



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**A inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE)
e a defesa do devido processo administrativo disciplinar militar**

Leonardo de Oliveira Carvalho

2015

LEONARDO DE OLIVEIRA CARVALHO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO
EXÉRCITO (RDE) E A DEFESA DO DEVIDO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito, para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Juiz de Fora

Orientador: Professor Me João Beccon de Almeida Neto

**JUIZ DE FORA - MG
2015**

Carvalho, Leonardo de Oliveira. A inconstitucionalidade do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) e a defesa do devido processo administrativo disciplinar militar / Leonardo de Oliveira Carvalho. - 2015.

63 f.

Orientador: Professor Me João Becon

Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal de Juiz de Fora.

1. Transgressões militares. 2. Regulamento Disciplinar do Exército. 3. Inconstitucionalidade. 4. Devido processo legal.

LEONARDO DE OLIVEIRA CARVALHO

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGULAMENTO DISCIPLINAR DO
EXÉRCITO (RDE) E A DEFESA DO DEVIDO PROCESSO
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR**

Obteve o grau _____ Em _____/_____/_____

Professor Me João Becon de Almeida Neto
Orientador

Professor Brahwlio Ribeiro Mendes
Avaliador

Professora Tatiana Paula Cruz de Siqueira
Avaliadora

A Deus, quando algumas vezes, sentindo-me desacreditado e perdido nos meus objetivos, me fez vivenciar todas as soluções possíveis.

Aos meus queridos pais Sérgio Bernardes de Carvalho (in memoriam) e a "Dona Clara" , que me trouxeram com todo o amor e carinho a este mundo. Principalmente minha mãe que dedicou, cuidou e doou seu sangue e suor em forma de amor e trabalho por mim, despertando honestidade, solidariedade e perseverança em minha personalidade.

Ao meu irmão e a minha irmã, Felipe e Lívia, pelo exemplo de amor, dedicação e caráter.

A minha falecida Avó "Dona Chica", por participar ativamente da minha infância e criação.

Por fim, mas não menos importante, à Daniella por estar, incondicionalmente, ao meu lado.

AGRADECIMENTOS

Ao professor João Becon pela paciência na orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia.

EPÍGRAFE

“Comece desafiando suas próprias suposições. Suas suposições são suas janelas no mundo. Esfregue-as de vez em quando, ou a luz não entrará.”

Alan Alda

RESUMO

O Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) é a norma que, de um lado, elenca as transgressões e as sanções militares e, de outro, regula o Processo Administrativo Disciplinar Militar; porquanto impõe obrigações e restringe direitos. Aprovado via *decreto* do Poder Executivo, tipifica condutas genéricas e indeterminadas, além de invadir matéria reservada à lei; ofende, a um só tempo, a taxatividade penal e a reserva legal, padecendo, portanto, de vícios de natureza material e formal. Ademais, o RDE, conquanto não se revista da forma de lei *stricto sensu*, comina sanções privativas de liberdade. No entanto, advoga-se que, em defesa do devido processo administrativo disciplinar militar, o *ius libertatis* constitui direito fundamental somente passível de cerceamento através de penas cominadas pelo Parlamento. Eis a eiva da inconstitucionalidade do RDE.

Palavras chave: Transgressões militares. Regulamento Disciplinar do Exército. Inconstitucionalidade. Devido processo legal.

ABSTRACT

The Army Disciplinary Regulations (RDE) is the standard that, on the one hand, lists the transgressions and military sanctions and on the other, regulates Administrative Proceeding Military Discipline; because imposes obligations and restricted rights. Approved via decree of the Executive Branch, typifies generic and indeterminate behaviors, and break into matters reserved to the law; offends, at the same time, the criminal predictability and the legal reserve, suffering therefore of material nature and formal vices. Furthermore, the RDE, though not of the journal form of law in the strict sense, prescribe custodial sanctions. However, it argues that, in defense of the military because of disciplinary proceedings, that *ius libertatis* is a fundamental right subject to restriction only through feathers comminated by Parliament. This is the matter the unconstitutionality of RDE.

Key words: Military transgressions. Disciplinary Regulations of the Army. Unconstitutional. Due process Of Law

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	11
2.	A PROFISSÃO CASTRENSE E AS TRANSGRESSÕES MILITARES	13
3.	NATUREZA JURÍDICA DAS TRANSGRESSÕES MILITARES	16
4.	SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES.....	20
	4.1 Conceito material de sanção disciplinar militar.....	20
	4.2 Conceito formal de sanção disciplinar militar	22
5.	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL.....	23
	5.1 Subprincípio da anterioridade.....	24
	5.2 Subprincípio da irretroatividade	25
	5.3 Subprincípio da intervenção mínima	26
	5.4 Subprincípio da taxatividade penal.....	26
	5.5 Subprincípio da reserva legal	27
6.	VÍCIO MATERIAL DO RDE	29
	6.1 Ofensa ao subprincípio da taxatividade penal	29
7.	VÍCIOS FORMAIS DO RDE.....	32
	7.1 Análise do art. 47, do Estatuto dos Militares.....	32
	7.2 Ofensa à competência parlamentar legiferante: o regime jurídico das Forças Armadas e o subprincípio da reserva legal	34
	7.3 Ofensa ao direito fundamental à liberdade à luz do subprincípio da reserva legal	34
	7.4 Eficácia contida da norma constitucional do inciso LXI, do art. 5º	36
	7.5 Abuso de poder normativo	37
	7.5.1 Decreto-lei <i>versus</i> decreto executivo	37
	7.5.2 Decreto autônomo	39
8.	ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO RDE	46

9.	EM DEFESA DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR	48
9.1	Devido processo legal	48
9.1.1.	“Processo”	49
9.1.2.	“Devido”	50
9.1.3.	“Legal”	51
9.2	Devido processo administrativo disciplinar militar	52
9.2.1	PAD Mil procedimental	53
9.2.2	PAD Mil substantivo.....	53
10.	OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES	55
11.	CONCLUSÃO.....	59
12.	REFERÊNCIAS	61

1 INTRODUÇÃO

O Regulamento Disciplinar do Exército (RDE – Decreto Federal nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) é o ato normativo que elenca e tipifica as transgressões militares, bem como regula o Processo Administrativo Disciplinar do Exército. Em razão disso, este ato, nominado “decreto”, impõe obrigações e restringe direitos, inclusive o direito fundamental à liberdade. Submete, pois, todos os militares da Força Terrestre.

Diante disso, é imperioso arguir – e esse é justamente o objetivo geral a que se propõe este trabalho – se um *decreto* é o ato normativo adequado para tal fim. Especificamente, busca-se, ainda, no decorrer dos capítulos seguintes, perquirir sobre a constitucionalidade do RDE, à luz da exegese constitucional imposta pela Carta Política de 1988, sob a égide da moderna teoria dos direitos fundamentais, do princípio da legalidade e da participação democrática do Parlamento na produção de atos normativos impositivos de obrigações e restritivos de direitos. Tudo isso com foco na defesa do devido processo administrativo disciplinar militar, nas suas facetas procedimental e substancial.

Tratar da constitucionalidade do RDE é tema de inequívoca relevância, face ao indisponível direito fundamental à liberdade, o qual, *a priori*, somente pode ser restringido mediante o devido processo legal, respeitadas as garantias processuais do acusado.

Para tanto, é imprescindível singrar através das distintas correntes doutrinárias definidoras, seja do direito administrativo disciplinar e do poder normativo da Administração Pública, seja das transgressões e sanções disciplinares, seja da garantia dos direitos fundamentais. É uma tarefa que requer cautela, uma vez que a exegese dos decretos e das leis de índole administrativa pressupõe o respeito à hermenêutica constitucional vigente, delimitada, portanto, no espaço e no tempo. Assim, a revisão da doutrina e da jurisprudência de cunho administrativo deve ser feito, obrigatoriamente, à luz da Constituição de então, *in casu*, as Cartas de 1967 e de 1988.

Para a consecução dos objetivos ora propostos, buscaram-se amparos em consistentes teorias de consagrados doutrinadores pátrios e estrangeiros; *pari passu*, utilizou-se, frequentemente, a técnica da contra-argumentação.

Nunca é demais ressaltar que as advertências feitas face ao RDE se estendem, de

um modo geral, aos demais regulamentos disciplinares da Marinha e da Aeronáutica, bem como das Polícias Militares, contanto que, neste último caso, se revistam da forma de *decreto*.

Por fim, a despeito de o título deste trabalho, quiçá, instigar o contrário, não se pretende, de nenhum modo, defender ou acalentar o fim das sanções disciplinares. É consabido que delas (ou ao menos de seu efeito preventivo geral e especial) depende as Forças Armadas para manter a hierarquia e a disciplina, mormente, nos períodos de anormalidade. Em razão de sua natureza *sui generis*, cujos integrantes põem a soberania estatal acima mesmo do seu direito fundamental à vida, não podem as Forças Armadas renunciar a um regime jurídico disciplinar, de igual, especial. Nestes termos, tome-se como pressuposto primeiro deste trabalho a *imprescindibilidade do regulamento disciplinar militar*; a partir do qual, devem-se indagar os seguintes: qual a *forma* e qual o *teor* de tal regulamento. São, sem mais, as vertentes norteadoras deste trabalho.

2 A PROFISSÃO CASTRENSE E AS TRANSGRESSÕES MILITARES

As Forças Armadas constituem corpo especial da Administração Pública, destinando-se, precipuamente, à **segurança externa do Estado**, bem como de forma episódica, temporária e espacialmente delimitada, à **garantia da ordem interna**, merecendo do legislador constituinte expressa referência e reconhecimento da magnitude de suas atribuições.

Segundo Silva (2000, p. 738), “as Forças Armadas são instituições **Nacionais** porque pertencem inteiramente a nação. **Permanentes** significando que sua dissolução só acontecerá na hipótese de exaurir-se o próprio Estado. E, sendo **Regulares**, significa que deverão contar efetivos suficiente ao seu funcionamento normal, por via do recrutamento constante, nos termos da lei.” (**destacamos**)

As Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares são instituições públicas organizadas com base na **hierarquia e disciplina**, consoante dispõe, expressamente, a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 42 e 142, *in verbis*:

Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na **hierarquia e disciplina**, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

(...)

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. (**destacamos**).

No tocante aos demais órgãos públicos, não há, em sede constitucional, alusão expressa aos princípios da **hierarquia** e da **disciplina**, senão aos princípios constitucionais inerentes à Administração Pública, quais sejam, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência (art. 37, da Constituição Federal de 1988). Não obstante, é notório que nenhuma organização prescinde de hierarquia e disciplina para seu funcionamento. A hierarquia, entendida como ordenação progressiva de autoridade, é necessária para fixar funções e responsabilidades, ao passo que a disciplina, entendida como obediência às funções que se deve desempenhar, é fundamental para o desenvolvimento regular das atividades. Em todas as instituições públicas, independentemente do grau de complexidade, existe uma ordenação hierárquica de

funções e a necessidade de observância fiel das funções por cada servidor para concretização dos fins que se destinam.

Entretanto, o militar é um servidor público *sui generis*. Segundo Martins (1996, p.24), “se, em regra, basta ao servidor público civil o rigoroso cumprimento de seus misteres, do servidor público militar espera-se um ‘plus’. Assim, além do estrito cumprimento de seus deveres há que o servidor refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense (...)”. Significa dizer que os princípios da hierarquia e da disciplina são a base institucional das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Sendo assim, a Constituição Federal de 1988 teve o interesse especial de dispor que as instituições militares são organizadas com base naqueles princípios.

A Constituição da República, no entanto, não conceitua, tampouco define a amplitude ou a extensão da hierarquia e disciplina às quais estão sujeitas as Forças Armadas, cabendo tal tarefa à doutrina.

A **hierarquia** pode ser definida como "o vínculo de autoridade que une órgãos e agentes, através de escalões sucessivos, numa relação de autoridade, de superior a inferior, de hierarca a subalterno. Os poderes do hierarca conferem-lhe, de forma continua e permanente: a) poder de comando; b) poder de fiscalização; c) poder de revisão, poder de punir; (...)" (MELLO, 2002, p.132/133).

