciplinares com detenção disciplinar ou prisão disciplinar **consta de lei** – de lei editada sob a égide da Constituição anterior, é verdade, mas tida como recepcionada, como já se demonstrou –, sendo, portanto, **válida e plenamente vigente**. O que as disposições do RDE – **tidas por inválidas pela Corte a quo** – fazem é apenas **repetir a previsão legal**, inserindo a detenção e a prisão disciplinares na lista de punições passíveis de serem impostas, segundo a gravidade da transgressão, àqueles que incorram na prática proscrita, fixando, ainda, uma ordem de gravidade crescente entre as penalidades cabíveis.

Em outras palavras, os dispositivos do regimento extirpados pela instância precedente limitam-se a reproduzir a dicção da lei no bojo de um dispositivo que cuida de enumerar as espécies de sancionamento e classificá-las, em ordem crescente, segundo a gravidade da transgressão, **atividade que, a meu ver, não implica atividade legislativa, mas exercício do poder regulamentar da Administração**, o qual – diga-se de passagem – não só pode como deve ser exercido pela via do decreto.

É evidente que a reserva de lei há de ser respeitada, não podendo o Executivo extrapolar seus limites ou – **o que é mais grave** – inovar legislativamente. Contudo, dentro do espaço a ele conferido pela lei formal, há autorização (e liberdade) para, mais do que reproduzir o dispositivo criado pelo legislador, produzir, efetivamente, normas no intuito de explicitar o teor das leis, sem que nisso haja proceder contrário à Constituição. Outro não é o entendimento de Odete Medauar, para

quem

“[o] poder regulamentar configura um dos modos de exercício do poder normativo no âmbito do Poder Executivo. Do ponto de vista lógico, é melhor dizer que há um poder normativo geral, do qual o poder regulamentar se apresenta como espécie.

(...)

No direito brasileiro, o poder regulamentar destina-se a explicitar o teor das leis, preparando sua execução, completando-as, se for o caso. Do exercício do poder regulamentar resulta a expedição de regulamentos, veiculados por meio de decretos. Trata-se dos chamados regulamentos de execução, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, são atos administrativos que estabelecem normas gerais. A Constituição de 1988, no art. 84, IV, confere ao Presidente da República a atribuição de expedir decretos e regulamentos para a fiel execução da lei”.¹⁷

Assim sendo, a meu ver, **os preceitos dispostos no art. 24, incisos IV e V, do Decreto nº 4.346/02 não extrapolam o legítimo poder regulamentar do chefe do Executivo.** O que ali há não é produção legiferante, e sim explicitação e regulamentação de sanções já albergadas por lei.

A propósito, como explicou o eminente Ministro **Eros Grau** no julgamento da citada **ADI nº 3.340**, pode-se afirmar que se trata de ato normativo expedido pelo Executivo não por delegação legislativa, e sim por atribuição do poder normativo contida explicitamente na própria lei. Disse Sua Excelência o seguinte:

¹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 127-128.

“Sr. Presidente, vou acompanhar o Ministro-Relator com uma breve manifestação, referindo-me ao fato de que o exercício da função regulamentar pelo Executivo não decorre de uma delegação de função legislativa. Pois é certo que o Legislativo não detém o monopólio da função normativa, mas tão somente da função legislativa.

Não pode delegar ao Executivo o que não lhe pertence, ou seja, a parcela da função normativa correspondente à função regulamentar. Esta está situada, no bojo da função normativa, para além, ou aquém, isso não importa, da função legislativa.

Há delegação de função legislativa apenas quando uma sua parcela é delegado ao Executivo, tal como ocorre nas hipóteses dos arts. 62 e 68 da Constituição. Ora, se o Legislativo não detém o privilégio do exercício da função normativa em sua totalidade, mas somente da chamada função legislativa, há evidente equívoco no uso da expressão ‘regulamentos delegados’. Aqui se trata de regulamentos autorizados, ou seja, regulamentos cuja emanção pelo Executivo demanda apenas uma autorização disposta em virtude de lei. Aqui não há delegação, pois ninguém pode legar, menos ainda delegar, o que lhe não pertence. Trata-se de atos normativos expedidos pelo Executivo não por delegação do Legislativo, porém decorrentes de uma atribuição do poder normativo contida, explícita ou implicitamente, na Constituição ou em lei federal” (ADI nº ADI 3.340, Rel. Min. **Marco Aurélio**, red. do ac. Min. **Gilmar Mendes**, Tribunal Pleno, DJe de 9/3/07).

Por tudo que foi exposto até aqui, conclui-se pela **compatibilidade do art. 47 da Lei nº 6.880/80 com a ordem constitucional vigente** e, conseqüentemente, pela **validade dos incisos IV e V do art. 24 do Regulamento Disciplinar do Exército, instituído pelo Decreto nº 4.346/02**, porquanto foi fundamentado em lei recepcionada pela atual Carta Magna.

5. Da aplicação da tese anterior ao caso concreto.

Rememoro que, na origem, **Arno Winter** impetrou **habeas corpus** preventivo em favor de **SANDRO DA SILVA RODRIGUES**, com pedido de liminar, contra ato do **Comandante da 6ª Brigada de Infantaria Blindada**, situada na cidade de Santa Maria/RS, porque esse havia sido punido, em razão da suposta prática de transgressão disciplinar prevista no Decreto nº 4.346/02, com pena de detenção pelo período de 4 (quatro) dias.