Para Silva (2000, p.738), **hierarquia** "é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior"; por sua vez, **disciplina** "é o poder que tem os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores." E ainda complementa "Não se confundem, como se vê hierarquia e disciplina, mas são termos correlatos, no sentido de que a disciplina pressupõe relação hierárquica. Somente se é obrigado a obedecer, juridicamente falando, a quem tem o poder hierárquico. 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, as ordens, normativas ou individuais, emanadas dos órgãos superiores. A disciplina é, assim, um corolário de toda organização hierárquica." Partindo dessa afirmação, é possível afiançar que a **hierarquia** e **disciplina militar** entrelaçam-se sobremaneira, que são ambas interpenetráveis e indissociáveis. Nesta esteira de pensamento, Soares (1920, p.65) assevera que "a subordinação pela obediência é a base da **disciplina militar**." (destacamos)

Uma vez assentadas tais posições doutrinárias, parte-se para a análise dos conceitos de hierarquia e de disciplina militares à luz do Estatuto dos Militares (Lei Federal nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980) e do RDE (Regulamento Disciplinar do Exército - Decreto Federal nº 4.346, de 26 de agosto de 2002). Ambos os institutos jurídicos, de forma similar, conceituam que:

Hierarquia militar “é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações (...).”¹

Disciplina militar “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.”²

Não é de admirar que a hierarquia e a disciplina sejam, com efeito, os pilares de sustentação das Forças Armadas, uma vez que lhes cabe gerenciar situações de caos e administrar, como *ultima ratio*, o emprego da violência. Dessa forma, a hierarquia e a disciplina funcionam como verdadeiros instrumentos de exercício e de limitação de poder militar, permitindo, por um lado, o exercício legal do poder e, por outro, coibindo abusos e excessos por parte do corpo militar.

Daí porque a necessidade de reprimenda às **condutas** ou **comportamentos contrários** à hierarquia e à disciplina. Tal repressão a esses **ilícitos comportamentais** se dá em razão da singularidade da profissão castrense, e, como tal, requer um singular Código Penal Militar, bem como um específico regulamento disciplinar militar.³

O Brasil adota o sistema dicotômico (bipartido) no que concerne ao gênero dos **ilícitos comportamentais** (ou **infrações militares**), dividindo-as em duas espécies, a saber: (i) **crimes militares**; e (ii) **transgressões militares**.

¹ Estatuto dos militares, art. 14º, § 1º; RDE, art. 7º.

² Estatuto dos militares, art. 14º, § 2º; RDE, art. 8º, *caput*.

³ Se, *prima facie*, poder-se-ia deduzir o contrário da leitura do título deste trabalho, percebe-se, pois, que não se pretende abolir definitivamente toda e qualquer espécie de regulamento disciplinar militar. Ao revés, pretende-se que se institua um regulamento válido, consoante a moderna exegese constitucional e o princípio da legalidade.

3 NATUREZA JURÍDICA DAS TRANSGRESSÕES MILITARES

O Regulamento Disciplinar do Exército conceitua a **transgressão militar** (ou disciplinar⁴) como sendo “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.”⁵

A doutrina distingue a transgressão militar do **crime militar**, segundo Porto (2014, p. 24) "Ao que parece, o Direito brasileiro adotou o critério legal ou *ratione legis* para determinar o que seriam crimes militares, submetendo estes à Justiça Militar. É o que determina o artigo 124 da Constituição da República: À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei". Isto na medida em que este constitui a ofensa aos mesmos preceitos, deveres e obrigações militares, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal (Código Penal Militar – CPM).

Percebe-se, pois, que há uma **paridade ontológica** entre crime militar e transgressão militar. **Materialmente**, ambos tutelam os mesmos bens jurídicos, quais sejam, os deveres e as obrigações militares, e, ao fim e ao cabo, tutelam a hierarquia e a disciplina militares. A diferença entre um e outro é, essencialmente, **quantitativa**, ou seja, o crime militar é punido mais severamente do que a transgressão militar; de forma análoga aos ilícitos penais não militares, o crime comum é punido mais severamente que a contravenção penal.

A transgressão militar e o crime militar, nada obstante a **equivalência ontológica**, são **axiologicamente distintos**. A transgressão militar tutela bens jurídicos relevantes, próprios do crime militar; a diferença entre ambos é meramente axiológica, qual seja, o grau de violação de interesses do Estado (**gravidade de lesão**). Destarte, a transgressão militar constitui, verdadeiramente, uma infração de pequena monta.

Durante o I Congresso Brasileiro de Direito Penal Militar, realizado no Rio de

⁴ São sinônimas as expressões “**transgressão militar**” e “**transgressão disciplinar**”, conforme o § 9º, do art. 14, do RDE: “São equivalentes, para efeito deste Regulamento, as expressões transgressão disciplinar e transgressão militar.” Optamos, no entanto, pela primeira expressão, em razão de adequação ao texto constitucional (art. 5º, inciso 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;” (**destacamos**)

⁵ RDE, art. 14, *caput*.

Janeiro, em 1958, o auditor Lauro Schuch, tratando da distinção entre crime militar e transgressão disciplinar, sustentou que, sob o aspecto material, crime e transgressão militares se distinguem apenas pelo **grau de antijuridicidade** da lesão praticada.

Na mesma medida em que não há distinção ontológica entre crime comum e contravenção penal, não o há entre crime militar e transgressão militar. Resta, enfim, perquirir qual a natureza jurídica das **sanções disciplinares**.

4 SANÇÕES DISCIPLINARES MILITARES

4.1 Conceito material de sanção disciplinar militar

Tentaremos a partir de agora estabelecer a definição da natureza jurídica das punições ou sanções disciplinares a que estão sujeitos os militares que praticarem transgressões militares.

Fazendo uma analogia das sanções disciplinares militares com as civis, aquelas teriam **natureza administrativa**. Essa tese é esposada na esfera do regime administrativo disciplinar do servidor civil. E com razão, uma vez que as sanções ali aplicadas são, na mais grave das hipóteses, **restritivas de direitos**. Concebe-se a função disciplinar⁶ na esfera administrativa como uma *relação punitiva especial*, a regular a conduta de pessoas determinadas⁷, sujeitas a relações de supremacia não territorialmente limitadas. Destarte, encontra mais correlação com a função hierárquica existente no plano administrativo do que com o direito penal⁸.

No entanto, na seara **disciplinar militar**, face à unidade ontológica entre crime militar e transgressão militar, é mais prudente, como dito alhures, falar de uma igualdade substancial, que aduz não haver diferença essencial entre o poder disciplinar e o direito penal. Dada a paridade ontológica da infração militar, a transgressão militar seria um *minus* em relação ao crime militar. Como destacado por renomado penalista, ambos seriam “*species* do mesmo *genus*” (HUNGRIA, 1991, p.17). Ademais, de igual às penas impostas pela prática de crimes militares, as sanções disciplinares são, em sua maioria, **privativas de liberdade**.

Se não bastasse a similaridade material e a natureza qualitativa das penas, Brutus e Arruda (2009, p. 104-106) elencam diversos pontos de contato entre o direito penal militar e o direito administrativo disciplinar militar⁹.

⁶ Prefere-se falar em *função disciplinar* ao invés de *poder disciplinar* porque o eixo metodológico do direito público gira em torno da idéia de dever, não da idéia de poder. O poder é instrumental, meio para que se cumpra aquele dever, atingindo-se a finalidade legal. Caracteriza-se, assim, como uma *função* no sentido jurídico do termo, pois existe uma situação jurídica, assinalada por um comando normativo, com uma finalidade a cumprir, mediante o manejo de certos poderes. Sobre isso, consulte-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 13-16.

⁷ BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista Tribunais, 2004.

⁹ BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. *Direito Constitucional Militar e Direito Disciplinar Militar*. Material de apoio da Pós-graduação em Direito Militar. Universidade Castelo Branco. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2009, p. 104-106.

(i) a classificação do comportamento militar das praças está vinculada à condenação no juízo criminal, quer para rebaixamento, quer para melhoria de classificação; ademais, a condenação por crime é equiparada à prisão disciplinar superior a 20 (vinte dias), para fins de ingresso no comportamento “Mau”;

(ii) a condenação por contravenção penal é equiparada a uma prisão disciplinar não superior a 20 (vinte) dias, para fins de classificação do comportamento;

(iii) a Lei nº 5836/72, que regula os Conselhos de Justificação, bem como o Decreto nº 71.500/72, que dispõe sobre os Conselhos de Disciplina, determinam expressamente que o Código de Processo Penal Militar deve ser aplicado subsidiariamente nos processos daqueles Conselhos, silenciando sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

(iv) entretanto, não apenas as normas da administração militar se aproximam da legislação penal militar. A recíproca está presente, pois o Código Penal Militar prevê a possibilidade de a sentença considerar como simples infrações disciplinares determinados delitos capitulados no CPM. Assim, por exemplo, é o caso do furto atenuado (art. 240, §1º) e do dano, também atenuado (art. 260).

(v) do mesmo modo, tanto o *sursis* como o livramento condicional devem ser revogados caso o militar beneficiado com aquelas medidas venha a sofrer punição disciplinar de natureza grave (arts. 614, III e 632, “c”, do CPPM), caracterizando mais uma vez a íntima ligação entre a área disciplinar e a penal militar.

(vi) o atual Código Penal Militar, Decreto-lei nº 1001/69, no seu art. 98, enumera as **penas acessórias**, aplicáveis no Direito Militar, que especificamente recaem sobre os militares: I – a perda do posto e da patente; II – a indignidade para o oficialato; III – a incompatibilidade com o oficialato; IV – a exclusão das Forças Armadas. Sem dúvida, tais penas acessórias em tudo se assemelham às **medidas administrativas** de mesmos nomes, aplicáveis aos militares em razão do julgamento por meio dos Conselhos de Justificação e de Disciplina.

(vii) a verossimilhança evidencia-se ainda mais no tocante ao princípio constitucional da garantia das patentes (CR, art. 142, I). Mesmo incidindo nos casos expressos no Código Penal Militar, ou considerado não justificado no Conselho de Justificação, conforme exposto pela CR/1988 "o Oficial das Forças Armadas 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", no caso o Superior Tribunal Militar, em decisão atípica daquele órgão do Poder Judiciário, em instância única.

Em face do exposto, entendemos que, a despeito de chamar-se direito *administrativo* disciplinar militar, a sanção disciplinar possui inequívoca **natureza penal**, sobretudo, em razão de atingir o direito fundamental à **liberdade** do indivíduo.

4.2 Conceito formal de sanção disciplinar militar

Num sentido formal, transgressão militar nada mais é do que a violação de qualquer das condutas **típicas** definidas em regulamento disciplinar, o qual por sua vez, deveria ser instituído por **lei *stricto sensu***, visto restringir direitos fundamentais dos militares, tal como a liberdade.

Aqui reside o nó górdio do RDE: a crítica de seu **fundamento de validade** pressupõe a análise do **princípio da legalidade penal**.

5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE PENAL

A intervenção sancionadora disciplinar, em razão de sua natureza penal, quase sempre implica em medidas de caráter constrictivo à **liberdade** do indivíduo. Neste diapasão, restringem a liberdade as sanções de **impedimento, detenção e prisão disciplinares**.¹⁰

Ocorre que, a liberdade é um valor supremo que goza de especialíssima proteção Constitucional, portanto, toda restrição penal a ela, deve pressupor a absoluta necessidade e adequação. Isso significa que a intervenção penal só é admitida quando ocorre lesão a um bem jurídico definido, e quando não puder ser substituída por outro meio menos gravoso de intervenção¹¹.

O princípio da legalidade penal, fruto da evolução da teoria dos direitos fundamentais ao longo da história, se concretizou como algo imprescindível ao Estado Democrático de Direito, eis que consiste num dos principais entraves à intervenção do Estado na esfera da liberdade do indivíduo. O ente estatal é, de regra, o detentor do *ius puniendi*, mas não poderá atuar de forma absoluta e arbitrária, pois a legalidade surge como um óbice a este poder, determinando em que situações será legítima a ação repressiva. Esse princípio proporciona ao indivíduo uma esfera de defesa de sua liberdade cuja garantia inaugural é o **primado da lei**. “As ações humanas passíveis de reprovação penal que sujeitem o indivíduo a restrições à liberdade ou outras medidas de caráter repressivo devem estar previstas expressamente em lei vigente à época do fato e de cujo conteúdo tenha sido dado conhecimento público a todos quantos se achem sob jurisdição do Estado” (LOPES, 1994. p. 34).

O postulado da **legalidade**, embasado na máxima de Ludwig Feuerbach, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, está presente no art. 5º, inciso XXXIX¹² da Constituição Federal, enquadrado no rol de direitos e garantias fundamentais. O art. 5º constitui o conjunto de Direitos Fundamentais conformador do Estado Social e

¹⁰ Além das três espécies supracitadas, o art. 24, do RDE, elenca as sanções de “advertência”, “repreensão” e “licenciamento e exclusão a bem da disciplina”. Repare que o art. 24 apresenta uma **incoerência axiológica**, ao pressupor que uma **pena privativa de liberdade** (impedimento disciplinar) seja menos gravosa do que uma **restritiva de direito** (repreensão). Não se pode conceber, à luz da moderna teoria dos direitos fundamentais, que uma “censura enérgica ao transgressor” (art. 27, do RDE) seja mais opressora que a privação de liberdade do impedimento disciplinar (art. 26, do RDE).

¹¹ Capez, Fernando. Curso de Direito Penal I. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. 651p.

¹² O postulado da legalidade proclama que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Democrático de Direito Brasileiro, pois tem a “função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal *mínimo* e garantista.” (BITENCOURT, 2007, p. 10)

O **direito fundamental à legalidade penal** está transcrito no art. 1º do Código Penal Militar, constituindo, efetivamente, o principal fundamento do Direito Penal Militar brasileiro. Em face disso, somente a lei anterior ao fato poderá torná-lo criminoso; e somente a lei poderá estabelecer a sanção consequente ao cometimento do delito. Inexistente a lei definindo o fato criminoso e cominando pena, não há que se falar em delito, nem sanção. Assim, a lei é a fonte única do Direito Penal Militar incriminador. Punir um indivíduo por um fato praticado, que não fora predeterminado em lei como crime é exercer arbitrariamente o poder, é viver num total estado indesejável de insegurança que rechaça o nosso Estado Democrático de Direito.

Do exposto, extrai-se que o princípio da legalidade é um dos principais sustentáculos de manutenção da segurança jurídica num Estado, pois através dele o indivíduo conhece o que se é permitido e o que se é proibido, podendo agir de forma consciente da licitude ou não de conduta. Deste modo, esse princípio é adotado na totalidade dos Estados democráticos e liberais e “com marcante presença até mesmo nas legislações de outros Estados de menor vocação democrática” (LOPES, 1994, p. 32).

Resta indagar a amplitude do termo “lei” presente no postulado supracitado. Para isso, é essencial prosseguir à análise dos **subprincípios da legalidade**.

Como decorrência lógica do princípio da legalidade podemos elencar cinco subprincípios: *anterioridade*, *irretroatividade*, *intervenção mínima*, *taxatividade* e *reserva legal*. Ressalte-se que, para a verificação do fundamento de validade do RDE, os dois últimos ganham relevância: (i) a **taxatividade**, como requisito de validade *material* da norma penal sancionadora; e (ii) a **reserva legal**, como requisito de validade *formal*.

5.1 Subprincípio da anterioridade

Bitencourt (2000, p.110) aponta: “nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.”

A garantia do princípio vem ancorada na possibilidade que se dá ao cidadão de

prévio conhecimento do conteúdo do injusto e, assim, dar uma maior estabilidade à vida em sociedade.

O subprincípio da **anterioridade** possui guarida constitucional no próprio corpo do princípio da legalidade, no art. 5º, inciso XXXIX, da CR segundo o qual não há crime sem lei **anterior** que o defina, nem pena sem **prévia** cominação legal.

5.2 Subprincípio da irretroatividade

A **irretroatividade *in pejus*** da lei penal vem expressa tanto no inciso XL, do art. 5º, da Carta Política (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”), quanto no art. 2º, do CPM:

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil.

§ 1º - A lei posterior que, de qualquer outro modo, favorece o agente, aplica-se retroativamente, ainda quando já tenha sobrevivido sentença condenatória irrecorrível.

Tanto no Código Penal Militar, como na Constituição Federal, reza a mesma disposição: a lei penal não retroagirá a não ser para beneficiar o réu. Por conseguinte, não poderá retroagir para agravar a situação de um indivíduo que seja acusado ou condenado.

Importa aqui destacar a relação da regra de retroatividade com a vigência normativa. Uma lei, ao retroagir estará atingindo um fato que aconteceu antes de ela ter vigência. Ou seja, sua vigência é excepcionalmente estendida para aquele fato.

Como se afirmou antes, não pode a norma retroagir para prejudicar, mas sim para beneficiar. Isso pode ocorrer após uma sentença penal condenatória ter sido prolatada (no julgamento de um recurso), e mesmo depois de seu trânsito em julgado (através da revisão criminal). Assim, pode haver a retroatividade benéfica antes e depois do julgamento, ainda que não caiba mais recurso da sentença.

Por analogia, se uma norma superveniente torna atípicas determinadas condutas antes tipificadas como transgressão militar, os militares porventura impedidos, detidos ou presos devem ser imediatamente postos em liberdade, bem como devem ser cancelados todos os registros de punição de seus assentamentos militares.

5.3 Subprincípio da intervenção mínima

Significa que o Direito Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar Militar devem intervir nos conflitos interindividuais ou *interna corporis* apenas quando for absolutamente indispensável.

Por decorrência, a norma penal só deve abranger um certo conteúdo quando absolutamente não for possível resolver a questão dentro de uma outra esfera jurídica que não a penal (intervenção mínima). A intervenção penal militar deve ser considerada a *ultima ratio* para a solução dos conflitos.

Ressalta-se que, mesmo na esfera disciplinar, a punição deve ser encarada como *ultima ratio* pelo chefe militar. Segundo o pensamento do Major Karst, citado em Brutus e Arruda (2009) a obediência voluntária, a autoconsciência e a responsabilidade não podem se impor aos homens pelo temor da punição. Posição semelhante defende o Tenente-Coronel G.O.N. Thompson, em artigo publicado no “The Engineers Journal” (Grã-Bretanha), em setembro de 1947, ao tratar do que chamou uma “Teoria de um Código Disciplinar Ideal”.

Segundo o autor, Thompson (1947) , tudo deve ser tentado antes de se usar um código disciplinar, todas as alternativas , pois se for necessário usar a punição para alcançar um feito , tal não será pela liderança e afinidade , mas sim estará no limite da autoridade.

Além disso, a intervenção penal caracteriza-se por ser residual e fragmentária. A norma penal interviria, em tese, quando não bastasse a atuação de outra área jurídica sobre a potencial violação de direitos regulada. E, de forma complementar, não haveria nenhum tipo de conduta que fosse objeto jurídico penal por excelência – todos os conteúdos das regulações penais são derivados de outras áreas do Direito, são resíduos de regulações insuficientes. Por decorrência, o conteúdo do Direito Penal é fragmentário, já que engloba os mais variados temas da vida social. Conforme Ferreira (2008) o Direito penal deve ser fragmentário , pois deve incriminar um pequeno número de condutas humanas, dentro das milhões de condutas possíveis.

5.4 Subprincípio da taxatividade penal

O subprincípio da **taxatividade penal** ou da **determinação típica** determina ao legislador o dever de delinear com clareza os elementos fundantes do tipo de injusto,

seja penal, seja administrativo militar, oferecendo um texto que prime pela determinação da conduta ilícita, das elementares, circunstâncias e fatores influenciadores na configuração dos contornos da tipicidade e sua respectiva consequência jurídica.

Toledo (1994, p.81) expõe, com clareza que:

A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios. Para que a lei penal possa desempenhar função pedagógica e motivar o comportamento humano, necessita ser facilmente acessível a todos, não só aos juristas. Infelizmente, no estágio atual de nossa legislação, o ideal de que todos possam conhecer as leis penais parece cada vez mais longínquo, transformando-se, por imposição da própria lei, no dogma do conhecimento presumido, que outra coisa não é senão pura ficção jurídica.

A lei penal militar (bem como a lei disciplinar militar) que comina pena (e sanção disciplinar) e descreve conduta punível não deve ser generalista, mas sim, **precisa, taxativa e determinada**, com a prefixação a respeito dos dados que permitem a qualificação e assimilação das figuras típicas.

Prado (2011, p.143) aponta as peculiaridades e a função da taxatividade:

Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.

5.5 Subprincípio da reserva legal

Bitencourt (2008) considera a legalidade e a reserva legal como princípios sinônimos. Entretanto, consideramos a posição de Capez (2004, p.48) mais acertada, segundo o qual o princípio da legalidade é gênero, e a reserva legal é espécie (subprincípio):

Somente a lei, em seu sentido mais estrito, pode definir crimes e cominar penalidades, pois a matéria penal deve ser expressamente disciplinada por uma manifestação de vontade daquele poder estatal a que, por força da Constituição, compete a faculdade de legislar, isto é, o poder legislativo.

Crimes e sanções só podem ser criados por **leis *stricto sensu***, que só podem ser

criadas pelo Estado. Trata-se da *reserva legal* - somente ao Estado está reservada a possibilidade de, criando leis, criar (juridicamente) crimes.

Com isto, surge a conclusão de que nenhuma outra fonte normativa inferior à lei pode gerar a norma penal, ainda que seja disciplinar. Não se pode conceber a ideia de um ato normativo, puramente emanado pela vontade unilateral do Presidente da República, criar normas de natureza penal. A reserva da lei é **absoluta** e não apenas relativa, cabendo somente a ela, criada e aprovada pelo Legislativo, criar tipos e cominar penas. Em relação ao tema, Prado (2007, p 29-30), bem sintetiza:

O caráter absoluto de reserva legal impede a delegação por parte do poder legiferante de matéria de sua exclusiva competência, lastreado no princípio da divisão de poderes. Assim, só ele pode legislar sobre determinado assunto, tal como definir a infração penal e cominar-lhe a respectiva consequência jurídica. O fundamento de garantia da reserva de lei, como princípio de legitimação democrática, deve informar e presidir a atividade de produção normativa penal, por força da particular relevância dos bens em jogo. Tem ela, por assim dizer, um papel negativo no sentido de que o objeto imediato e essencial do princípio é o de impedir o acesso do Poder Executivo à normação penal. Destarte, a importância e o fundamento da lei na área penal emergem de modo claro quando se acentua o significado de máxima garantia que representa para o indivíduo: tutela necessária em face da incidência da sanção penal sobre o bem jurídico essencial da liberdade pessoal. O motivo que justifica a escolha do Legislativo como o único detentor do poder normativo em sede penal reside em sua legitimação democrática (representatividade popular - art. 1º, parágrafo único, da CF), fazendo com que seu exercício não seja arbitrário.

Partindo do pressuposto de que o direito administrativo disciplinar militar trata de matéria de natureza penal, o **princípio da legalidade penal** deve assim ser entendido como não havendo crime ou transgressão disciplinar sem previa cominação legal, nem pena anteriormente definida, sob a possibilidade de ofensa inarredável ao princípio supracitado.

6 VÍCIO MATERIAL DO RDE

6.1 Ofensa ao subprincípio da taxatividade penal

Consoante alertado anteriormente, o subprincípio da **taxatividade penal** ou da **determinação típica** exige que toda e qualquer norma definidora de infrações de natureza penal seja dotada de clareza e certeza jurídica.

O Professor Pedroso (2008) leciona que a norma penal incriminadora, para atender aos postulados do Estado Democrático de Direito, deve ser suficientemente precisa, não só no que se refere à descrição dos elementos do tipo, como no que diz respeito à sanção que corresponde à violação do preceito penal contido na norma.

A discricionariedade da autoridade militar sancionadora, ao aplicar a lei disciplinar militar, fica limitada pela garantia da taxatividade, uma vez que as normas disciplinares devem possuir o máximo de clareza e determinação possível.

Inequívoca é a lição de Puig (1996), segundo o qual, o Estado de Direito exige a taxatividade e esta por sua vez está intimamente ligada ao princípio da legalidade. A realização efetiva do princípio da taxatividade exige que os delitos e suas respectivas penas estejam previstos no ordenamento pátrio, anteriormente (aspecto formal do princípio da legalidade), todavia também é necessário que a lei indique com clareza e precisão os contornos e limites dos fatos puníveis e suas penas.

A exigência de taxatividade é endereçada, pois, ao legislador, ao qual é defeso tipificar, ainda que no âmbito disciplinar militar, condutas infracionais imprecisas, ambíguas, equivocadas e vagas, as quais podem ocasionar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos.

Afirma Lopes (1994, p. 54) que:

a técnica legislativa de formar tipos utilizando-se de cláusulas gerais é de todo incompatível com o Estado de Direito. O princípio da legalidade implica que o fato constitutivo do delito se mostre descrito de modo diferenciado, isto é, exige que a lei anuncie, mediante a indicação dos diversos caracteres da conduta delitiva, a matéria de proibição, a fim de que os limites entre o lícito e o ilícito não fiquem à mercê da decisão judicial.