O pedido liminar foi deferido com base nas teses da não recepção do art. 47 do Estatuto dos Militares pela atual ordem constitucional e da inconstitucionalidade dos dispositivos do atual Regulamento Disciplinar do Exército, os quais dispõem acerca de quais seriam as transgressões militares passíveis de sancionamento com detenção ou prisão disciplinar.

Em sua sentença, **o Juízo de Primeiro Grau confirmou a liminar e concedeu a ordem de habeas corpus**, consignando, para tanto, a inconstitucionalidade do Decreto nº 4.346/02 em sua integralidade, bem como a impossibilidade de reconstituição do regulamento disciplinar anterior, o Decreto nº 90.608/84, em virtude de sua revogação por força do art. 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O paciente opôs embargos de declaração com o intuito de ver apreciados os outros fundamentos jurídicos por ele exarados na petição inicial, **não logrando, contudo, sucesso em tal intento**.

Na sequência, foi interposto pelo paciente recurso de apelação, por meio do qual se objetivava, **mais uma vez**, ver analisadas as demais razões de mérito deduzidas na impetração.

A Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região **não conheceu do recurso** do paciente, mas deu **provimento parcial à remessa oficial**, para confirmar a **não recepção do art. 47 da Lei nº 6.880/80** pela Carta de 1988, por conflitar com a norma insculpida no inciso LXI de seu art. 5º, e, por conseguinte, para **declarar a invalidade das disposições atinentes às penas de prisão e de detenção constantes no Decreto nº 4.346/02** (incisos IV e V do art. 24).

Transcrevo, por oportuno, os seguintes excertos do acórdão recorrido:

“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 em 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 n.º 4.346/02, senão vejamos.

(...)

De tal forma, em verdade, operou-se, na hipótese, a revogação, quando da entrada em vigor da Constituição Cidadã, do artigo 47 da Lei n.º 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).

(...)

Assim sendo, voto por: a) não-conhecer do recurso de apelação interposto pelo impetrante e do pedido formulado pela União em suas contra-razões recursais; e b) dar parcial

provimento à remessa **ex officio** para, afastando a inconstitucionalidade do Decreto n.º 4.346/02, reconhecer a não-recepção, pela Carta Magna de 1988, do artigo 47 da Lei n.º 6.880/80 e, por conseguinte, a invalidade dos incisos IV e V do artigo 24 do referido decreto presidencial” (fls. 289 e 290 – grifo nosso).

Irresignada, a União interpôs o presente recurso extraordinário mediante o qual defende a recepção do art. 47 da Lei n.º 6.880/80, bem como a constitucionalidade do Decreto n.º 4.346/02. Pleiteia a recorrente, no caso de provimento do recurso extraordinário, seja determinado o retorno dos autos à primeira instância, para que ali se prossiga no julgamento do **habeas corpus**, avaliando-se os outros fundamentos deduzidos pelo impetrante. **Subsidiariamente**, vale dizer, caso não seja acolhida a pretensão principal, pugna pela denegação da ordem postulada na origem.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se, em seu parecer, pela **imediate denegação da ordem**, o que **não seria possível, sob pena de indevida supressão de instância e de ofensa ao princípio do devido processo legal**, na medida em que, de fato, há matérias suscitadas pelo impetrante que nem sequer foram examinadas pelos juízos ordinários.

Com efeito, ao compulsar os autos, verifica-se que o recorrido alegou a ocorrência da prescrição do direito de punir; a não realização de sindicância obrigatória; a afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da legalidade; e a presença de desvio de finalidade. Todas essas matérias são alheias à esfera de discricionariedade da Administração e ao mérito da punição disciplinar, **encontrando-se estreitamente ligadas ao princípio da legalidade**, situação na qual, segundo sólida jurisprudência desta Suprema Corte, é admissível a **impetração do remédio constitucional**.

Assim, entendo que **não seria possível, no caso concreto, denegar a ordem neste momento, com base no art. 142, § 2º, da Constituição Federal**, sem que se incorra em desrespeito aos direitos e às garantias do

paciente, ora recorrido, e sem que se abalem, também, a segurança jurídica e a confiança do jurisdicionado.

Desse modo, uma vez constatada, pela mera leitura do inteiro teor do acórdão recorrido, a total divergência entre o entendimento ali adotado e os fundamentos expostos neste voto, e não se podendo, como já se disse, apreciar as matérias de mérito deduzidas e ainda não apreciadas pelas instâncias precedentes, **o feito deve retornar à instância de origem, a fim de que ali essas matérias sejam analisadas.**

6. Dispositivo

Ante todo o exposto, **acolho a pretensão principal** – estando prejudicado o pedido recursal subsidiário – e **dou provimento ao recurso** para determinar que os autos retornem à primeira instância, a fim de que sejam examinados os demais fundamentos deduzidos na petição de **habeas corpus**.

Propõe-se, outrossim, a fixação da seguinte tese: “O art. 47 da Lei nº 6.880/80 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, sendo válidos, por conseguinte, os incisos IV e V do art. 24 do Decreto nº 4.346/02, os quais não ofendem o princípio da reserva legal”.

É como voto.