Há de se considerar ainda que, segundo Roxin apud Gomes (2003) se uma lei for imprecisa ou mesmo indeterminada não irá proteger o cidadão do arbítrio do Estado, pois mostraria uma falta de limites ao *ius puniendi*. Além do que, seria tal lei contrária ao

princípio da separação dos poderes, pois deixaria ao bel prazer do juiz fazer a interpretação que bem lhe aprouvesse, e, devido a isso, a existência de uma lei imprecisa e indeterminada não proporcionaria a sustentação para um juízo de reprovabilidade.

Muitas das transgressões disciplinares elencadas no Anexo I, do RDE¹³ pecam pela falta de clareza e especificidade, de maneira que os limites entre o lícito e o ilícito passam a ser mera discricionariedade da autoridade sancionadora. Devem-se evitar, dentro da esfera administrativa disciplinar, tipos genéricos, ambíguos, que ampliem demasiadamente os poderes de definição de sentidos da autoridade coatora. Isto porque o indivíduo, ao agir no exercício de sua liberdade, tem de ter certeza sobre o que pode ou não estar violando.

À guisa de exemplos, não se poderiam tipificar condutas genéricas, como as seguintes transgressões militares extraídas do Anexo I, do RDE:

(i) número “9. Deixar de cumprir prescrições expressamente estabelecidas no Estatuto dos Militares ou em outras leis e regulamentos, desde que não haja tipificação como crime ou contravenção penal, cuja violação afete os preceitos da hierarquia e disciplina, a *ética militar*, a *honra pessoal*, o *pundonor militar* ou o *decoro da classe*;” (*destacamos*)

(ii) número “13. Apresentar parte ou recurso suprimindo instância administrativa, dirigindo para autoridade incompetente, repetindo requerimento já rejeitado pela mesma autoridade ou empregando *termos desrespeitosos*;” (*destacamos*)

(iii) número “19. *Trabalhar mal*, intencionalmente ou por falta de atenção, em qualquer serviço ou instrução;” (*destacamos*)

(iv) número “42. Freqüentar *lugares incompatíveis com o decoro da sociedade ou da classe*;” (*destacamos*)

(v) número “85. Desrespeitar, em público, as *convenções sociais*;” (*destacamos*)

(vi) número “88. *Faltar*, por ação ou omissão, *com o respeito* devido aos símbolos nacionais, estaduais, municipais e militares;” (*destacamos*)

(vii) número “98. *Desacreditar*, dirigir-se, referir-se ou responder de *maneira desatenciosa* a superior hierárquico;” (*destacamos*)

(viii) número “99. *Censurar* ato de superior hierárquico ou procurar *desconsiderá-lo*

¹³ O Anexo I, do RDE elenca todas as infrações disciplinares a que estão sujeitos os militares do Exército Brasileiro. Ao todo, estão tipificadas 113 transgressões militares.

seja entre militares, seja entre civis;” (*destacamos*)

(ix) número “101. *Ofender a moral, os costumes* ou as instituições nacionais ou do país estrangeiro em que se encontrar, por atos, gestos ou palavras;” (*destacamos*).

“Ética militar”, “honra pessoal”, “pundonor militar”, “decoro da classe”, “decoro da sociedade”, e “convenções sociais” são conceitos extremamente abstratos e ampliam em demasia a discricionariedade da autoridade sancionadora.

“Trabalhar mal”, “faltar com o respeito”, “desacreditar” ou “desconsiderar” o superior hierárquico, “ofender a moral ou os costumes” constituem tipos abertos¹⁴, pois ausente a descrição completa dos elementos que caracterizam a transgressão disciplinar. Os tipos abertos exigem, em razão de circunstâncias que dependem de avaliação no contexto social do momento da realização do fato, um juízo axiológico necessário à configuração definitiva do tipo, o qual depende de avaliação da autoridade sancionadora. Há, destarte, uma sensível restrição ao subprincípio da taxatividade.

O estabelecimento de expressões vagas ou demasiado abrangentes, capazes de alcançar qualquer comportamento humano, aniquila a taxatividade da norma disciplinar sancionadora e vilipendia o princípio da legalidade. Logo, resta inequívoco que o RDE, em razão de vício de natureza material, ostenta *ab initio* a eiva da **inconstitucionalidade**.

¹⁴ É o que ensina Hans Welzel, *in verbis*: “uma considerável restrição sofre o princípio da determinabilidade legal nos tipos abertos, em especial nos delitos de omissão impróprios, já que nestes, só uma parte do tipo está legalmente descrita, enquanto que a outra deve ser construída pelo juiz mediante complementação do tipo”. WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bostos Ramírez e Ser Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 2.

7 VÍCIOS FORMAIS DO RDE

7.1 Análise do art. 47, do Estatuto dos Militares

A Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, dispõe sobre o Estatuto dos Militares e, portanto, trata do *regime jurídico das Forças Armadas*. É praticamente pacífico que tal estatuto foi recepcionado pela CF/88. A questão controversa reside em saber se o fenômeno da recepção se deu de forma total ou parcial. Com efeito, a celeuma jurídica ocorre em torno do art. 47, do supracitado estatuto.

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. (BRASIL, 1980)

O Novo RDE (decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002) seguiu a mesma linha dos antecessores e foi adotado por meio de **decreto do Poder Executivo**. Aqueles que defendem sua constitucionalidade costumam amparar-se no argumento de que o Poder Legislativo *delegou*, via art. 47, da Lei 6.880/80, ao Presidente da República, a atribuição de instituir, por *decreto*, os regulamentos disciplinares. Prova disso é que o **fundamento de validade** utilizado pelo Presidente da República para decretar o RDE é justamente o controverso art. supracitado.¹⁵

Convém, no entanto, prosseguir a uma análise mais profunda do art. 47.

É inequívoco que o art. 47 estabelece que os “regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares”. Entretanto, em nenhum momento, o art. 47 elegeu, expressamente, o **decreto** como espécie normativa própria para tal. Tampouco poderia fazê-lo.

No entanto, os *defensores da constitucionalidade do atual RDE* argumentam que a espécie normativa é o **decreto**, pois se estaria diante de uma **delegação legislativa**.

Contrariamente, entendemos que não há que se falar em “delegação legislativa”. Através deste instituto jurídico, o Poder Legislativo **delega** ao Poder Executivo a

¹⁵ Assim consta, *in verbis*, o fundamento de validade do RDE: “o PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e de acordo com o **art. 47** da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, decreta:” o RDE. (**destacamos**)

competência para editar **lei *stricto sensu***. Por mais redundante que isso pareça ser, a delegação legislativa *delega lei*, não decreto. Só faz sentido falar em delegação legislativa, se a espécie normativa hábil a tratar do tema for a lei e, neste caso, a Constituição disciplina de modo bem claro seus requisitos¹⁶. A espécie normativa objeto da delegação legislativa é a **lei delegada**; não o “decreto delegado”, como querem os defensores do atual RDE. Ademais, sob uma perspectiva lógico-sistêmica, não haveria razão para um dispositivo de lei delegar ao Poder Executivo a competência para expedir decretos, pois esta já é a sua competência por excelência.

Não bastasse isso, ainda que se considerasse que o art. 47 fosse uma delegação legislativa (e não o é, como já demonstrado), tal artigo teria sido revogado pelo art. 25, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, *in verbis*:

Art. 25. 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 (...) (**destacamos**)

Diante do exposto, se se entende que o art. 47 não estabelece o decreto, tampouco a lei delegada, como espécies normativas hábeis a tratar do regulamento disciplinar das Forças Armadas, não há por que lhe negar a incidência da recepção constitucional.

A *contrario sensu*, a despeito de todos os argumentos supracitados, se se interpretasse que o art. 47 estabeleceria o decreto como espécie normativa hábil a tratar do regulamento disciplinar das Forças Armadas, esse dispositivo seria, por igual razão, não apenas incompatível com a CF/88 (e, portanto, reputado não recepcionado), mas também considerado inconstitucional, por infringir a CF/67. Isto porque a CF atual (bem como a anterior)

¹⁶ A delegação de lei obedece a um **processo legislativo especial** e se dá mediante **resolução** do Congresso Nacional, não através de simples permissão de dispositivo de lei. A lei delegada será elaborada pelo Presidente da República, contanto que solicitada e aprovada a delegação legislativa pelo Congresso Nacional, nos termos e nos limites do art. 68, da Carta Magna:

“Art. 68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.

§ 1º - Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

I - organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, a carreira e a garantia de seus membros; II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais;

III - planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

§ 2º - A delegação ao Presidente da República terá a forma de resolução do Congresso Nacional, que especificará seu conteúdo e os termos de seu exercício.

§ 3º - Se a resolução determinar a apreciação do projeto pelo Congresso Nacional, este a fará em votação única, vedada qualquer emenda.

define que apenas a lei (não o decreto) pode tratar do regime jurídico das Forças Armadas.¹⁷

7.2 Ofensa à competência parlamentar legiferante: o regime jurídico das Forças Armadas e o subprincípio da reserva legal

O regime disciplinar militar é parte integrante do **regime jurídico das Forças Armadas**, o qual somente mediante **lei** possui validade, nos termos da alínea “f”, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88:

§ 1º - São de **iniciativa privativa do Presidente da República** as leis que:

(...)

II - disponham sobre:

(...)

f) **militares das Forças Armadas**, seu **regime jurídico**, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. **(destacamos)**

Constata-se, pois, ser da competência do Presidente da República apresentar projetos de lei que tratem do regime jurídico das Forças Armadas e, por conseguinte, do regime disciplinar militar.

Destarte, o RDE, ao revestir-se da espécie normativa “decreto”, infringe frontalmente a previsão constitucional, segundo a qual caberia à lei dispor sobre o regime disciplinar militar. Em face do exposto, não importa a corrente doutrinária norteadora da natureza jurídica do direito administrativo disciplinar (penal ou administrativa) que se siga; o fato é que, de um ou outro modo, o RDE incorre em flagrante desrespeito ao subprincípio da reserva legal, pois por tal princípio, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da Lei, isto é, nenhum fato pode ser reputado criminoso e nenhuma punição criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma Lei definindo como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. A Lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida, Bitencourt (2008).

7.3 Ofensa ao direito fundamental à liberdade à luz do subprincípio da reserva legal

O reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais do homem encontram-se na base das Constituições modernas democráticas.

¹⁷ Alínea “f”, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88.

Hodiernamente, é indiscutível a relevância que se dá aos direitos fundamentais dentro de uma ordem jurídica. Recebem merecido destaque em relação a normas infraconstitucionais, as quais ocupam patamares hierarquicamente inferiores. A lei deixou de ser o centro do universo jurídico em detrimento dos direitos fundamentais e dos princípios de direito, os quais possuem um regime jurídico específico. Como destaca Humberto Ávila (2005), em face da progressiva utilização dos princípios e dos direitos fundamentais, pode-se dizer que a doutrina e a comunidade jurídica estão vivendo um verdadeiro Estado Principiológico e de direitos. É por este motivo que os operadores do direito, bem como a doutrina têm utilizado, cada vez com mais frequência, os princípios jurídicos para solução de problemas concretos, sendo imprescindível e necessário ao intérprete do direito a compreensão exata destas proposições.

É cediço, por certo, que o direito fundamental à liberdade não é absoluto. A tutela à liberdade impõe como consequência inafastável a limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* do cidadão, sendo esta uma das maiores conquistas do Direito Constitucional. Num

Estado Democrático de Direito, pois, a regra é a liberdade de ir e vir, com inúmeros direitos e garantias à disposição do indivíduo para assegurar a manutenção desta prerrogativa.

A Constituição Federal em vigor, ao tutelar os direitos e garantias individuais, todavia, estabeleceu em seu Art. 5º, inciso LXI, algumas restrições ao direito de liberdade, fixando que “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.**” Nesta última expressão (definidos em lei), se analisada sintaticamente, podemos perceber que abarca os dois termos antecedentes, quais sejam: transgressão militar ou crime propriamente militar. Portanto, a definição e os contornos legais dos dois institutos devem ser estabelecidos por lei *strictu sensu*.

Note-se que, dentre as restrições impostas, o legislador constituinte foi mais abrangente quando tratou dos militares, acrescentando às hipóteses de prisão provisória por flagrante e por ordem judicial, aquelas fundadas em transgressão disciplinar e crime propriamente militar.

Do disposto na Carta Política vigente, tem-se que, mesmo sem flagrante ou sem ordem judicial, poderá haver prisão do autor de *crime propriamente militar*, desde que definido **em lei**.

Note-se que o termo “lei” constante do inciso LXI divide a doutrina. Os defensores do RDE alegam que a exigência de **lei** refere-se unicamente aos *crimes propriamente*

militares, os quais estariam albergados pelo Código Penal Militar (decreto-lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969), reputado recepcionado pela CF/88.

Tampouco faz sentido, como querem alguns defensores do atual RDE, afirmar que o termo “lei” teria sido usado em “*sentido estrito*” para os crimes propriamente militares, e, em “*sentido amplo*” para as transgressões militares. Impossível compartilhar com tal premissa. A uma que, quando a Constituição usa o termo “lei”, sem especificar qual a espécie, entende a doutrina tratar-se genericamente da “lei ordinária”; jamais de norma infralegal, como é o caso do *decreto*. A duas que, é impossível aceitar que uma mesma palavra, numa mesma frase, possa comportar dois significados distintos.

Cabe ressaltar, porém, que a expressão “crime propriamente militar” está no singular, em contraposição ao termo “definidos”. Assim, não haveria razão para este termo estar no plural, a não ser o fato de que ele se relaciona tanto a “crime propriamente militar”, quanto a “transgressão militar”.

Diante desse argumento, aqui tampouco importa defender a natureza jurídica do direito administrativo disciplinar; o fato é que, de um ou outro modo, o RDE incorre em flagrante desrespeito ao **subprincípio da reserva legal**.

A propósito, conforme discorre Silva Franco (1997), existe uma tensão entre o *ius puniendi* do Estado e o direito à liberdade do indivíduo, sendo que somente a lei emanada pelo Parlamento seria apta a imiscuir-se neste meio. O autor diz isto, pois afirma que mesmo com as imperfeições e incertezas do processo legislativo, este é, ainda, o mais adequado para tutelar o direito fundamental da liberdade pessoal.

7.4 Eficácia contida da norma constitucional do inciso LXI, do art. 5°.

É cediço que, diante do § 1°, do art. 5°, da CF/88, “as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata.”

Nada obstante tenham aplicação imediata, podem as normas constitucionais ser classificadas em eficácia plena, limitada e contida.¹⁸

Tanto as normas constitucionais de eficácia *plena*, quanto aquelas de eficácia *contida* possuem aplicabilidade imediata e são capazes de produzir todos os seus efeitos

¹⁸ O tema da classificação das normas constitucionais foi exaustivamente tratado pelo constitucionalista José Afonso da Silva, in SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

ab initio. Distinguem-se pelo fato de que apenas a segunda é restringível por norma infraconstitucional. As normas de eficácia *contida* são também definidas, conforme a professora Maria Helena Diniz (1998), como normas de eficácia *restringível*, já que a atividade legislativa pode-lhe reduzir o alcance. *A contrario sensu*, enquanto não houver concretamente uma legislação que a restrinja a norma nelas contemplada, o alcance será pleno e total. As normas de eficácia contida ou restringível produzem todos os efeitos jurídicos queridos, apesar de sujeitas a restrições nelas previstas ou dependentes de regulamentação ulterior que reduza sua aplicabilidade.

Por tais razões, o inciso LXI, do art. 5º, corolário do direito fundamental à liberdade, é uma norma constitucional de eficácia contida, capaz de produzir todos os seus efeitos de forma plena e total, até que lei lhe reduza o alcance.

Assim, a liberdade protegida pelo inciso em tela pode ser restringida pelo advento de lei que regule os *crimes propriamente militares*, bem como as *transgressões militares*. No primeiro caso, parcela da doutrina defende que já há essa limitação, em razão do CPM.¹⁹ Todavia, em relação às transgressões militares, não há lei promulgada, mas apenas um “decreto” do Presidente da República, o que, formalmente, não é capaz de suprir a exigência da constitucional.

Por seu turno, os defensores do atual RDE poderiam argumentar, na forçosa tentativa ou de adequação formal ao subprincípio da reserva legal, ou em razão da *teoria da recepção constitucional*, que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas teriam sido recepcionados como *lei stricto sensu* e, desta sorte, reputar-se-iam formalmente constitucionais. É o que se contra-argumentará a seguir.

7.5 Abuso de poder normativo

7.5.1 Decreto-lei versus decreto executivo

O decreto-lei representou a atividade normativa do Poder Executivo, que

¹⁹ Parte da doutrina, como é o caso do professor e Juiz Auditor da Justiça Militar, João Rodrigues Arruda, defende que mesmo o CPM não define os *crimes propriamente militares*. Segundo ARRUDA, o art. 9º do CPM define “crime militar”, ou melhor, elenca as hipóteses em que se enquadram os crimes militares, *ratione materiae*, *ratione personae* e *ratione loci*. As definições de crime propriamente militares existentes são, pois doutrinárias.

despontou, no ordenamento brasileiro, na Constituição de 1937. Desapareceu na Carta de 1946 e foi retomada na Constituição de 1967. O decreto-lei é típico ato normativo primário e geral, pois representa a existência de um poder normativo primário próprio do Presidente da República e independente de qualquer forma de delegação. A Medida Provisória, embora formal e materialmente distinta, tem sua origem no decreto-lei.

Já o **decreto executivo** é ato emanado pelo chefe do poder Executivo em âmbito federal, estadual e municipal. Ressalta-se que os decretos não traduzem emanção da função legislativa, uma vez que se trata de atribuição privativa do chefe do Poder Executivo. Alguns autores o chamam de *decreto regulamentar* ou simplesmente *regulamento*, em decorrência do poder regulamentar exercido pelo chefe do Poder Executivo.

Embora tanto a lei, quanto o decreto sejam normas, apenas a lei – ato normativo originário – tem o condão de inovar originariamente no ordenamento jurídico, revelando-se, assim, como uma fonte primária do direito. Já o decreto não altera a lei, apenas a desenvolve e a explica, revelando-se como uma fonte secundária do Direito. Conforme ensina Geraldo Ataliba (2001), a lei, e somente ela, deve possuir um caráter inaugural e inovador. Já o decreto ou regulamento é ato menor, inferior, de aplicação. É ato secundário e, pois, meramente administrativo.

O decreto, na esfera federal, encontra guarida no inciso IV, do art. 84, da Carta Magna:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Diante do exposto, percebe-se que as duas espécies normativas (decreto-lei e decreto) são inconfundíveis. Por um lado, o decreto-lei é ato normativo *primário*, de cunho inaugural, inovador, cujo fundamento de validade é a própria Constituição. Por seu turno, o decreto constitui ato normativo *secundário*, infralegal, de cunho regulamentar, meramente administrativo, cujo fundamento de validade é um ato normativo primário (v.g., lei complementar, ordinária e decreto-lei).

Os decretos-leis, quando materialmente compatíveis, foram recepcionados pela CF/88. É o caso do Código Penal (decreto-lei n° 2.848/40), Código de Processo Penal (decreto-lei n° 3.689/41), Consolidação das Leis Trabalhistas (decreto-lei n° 5.452/43), Código Penal Militar (decreto-lei n° 1.001/69), Código de Processo Penal Militar (decreto-

lei n° 1.002/69), dentre outros.

Os regulamentos disciplinares, por seu turno, não constituem **decretos-lei**, pois estes possuíam processo legislativo particular, consoante as normas constitucionais vigentes²⁰, tampouco **decretos executivos** (atos normativos secundários, meramente administrativos).

Resta perquirir, pois, a natureza jurídica dos regulamentos disciplinares, vez que excluídas as possibilidades de **lei delegada**, “**decreto delegado**”, **decreto-lei** e **decreto executivo**.

7.5.2 Decreto autônomo

O decreto autônomo não se confunde com o decreto *executivo*, o qual encontra guarida no inciso IV, do art. 84, da Carta Magna e tem como balizas a impossibilidade de inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições, medida punitivas, até porque ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, conforme art. 5º, II da Constituição.

Segundo a Professora Di Pietro (2006), *autônomo* é o decreto que estabelece inovações na ordem jurídica pois cria normas sobre matérias não disciplinadas em lei; ele não regulamenta nem desenvolve nenhuma lei prévia.

Os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2006) lecionam que, em alguns países, como a França, há previsão constitucional da figura do decreto autônomo, a par do decreto executivo. O campo de atribuições do primeiro é de natureza residual ou remanescente, pois as matérias não reservadas ao Parlamento podem ser disciplinadas em decreto autônomo. Este pode inovar originariamente a ordem jurídica, diferentemente do decreto executivo, que pressupõe a existência de lei anterior. Assim, o art. 34 da vigente Constituição Francesa de 1958 enumera as matérias que só podem ser reguladas em lei formal, ao passo que o art. 37 atribui ao Executivo o poder de baixar decretos para tratar de assuntos não inseridos explicitamente no domínio do legislador. Percebe-se, portanto, que os decretos albergados pelo art. 37 não pressupõem lei anterior, vez que seu objetivo não é complementar disposições legislativas preexistentes, mas disciplinar, de forma autônoma, assuntos que se encartam em sua competência residual. Em razão

²⁰ O decreto-lei é uma espécie de antecessor da medida provisória, embora se lhe distinga formal e materialmente, Alexandre de Moraes (2008, p.653).

disso, os decretos autônomos encontram seu fundamento de validade na própria Constituição Francesa (art. 37).

No Brasil, há grande celeuma jurídica acerca da possibilidade ou não de existência de decretos autônomos à luz da CF/88.

A corrente tradicional argumenta pela impossibilidade de emanar, do Executivo, atos normativos primários, sob o argumento de que é "da nossa mais arraigada tradição a inteira submissão do poder regulamentar à lei.

Sob a égide da CF/67, Ataliba (1969, p. 23) assegurava:

Os que sustentam a existência, entre nós, do regulamento autônomo, por exemplo, leram compêndios alienígenas de direito administrativo, esquecidos de que este é submetido ao constitucional, e sem se darem à detença de verificar que as nossas Constituições sempre dispensaram tratamento estrito ao regulamento, em contraste com o regime constitucional de outros países, onde o silêncio dos textos ensejou inteligência diversa, quando a não impôs.
(...)

Não há regulamento autônomo no Brasil porque só a lei pode obrigar (§ 2º do art. 150 da Carta federal) e porque nossos decretos só existem para assegurar a fiel observância das leis (art. 83, II da Carta federal). O regulamento – no Brasil, sempre veiculado por Decreto – é inteiramente subordinado à lei, tanto positiva, quanto negativamente. Não pode restringi-la, da mesma forma que não lhe é dado ampliá-la. A compreensão de seu regime jurídico, entre nós, decorre da conceituação e dos limites do poder regulamentar. (ATALIBA, 1969, p.23).

Por seu turno, há doutrinadores, dentre os quais, os professores Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Alexandre de Moraes, que se posicionam pela possibilidade, não obstante limitada, de existência do decreto autônomo no ordenamento constitucional pátrio atual, mormente após a Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001. Assim, o decreto autônomo apareceria no art. 84, VI, da CF/88 (cuja redação fora modificada pela supracitada emenda), *in verbis*:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)
VI – dispor, **mediante decreto**, sobre:

- a) **organização e funcionamento da administração federal**, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
- b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, **destacamos**)

Cabe ressaltar que o art. 84, inciso VI é uma hipótese completamente distinta daquela da Constituição Francesa, na qual o decreto é “ato pelo qual o governo edita regras jurídicas novas, com força de lei, portanto revogando ou derogando atos do

Parlamento anteriores, relativas a matérias não enumeradas no art. 34 da Constituição. É ele, pois, a expressão de um *poder normativo* governamental, no dizer de Ferreira Filho (1995, p.198-199), deve ser posto no mesmo pé que o Poder Legislativo, já que consiste em editar regras jurídicas somente subordinadas à Constituição.

A posição mais acertada parece estar com a professora Di Pietro (2009, p.91), a qual assegura que o art. 84, inciso VI, alínea “a” é uma hipótese como de decreto autônomo. Diz ela: “Com a alteração do dispositivo constitucional, fica restabelecido o regulamento autônomo no direito brasileiro, para a hipótese específica inserida na alínea a.” Para esta autora, a alínea “b” seria uma hipótese de ato administrativo de efeitos concretos e, como tal, padeceria das qualidades de generalidade e abstração necessárias para caracterizar um decreto autônomo.

Amaral Júnior²¹, em artigo intitulado “Decreto autônomo: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001”, publicado no sítio oficial do Planalto afirma que:

com o advento da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, a ordem jurídica brasileira indubitavelmente ganhou uma oitava espécie normativa primária, a saber, o decreto quando relativo a determinadas matérias que, a teor da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, dele passaram a ser privativas, sem intermediação da lei. Daí serem ditos decretos “autônomos”.

O referido autor (op. cit.) extrai sua conclusão a partir das modificações impostas pela EC 32/2001.

O art. 48, XI, da Carta Política, que trata das competências legislativas do Congresso Nacional, em seu texto originário, referia-se à “*criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública*”. Com o advento da EC 32, passou a se referir, tão-só, à “*criação e extinção dos Ministérios e órgãos da administração pública*”. Não há mais, portanto, referência à **estruturação** e **atribuições** de Ministérios e órgãos da administração pública como matéria de lei.

O art. 61, §1º, II, “e”, da Constituição de 1988, que trata da reserva de iniciativa do Presidente da República, até então, referia-se à “*criação, estruturação e atribuições dos Ministérios e órgãos da administração pública*”. Passou a se referir, tão somente, à “*criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública...*”, acrescentando, ainda, “*...observado o art. 84, VI*”. Uma vez mais, diga-se de passagem, houve supressão da referência a **estruturação** e **atribuições**.

²¹ Júnior, José Levi Mello do Amaral. Decreto autônomo – Inovação da Emenda Constitucional no 32, de 2001. Acesso em 25/06/2015, disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Levi.htm

O art. 84, VI, da CF/88, que trata da competência do Presidente da República para expedir decretos, referia-se, até então, à "*organização e funcionamento da administração federal, na forma da lei*". Passou a referir-se à "*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*". Suprimiu-se, neste caso, a expressão "**na forma da lei**".

Enfim, o art. 88, até então confiava à lei a criação, a estruturação e as atribuições dos Ministérios. Passou a atribuir à reserva legal somente à criação e à extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, suprimindo, uma vez mais, os termos “**estruturação**” e “**atribuições**”.

Diante do exposto, segundo Amaral Júnior (op. cit.),

o decreto passou a ser, a partir da Emenda Constitucional nº 32, de 2001, o único instrumento normativo apto a versar sobre **atribuições** e **estruturação** intestinas dos Ministérios e órgãos da Administração. As atribuições e a estruturação dos Ministérios e órgãos da administração pública não mais tocam à lei, devendo ser veiculadas em decreto autônomo – vale repetir, espécie normativa primária – desde que não implique aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos (cf. art. 84, VI, **a**, da Constituição de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

Por fim, cabe ressaltar que segundo o eminente constitucionalista Alexandre de Moraes (2008), o Supremo Tribunal Federal tem, excepcionalmente, admitido ação direta de inconstitucionalidade em face de **decreto**, desde que este seja um **decreto autônomo** e não seja um decreto executivo. Assim, assegura o STF que: "(...) não havendo lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tende a ser adotada em lei

formal. O decreto seria nulo, não por ilegalidade, mas por inconstitucionalidade, já que supriu a lei onde a Constituição exige."²²

Destarte, nos termos da redação atual do art. 84, inciso “a”, da Carta Magna, compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto [*autônomo*], sobre a organização e o funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Desta feita, a defesa do cabimento de decretos autônomos, ressalte-se, nos estritos limites do art. 84, inciso V, alínea “a” parece ser a opção doutrinária mais acertada.

²² STF – Pleno – ADIn nº 1435-8/DF – medida Liminar – Rel. Min. Francisco Rezek, **Diário da Justiça**, Seção I, 6 de agosto de 1999, p. 5; no mesmo sentido : STF – Pleno – ADIn nº 1999-6/SP – medida liminar – Rel. Min. Octávio Galloti, **Diário da Justiça**, Seção I, 5 agosto de 1999, capa.

Se não bastassem os argumentos já suscitados, argumenta-se, em *primeiro lugar*, que a Emenda Constitucional nº 32, de 2001, não ofende o princípio da legalidade. Consoante demonstrado, o decreto autônomo, no ordenamento pátrio, possui campo material restrito: atribuições e estruturação intestinas da administração pública, contanto que não haja aumento de despesa ou criação ou extinção de órgãos públicos e – por serem intestinas – desde que não haja restrição sobre direitos de particulares. Em face disso, o decreto tratará de matérias *umas*, ao passo que a lei formal tratará de matérias *outras*; assim, reputar-se-á respeitado o subprincípio da reserva legal e, por conseguinte, o princípio da legalidade.

Se as atribuições e a estruturação versadas em decreto autônomo não gerarem restrição a direito de particulares, **respeitado estará o princípio da legalidade**. Do contrário, a matéria deverá constar de lei formal.

Em *segundo lugar*, defende-se que a possibilidade de o Executivo auto-organizar-se, nos estritos limites impostos pela EC 32 tem relação com o **princípio de separação dos poderes**. Ressalte-se que os Poderes **Legislativo** (v.g. incisos VI e VII do art. 49, incisos III e IV do art. 51 e incisos XII e XIII do art. 52, todos da Constituição de 1988) e Judiciário (v. g. alíneas a e b do inciso I do art. 96 da Constituição de 1988) organizam-se a si próprios, ao passo que o Poder Executivo, antes da EC 32, só o podia fazer com o concurso do Poder Legislativo, o que, efetivamente, não faz sentido nos casos em que não há aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.

Admitida, pois, *a priori*, a possibilidade de existência de decretos autônomos - se bem que estritamente limitada às hipóteses constitucionais da alínea “a”, do inciso VI, do art. 84 - passa-se à análise do RDE²³.

Os regulamentos disciplinares militares *inovam* originariamente o ordenamento jurídico, revelando-se como uma fonte normativa *primária* do direito. Assim, sem adentrar ainda no mérito de sua constitucionalidade, tais regulamentos constituem, sob o

²³ Caso o entendimento seja de que o Executivo não pode dispor, mediante decreto autônomo, sobre matérias referentes à **organização e funcionamento da administração pública**, reputa-se encerrado o presente trabalho, uma vez que isso, por si só, já seria o bastante para alcançar o objetivo aqui proposto. Se não cabe, em hipótese alguma, o chefe do Executivo editar decretos autônomos e ele assim o faz, há nítida e evidente abuso de poder normativo e invasão de competência. Deverá, pois, o Congresso sustar tal ato abusivo, nos termos do inciso V, do art. 49, da CF/88:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - **sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar** ou dos limites de delegação legislativa; (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, **destacamos**).

Do contrário, se o entendimento for pela admissão do decreto autônomo, resta perscrutar se o RDE respeita os limites impostos pela EC 32.

prisma *substancial*, verdadeiros *decretos autônomos*²⁴, cujo fundamento de validade é retirado da própria Constituição, nos termos da alínea “a”, do inciso VI, do art. 84.

Diante de todo o arcabouço jurídico supramencionado, não é de todo difícil concluir que o atual RDE, invade a competência reservada à lei, uma vez que, como demonstrado: (i) ao tratar, mediante decreto, do regime jurídico das Forças Armadas, ofende nitidamente a competência parlamentar legiferante (alínea “f”, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88);

(ii) ao restringir, mediante decreto, o direito fundamental à liberdade, ofende frontalmente o subprincípio da reserva legal e, por conseguinte, o princípio da legalidade penal (art. 5º, inciso LXI); (iii) ao regular, mediante decreto, matéria não adstrita aos limites da alínea “a”, do inciso VI, do art. 84, incorreu em abuso de poder normativo e, pois, ofendeu o princípio da reserva legal. Por tudo isso, deve o atual *decreto autônomo* que institui o RDE ser declarado inconstitucional.

A possibilidade de edição de decretos autônomos nas hipóteses de reserva constitucional de lei, ou de quaisquer decretos com disposições contrárias à lei, é negada de forma uníssona pela doutrina.

Por seu turno, a possibilidade de a Administração impor obrigações e restringir direitos, mediante decreto, é negada por doutrina francamente majoritária.

À guisa de exemplo, Lúcia Valle Figueiredo (2004, p.69) afirma que:

É forte a doutrina, e mesmo a jurisprudência, no sentido de *não admitir* que a Administração possa *sem lei* impor obrigações ou restringir direitos. Nessa acepção encontram-se os constitucionalistas e administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, o nosso saudoso Geraldo Ataliba, José Afonso da Silva, Michel Temer, Sérgio de Andréa Ferreira, Paulo Bonavides, dentre outros.

Na esteira, Bandeira de Mello (2003) adverte que só por lei se regula liberdade e propriedade, só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos.

No mesmo sentido manifesta-se Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1979, p.360), ao afirmar que:

²⁴ A partir da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, é possível identificar decretos presidenciais veiculando atos concretos, atos normativos regulamentares, ou mesmo atos normativos **autônomos**. Porém, o conteúdo do decreto como ato autônomo deve limitar-se às matérias relacionadas com a **organização administrativa do Poder Executivo Federal**, observadas as restrições estabelecidas na nova redação do art 84 da CF/88.

(...) Não cabe aos regulamentos, por iniciativa própria e sem texto legal, prescrever penas, seja qual for a espécie; estabelecer restrições à igualdade, à liberdade e à propriedade ou alterações ao estado das pessoas, prever tributos ou encargos de qualquer natureza, que repercutam sobre o patrimônio das pessoas de direito; dar organização administrativa às repartições governamentais, através da criação de cargos e prescrição de novas competências.

Alguns defensores do atual RDE, quiçá visando a fugir do debate, argumentam, sem razão, que o decreto *autônomo* teria por objetivo suprir as “omissões legislativas”, que dificultassem o bom funcionamento da administração pública. Assim, o chefe do Executivo teria decretado o RDE em razão da omissão do Congresso Nacional no tocante ao regulamento disciplinar das Forças Armadas. Tais defensores fundamentam, por vezes, sua posição na antiga lição de Lopes Meireles (2001, p.121), o qual alude a uma outra espécie de decreto autônomo, que seria o ato editado pelo Poder Executivo, decorrente de uma lei, mas estabelecendo dispositivos para regular situações nela não disciplinadas. Segundo o autor, "na omissão da lei, o regulamento supre a lacuna, até que o legislador complete os claros da legislação. Enquanto não o fizer, vige o regulamento, desde que não invada matéria reservada à lei". Seriam provimentos administrativos *praeter legem*.

Ocorre que este conceito de decreto autônomo não se coaduna com a atual dicção da alínea “à”, do inciso VI, do art. 84, da CF/88. É inequívoco que o decreto autônomo tão- somente se restringe às hipóteses ali invocadas.

Além do que, é paradoxal atribuir ao Parlamento o ônus da omissão sobre o “regime disciplinar militar” ou sobre “matéria de interesse da administração”, quando, na verdade, a iniciativa de lei a esse respeito é reservada privativamente ao Presidente da República. Diante da inércia do Poder Executivo, permanece o Legislativo de mãos atadas, impedido, destarte, de votar projeto de lei que trate de regulamento disciplinar militar.

8 ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DO RDE

O RDE *inova* originariamente o ordenamento jurídico. A despeito de sua aparência de decreto executivo²⁵, trata-se, efetivamente, de um decreto autônomo, o qual elenca penas privativas de liberdade, impõe obrigações e restringe direitos, revelando-se, de fato, como uma fonte normativa *primária* do direito. Em face do exposto, seu fundamento constitucional de validade imediato, sem intermédio de lei. Conclui-se, pois, que o RDE deve sujeitar-se ao **controle de constitucionalidade abstrato**, via ação direta, sob o crivo do STF, na qualidade de *legislador negativo*, ao contrário do entendimento que prevalece e que deve ser mantido, acerca do decreto regulamentar.

Para que o STF enfrente a matéria via Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁶, é preciso demonstrar que o decreto pretenda derivar o seu conteúdo da própria Constituição e não tenha por escopo regulamentar lei. Isso porque, se o decreto apenas fere a lei, tratar-se-á de controle de legalidade e não de constitucionalidade:

Não se tratando de decreto autônomo, o Decreto nº 2665/1993 não pode ser atacado em ação direta de inconstitucionalidade, que não é via adequada à mera declaração de ilegalidade de norma regulamentar (STF – ADI 1258/PR – Rel Min Néri da Silveira – DJU p. 322). Assim, Decreto executivo que, editado para regulamentar a lei, venha a divergir de seu conteúdo, extravasando a previsão do artigo 84, IV, da Constituição Federal (insubordinação executiva), não poderá ser objeto de ação direta de constitucionalidade, mesmo que esta violação, reflexa e indiretamente, atinja o texto constitucional, pois regulamento contrário à lei é ilegal. (**destacamos**)

²⁵ *Formalmente*, o fundamento de validade do RDE é o art. 47, do Estatuto dos Militares. No entanto, o RDE não constitui mero decreto executivo, como pretensamente busca transparecer. Em verdade, o RDE restringe direitos e cria obrigações. Portanto, *materialmente*, trata-se de um legítimo, em que pese inconstitucional, decreto **autônomo**.

²⁶ Ação direta de inconstitucionalidade: objeto. Tem-se objeto idôneo à ação direta de inconstitucionalidade quando o **decreto** impugnado **não é de caráter regulamentar de lei**, mas constitui ato normativo que pretende derivar o seu **conteúdo diretamente da Constituição** (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.590-7/SP, relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence perante o Plenário, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 15 de agosto de 1997). (**destacamos**).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA LIMINAR. DECRETO 1.719/95. TELECOMUNICAÇÕES: CONCESSÃO OU PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO. **DECRETO AUTÔNOMO: POSSIBILIDADE DE CONTROLE CONCENTRADO**. OFENSA AO ARTIGO 84-IV DA

CF/88. LIMINAR DEFERIDA (Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1435-8/DF, relatada pelo Ministro Francisco Rezek perante o Plenário, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 06 de agosto de 1999). (**destacamos**).

Dessa forma, a respeito do decreto autônomo que não se amolde ao figurino constitucional, caberá análise de constitucionalidade pelo Supremo. Do contrário, será mero vício de inconstitucionalidade reflexa, afastando o controle concentrado em Ação Direita de Inconstitucionalidade. Trata-se de decisão política: se o STF não analisa inconstitucionalidade reflexa, seus argumentos são, sobretudo, metajurídicos. Segundo o Ministro Marco Aurélio (relator da ADI 2387-0/DF), pontua que “Hans Kelsen, no debate com Carl Schmitt, em 1929, deixou isso claro. É uma opção da Corte Suprema para que não se realize o velho adágio: *‘muita jurisdição, resulta em nenhuma jurisdição’*”.

Por fim, diante da inequívoca inconstitucionalidade do RDE, resta traçar a senda do processo administrativo disciplinar militar.

9 EM DEFESA DO DEVIDO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

A Magna Carta consagra o princípio do devido processo legal, no seu art. 5º, inciso LIV, segundo o qual “ninguém será privado da *liberdade* ou de seus *bens* sem o *devido processo legal*”. Significa que a liberdade e a propriedade são direitos fundamentais da pessoa e, como tal, somente poderão ser restringidos pelo Estado mediante o devido processo legal. Por conseguinte, as sanções impostas pelo Estado aos militares, sejam *restritivas de direitos* ou *privativas de liberdade*, pressupõem o **devido processo administrativo disciplinar militar**.

Antes de singrar os meandros do devido processo administrativo disciplinar militar, é imperioso discorrer sobre o devido processo legal.

9.1 Devido processo legal

O *due process of Law* constitui verdadeira base sobre a qual todos os demais princípios processuais se sustentam.

Para Nery Junior (2004, p. 60), "o devido processo legal é *gênero* do qual os demais princípios são *espécies*."

Filiamo-nos, entretanto, à posição defendida por Humberto Ávila (2003), na obra Teoria dos Princípios, segundo o qual o devido processo legal não é gênero, mas *sobreprincípio* e, em virtude disso, possui função eficaz rearticuladora. Dessa forma, o sobreprincípio do devido processo legal informa a interpretação de princípios constitucionais correlatos que possuem maior grau de concretização (subprincípios), tais como a ampla defesa, contraditório, juiz natural, vedação de prova ilícita, etc. (ÁVILA, 2003).

Em decorrência de seu desenvolvimento histórico-cultural, o devido processo legal comporta duas facetas: ***procedimental*** (*procedural due process*) e ***substancial*** (*substantive due process*).

O *procedural due process* (devido processo legal procedimental ou adjetivo) é considerado mais restrito que o devido processo material e caracteriza-se, sobretudo, pelo respeito ao procedimento previamente regulado.

O *substantive due process* (devido processo legal substantivo ou material) é a manifestação do devido processo legal na esfera material. Segundo Roberto Barroso (2001, p.214) “É por seu intermédio que se procede ao exame da razoabilidade (*reasonableness*) e da racionalidade (*rationality*) das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral”. Segundo Theodoro Junior (1985, p.164), é “colocar a norma a serviço dos autênticos fins sociais a que ela se dirige.”²⁷ Por isso, faz-se útil a extensão dos limites da cláusula do *due process of Law*, tradicionalmente entendida no Brasil por seu viés procedimental, para circunstâncias extraprocessuais, abarcadas pela representação substancial. É sob essa justificativa que se advoga pela elasticidade dos institutos processuais, na tentativa de adaptar a norma aos seus propósitos. Enfim, almeja-se, através da intermediação do devido processo legal, equilibrar-se a balança entre a efetividade e a segurança jurídica.

Segundo Cretela Neto (2002, p.42) a substancialidade do devido processo legal está no dever de a lei obedecer a critérios que atendam ao senso de justiça e aos preceitos constitucionais de aplicação normativa pelo Poder Judiciário. A garantia, vista através desta óptica, remete à necessidade de exercício dos poderes estatais por meio de um *processo justo*, onde somente incidam as leis de direito material razoáveis, ou seja, em congruência com o sistema de valores sociais. Importa em dizer que conforme Canotilho (2000, p.482) “o processo devido começa por um processo justo logo no momento da criação normativo-legislativa.”

Com o intuito de descortinar topicamente o *due process of Law*, passemos à análise de cada uma de suas partes.

9.1.1 “Processo”

Os direitos fundamentais à liberdade e à propriedade só poderão ser validamente atingidos por ato sancionatório inserido em um *processo*. O que se busca coibir é autoexecutoriedade arbitrária ou puramente discricionária da Administração, por ocasião da restrição de direitos do particular no que tange a sua liberdade ou a seus bens.

Não se pretende usurpar o direito de a Administração utilizar suas prerrogativas de imperatividade, exigibilidade e autoexecutoriedade. Ocorre que a Administração tem o dever de instalar o adequado processo administrativo sempre que seus atos atingirem ou

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 34, p. 164, jul. 1985.

ameaçarem atingir a liberdade ou a propriedade do particular. A mera instauração processual corresponde à faceta procedimental do devido processo legal.

Contudo, não basta a garantia processual *pro forme*. A autoridade administrativa coatora deve prover o *substantive due process*. Segundo a lição de Munhoz de Mello (2002), o processo a ser instaurado deve permitir que os indivíduos que poderão ser afetados pelo ato administrativo tenham a oportunidade de exercer uma série de garantias processuais, as quais têm por escopo protegê-los da arbitrariedade da Administração Pública.

Assim, o exercício não apenas formal, mas efetivo do contraditório e da ampla defesa constituem, sob o prisma *substancial*, instrumento indispensável do Estado Democrático do Direito, “*na medida em que permite às partes a efetiva participação na formação do provimento jurisdicional*”, (LUMMERTZ, 2004, p.48). Segundo Passos (1992, p.133), não é efetivo com a simples citação, mas sim com faculdade efetiva do litigante de participar para provar, argumentar, esclarecer e convencer.

Outrossim, Luhmann (1980, p.38) leciona que a decisão e o exercício do poder pelo Estado tornam-se socialmente legítimos através da observância do procedimento e do resguardo de níveis de participação efetiva e equilibrada. O *devido processo legal* exerce, pois, a função de legitimador do exercício do poder disciplinar militar, seja por meio da participação concreta do acusado, seja mediante a simples, porém efetiva concessão desta faculdade (na hipótese de o militar abdicar de sua defesa²⁸).

Assim, no que tange ao processo administrativo disciplinar militar, não há legítima submissão da liberdade ou bens sem o advento de processo prévio, respeitadas as garantias constitucionais.

9.1.2 “Devido”

O termo “*devido*” refere-se à *adequação*, à *justiça* da atuação estatal. A intervenção estatal deve coadunar-se às expectativas mínimas de Estado Democrático de

²⁸ O direito à ampla defesa e ao contraditório é reputado irrenunciável. O direito fundamental ao *devido processo legal* garante a *participação concreta* do acusado, de sorte a repudiar todo e qualquer fato que lhe é imputado, à guisa de exemplo, a produção de provas documentais e testemunhais de sua inocência. No entanto, o acusado, no exercício de sua autonomia privada, tem a opção pessoal de desistir de produzir provas ou mesmo de confessar o cometimento do ilícito, abdicando, assim, do exercício concreto de seu direito de defesa. Isso, de forma alguma, desveste o manto legitimador do devido processo legal, até porque o réu, mesmo abdicando de sua defesa, pode vir a ser inocentado, pois vige, sem dúvidas, o princípio da presunção de inocência.

Direito. O processo deverá ser instalado e conduzido de maneira equitativa, com observância do rol de garantias constitucionais e legais. É exatamente o processo legal *devido* (adequado, justo) que autoriza o controle judiciário dos atos da Administração Pública, contanto que atentem contra os princípios da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade. Observa-se, pois, que a análise da adequação do processo remete, sobretudo, à faceta substancial do *due process of Law*.

No que concerne, especificamente, ao devido processo administrativo disciplinar militar, este deve ser formal e público. Destarte, *verbi gratia*, não será devido o processo que seja sigiloso ou fechado; ou desobediente aos prazos de defesa; ou que dificulte a apresentação da defesa; ou que impeça o acesso de advogado; ou que não busque um objetivo público certo, predeterminado e lícito; ou que coíba o acesso a recursos disciplinares.

9.1.3 “Legal”

O termo “**legal**” relaciona-se intrinsecamente com o **subprincípio da reserva legal**. Antes de qualquer coisa, o *procedural due process* deve constar de **lei *stricto sensu***. Assim, sob o prisma *procedimental*, a liberdade ou a propriedade somente serão restringidas, *a priori*, mediante um processo devido, previsto em lei.

Acresça-se que a mera previsão em decreto executivo ou autônomo não será apta para suprimir de forma legítima liberdade ou bens dos particulares. O termo “legal” estabelece a necessidade de prévia definição em lei *stricto sensu* de toda e qualquer previsão que se destine a atacar a esfera da liberdade ou bens dos administrados.

No caso do Processo Administrativo Disciplinar Militar (PAD Mil), não é viável que o chefe do Executivo inaugure a ordem jurídica, mediante decreto, e determine regras que restrinjam direitos fundamentais assegurados aos administrados na Constituição. Tampouco é viável que algum decreto pretenda suprimir direitos *processuais* assegurados em lei ou na Carta Magna.

Destarte, em síntese, não ostenta a autoridade militar a prerrogativa de privar a liberdade, tampouco restringir direitos dos militares, sem antes obedecer ou se submeter ao devido processo legal, respeitadas suas nuances procedimental e substancial.

9.2 Devido processo administrativo disciplinar militar

O processo administrativo disciplinar militar (PAD Mil) é usado pela Administração Pública na apuração e punição de transgressões supostamente cometidas pelos militares. Processo administrativo disciplinar (PAD), na visão da professora Odete Medauar (2004, p.362), é a “sucessão ordenada de atos destinados a averiguar a realidade da falta cometida por servidor, a ponderar as circunstâncias que nela concorreram e aplicar as sanções pertinentes”. Tanto na seara do servidor público civil, quanto na seara militar, o PAD constitui uma das formas utilizadas para se apurar os ilícitos administrativos.

O PAD Mil visa a reduzir a discricionariedade do poder público e a dificultar a má utilização do poder disciplinar. Pós CF/88, o PAD Mil passou a contemplar todas as garantias previstas para o processo judicial, conforme preceitua o artigo 5º, inciso LV da Carta Política, *in verbis*: “LV – aos litigantes em processo judicial ou *administrativo* e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório* e a *ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Diante da certeza da autoria e da materialidade de uma transgressão militar, surge para a Administração Pública o poder-dever²⁹ de aplicar a sanção disciplinar, contanto que respeitados o *devido processo administrativo disciplinar militar* (inciso LIV, do art. 5º, da CF/88), bem como os subprincípios do *contraditório* e da *ampla defesa* (inciso LV, do art. 5º, da CF/88).

Nesse diapasão, leciona a professora Odete Medauar (2004, p. 196-197):

“A combinação dos incisos LIV e LV do art. 5º resulta na imposição de processo administrativo que ofereça aos sujeitos oportunidade de apresentar sua defesa, suas provas, de contrapor seus argumentos a outros, enfim, a possibilidade de influir na formação do ato final. O devido processo legal desdobra-se, sobretudo, nas garantias do *contraditório* e *ampla defesa*, aplicadas ao processo administrativo”.

Em face do exposto, o PAD Mil constitui propriamente um direito fundamental aos acusados militares, constituindo uma garantia do Estado Democrático de Direito ao cidadão militar. Surge, destarte, um *devido processo legal*, de escopo *administrativo disciplinar militar*, garantia contra as decisões arbitrárias e puramente discricionárias do poder público.

²⁹ Diante de uma transgressão disciplinar, deve o superior hierárquico instaurar o PAD Mil para apurar a autoria e sua materialidade; segundo Hely Lopes Meireles, administração pública, diante de um ilícito, tem o *poder-dever* de apurar o fato. Celso Antônio Bandeira de Mello e Adilson de Abreu Dallari preferem a terminologia “*dever-poder*”, sob o argumento de que sob a Administração Pública primeiramente recaem as obrigações e, posteriormente, as prerrogativas. Para um aprofundamento maior, ver JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

De tal sorte, o militar apenas poderá ter a sua *liberdade* cerceada, mediante o *devido processo administrativo disciplinar militar*.

No âmbito do Exército Brasileiro, o PAD Mil é previsto no RDE (Regulamento Disciplinar do Exército - Decreto Federal nº 4.346, de 26 de agosto de 2002), cuja inconstitucionalidade já fora soberbamente demonstrada no decorrer deste trabalho.

9.2.1 PAD Mil procedimental

Assim, em *defesa do devido processo administrativo disciplinar militar*, na sua faceta **procedimental**, não pode o PAD Mil ser outorgado mediante decreto. Ao revés, deve ser regulado em lei *stricto sensu*, sob pena de:

(i) ao restringir o direito fundamental à liberdade, vilipendiar o princípio do devido processo legal (inciso LIV, art. 5º, da CF/88);

(ii) ao obrigar, sem força de lei, volatilizar o princípio da legalidade (inciso II, art. 5º, da CF/88);

(iii) ao tipificar transgressões militares, aniquilar o princípio da reserva legal em matéria penal (incisos XXXIX e LXI, ambos do art. 5º, da CF/88);

(iv) ao tratar do regime jurídico das Forças Armadas, ofender a competência parlamentar legiferante referente (alínea “f”, do inciso II, do § 1º, do art. 61, da CF/88);

(v) ao regular, mediante decreto, matéria não adstrita aos limites da alínea “a”, do inciso VI, do art. 84, incorrer em abuso de poder normativo e, pois, ofender o princípio da reserva legal.

9.2.2 PAD Mil substantivo

É mister ressaltar que a mera previsão legal não é o bastante. Em *defesa do devido processo administrativo disciplinar militar*, sob o viés **substancial**, o PAD Mil deve coibir as condutas *taxativamente* tipificadas como transgressões militares. Não se pode conceber a aplicação de uma sanção disciplinar, mormente a privativa de liberdade, contra um tipo transgressional aberto ou genérico.

Ainda sob o prisma substancial, deve a autoridade coatora propiciar o efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade do PAD Mil. Este é

posicionamento do Supremo Tribunal Federal³⁰:

DEVIDO PROCESSO LEGAL - DEFESA - PROCESSO ADMINISTRATIVO

-
GRADAÇÃO DA PENA. A garantia constitucional da observância do processo administrativo em sua plenitude, ou seja, considerados o contraditório e a ampla defesa, não sofre mitigação diante da pena imposta, no caso de repreensão, a decorrer de imputação da qual, logicamente, o destinatário tem interesse em defender-se. Intangibilidade da norma inserta no inciso LV do artigo 5º da Carta de 1988, no que glosada a adoção da punição sumária.

Necessário ainda ressaltar a questão dos prazos, pois o militar que incorre em qualquer das transgressões tipificadas no RDE tem apenas 3 (três) dias, para, através de Formulário para Apuração de Transgressão Disciplinar- FATD-, tentar se justificar. Prazo este extremamente exíguo para quem pode ter sua liberdade restringida por até 30 dias.

³⁰ AI-AgR 186840 / RS - RIO GRANDE DO SUL. AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

Relator(a):

Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 30/03/1998. Órgão Julgador: Segunda. Turma Publicação: DJ15-05-1998 PP-00047 EMENT VOL-01910-03 PP-00556.

10 OS REGULAMENTOS DISCIPLINARES E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Frente aos constantes questionamentos apresentados contra o RDE, o Procurador-Geral da República Cláudio Fontelles ajuizou no dia 08 de novembro de 2004, a ADI 3340, pedindo ao STF a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4.346/02 e seu anexo, o Regulamento Disciplinar do Exército por ferir o art. 5º, inc. LXI da CF/88. No entanto, o Plenário, por maioria de votos, não conheceu da ação. Concluiu, portanto, o Relator, pela improcedência do pedido formulado, não cabendo adentrar na questão da recepção, ou não, como lei, do decreto anterior à Carta de 1988.

Sete dos dez ministros do Supremo que estavam presentes decidiram não avaliar o mérito da ação, seguindo o voto do Ministro Gilmar Mendes. Segundo eles, o pedido não especificava quais seriam os dispositivos inconstitucionais. Portanto, por maioria, o STF não conheceu da ação, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Cezar Peluso e Ellen Gracie.

No que tange ao **controle difuso**, tem-se, a título de exemplificação, os seguintes julgados.

No HC 2003.5109000972-0/Vara Federal de Resende/RJ, entendeu-se pela inconstitucionalidade do RDE, sob o argumento de ofensa ao inciso LXI, do art. 5º, da Carta Política (subprincípio da reserva legal):

A aplicação da reprimenda, sob o pálio da transgressão militar, foi inconstitucional. Também no tocante à fundamentação do ato administrativo, razão assiste ao Parquet em sua bem lançada promoção que ora se adota. Não parece ter o Decreto nº 4346 amparo para sua validade, porquanto foi editado após a superação do prazo previsto no art. 25 do ADCT, não se amoldando à norma insculpida no inc. LXI do art. 5º da Carta Política. A parte final do aludido dispositivo constitucional é clara ao determinar que a “transgressão militar” passível de prisão administrativa seja veiculado por lei. E lei **stricto sensu**.

Igualmente, no HC 2004.5101500048-8/7ª Vara Federal de Rio de Janeiro/RJ, *verbis*:

Considerando o disposto no artigo 5, inciso LXI, da Constituição da República de 1988, que preceitua que as transgressões militares e os crimes militares devem vir definidos em lei, observando-se, dessa forma, o princípio da reserva legal, e que o Regulamento Disciplinar do Exército é o Decreto da Presidência da República n 4.346/2002, reconheço incidentalmente a inconstitucionalidade formal do mesmo, tal como exposto na inicial, e concedo liminarmente a ordem de habeas corpus preventivo.

O desembargador federal do TRF da 4ª Região, Élcio Pinheiro de Castro, decidiu pela inconstitucionalidade do RDE, não apenas em razão de ofensa ao subprincípio da reserva legal, mas também devido à não recepção do art. 47, do Estatuto dos Militares, *verbis*:

(...) 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." (**destacamos**)

Aliás, este é também o entendimento do TRF da 4ª Região, 8ª Turma, que no Recurso Criminal em Sentido Estrito nº 2004.71.02.008512-4/RS, que por UNANIMIDADE, decidiu, *verbis*:

(...)

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**. Consequentemente, **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). (**destacamos**).

O Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, relator do Recurso Criminal nº 2004.71.02.008512-4/RS, decidiu pela não recepção do art. 47, do Estatuto dos Militares e, em consequência disso, pela invalidade do RDE, *verbis*:

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 acoimado de inconstitucional, assim sujeito ao controle de constitucionalidade"* (STF, pleno, ADI nº 589/DF, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJU 18.10.1991). Note-se que, na hipótese, o artigo 47 da Lei nº 6.880/80 conferia expressamente ao Chefe do Poder Executivo a competência para regulamentar a matéria da forma em que procedida, não se configurando, em decorrência, a pecha de ilegalidade do ato.

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, dispondo 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. Consequentemente, 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 reprivatização 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.

A 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 09 de agosto de 2006, decidiu também pela não recepção do art. 47, do Estatuto dos Militares, além da ofensa ao subprincípio da reserva legal (inciso LXI, do art. 5º, da CF/88), *verbis*:

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). (Recurso criminal nº 2004.71.02.008512-4/RS, 09 de agosto de 2006).

Diante dessa breve análise jurisprudencial, pode-se perceber que, de modo geral, dois são os argumentos utilizados para caracterizar a inconstitucionalidade do RDE: (i) a não recepção do art. 47, do Estatuto dos Militares; e (ii) ofensa ao subprincípio da reserva legal (inciso LXI, do art. 5º, da CF/88).

11 CONCLUSÃO

Outorgado pelo Chefe do Poder Executivo, fruto da vontade unilateral do Chefe de Estado, o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) já nasceu antidemocrático, vez que prescindiu adrede da participação representativa popular. Sob a égide da moderna teoria dos direitos fundamentais e do Direito Penal Mínimo, a cominação de penas exige não apenas ato normativo da espécie “lei *stricto sensu*”, mas também participação efetiva do Parlamento.

Concebido para o mundo jurídico-positivo, a novel legislação padece, a um só tempo, não apenas do vício da **inconstitucionalidade**, mas também da eiva da **inconveniência político-criminal**. Fere-se, mormente, de um lado, o subprincípio da **reserva legal** e, de outro, o da **taxatividade penal**.

O Poder Disciplinar pode e deve ser exercido nos estreitos limites da legislação administrativa pertinente. De tal sorte, a imposição de sanções disciplinares privativas do *status libertatis*, em consequência do cometimento de transgressões militares, apenas são cabíveis por intermédio do devido processo administrativo disciplinar militar. Em virtude disso, o PAD Mil não pode ser outorgado mediante decreto; sob o prisma **procedimental**, exige-se-lhe a vestimenta de lei *stricto sensu*; sob a perspectiva **substancial**, é de bom alvitre a *lex certa*.

O devido processo administrativo disciplinar militar exerce dupla função garantidora:

- (i) é uma garantia constitucional da ampla defesa, que veda a imposição sumária de penas; e
- (ii) é uma garantia que fortalece o ato praticado pela autoridade militar coatora, cuja decisão intramuros, conquanto não faça coisa julgada, dificilmente será reformulada pelo Poder Judiciário, guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão conforme o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Ao fim e ao cabo, o PAD Mil “devido” (justo) e “legal” (respeitante do formalismo legislativo - lei *stricto sensu*), bem como o contraditório e a ampla defesa, não apenas presta obséquio à Constituição Cidadã, mas também concorre para o fortalecimento daqueles pilares estruturais das Forças Armadas: a hierarquia e a disciplina.

Se às Forças Armadas cabe a nobre missão de tutela da Constituição, nada mais justo e coerente do que assessorar o Presidente da República a propor projeto de lei que

supra esta lacuna jurídica.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 10 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. **Decreto autônomo**: inovação da Emenda Constitucional nº 32, de 2001. [s.d.] Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_30/artigos/Art_Levi.htm>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2010.
- ATALIBA, Geraldo. *Decreto regulamentar no sistema brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vol. 97. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1969.
- _____. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- BARROS JÚNIOR, Carlos Schmidt de. *Do poder disciplinar na administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*: parte geral. Vol. 1, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BRUTUS, Ângelo Bello; ARRUDA, João Rodrigues. *Direito Constitucional Militar e Direito Disciplinar Militar*. Material de apoio da Pós-graduação em Direito Militar. Universidade Castelo Branco. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: Parte Geral, vol. 1, 4 ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- CARVALHO, Alexandre Reis de. *A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina*

militar: aspectos relevantes. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7301/a-tutela-juridica-da-hierarquia-e-da-disciplina-militar>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2010.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Normas constitucionais e seus efeitos*. Saraiva, 1989.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Do processo legislativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HUNGRIA, Nelson. *Ilícito administrativo e ilícito penal*. Revista de Direito Administrativo (Seleção Histórica). Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

LIMA, Maria Rosynete Oliveira. **Devido Processo Legal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípio da Legalidade Penal: projeções contemporâneas*. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol. 01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. **O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. In OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro (org.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MACEDO SOARES, Oscar. *Código Penal Militar da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Garnier, 1920.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade*. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Processo Administrativo, devido processo legal e a Lei 9.784/99**. Revista de Direito Administrativo, n. 227. Rio de Janeiro, jan/mar. 2002.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*, Parte General. 4 ed. Barcelona: Reppertor, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, Calmon de. **O devido processo legal e o duplo grau de jurisdição**. In Revista da AJURIS, n. 25, jul. 1992.

PEDROSO, Antonio Carlos de Campos. *O princípio da taxatividade e a concretização judicial em Direito Penal*. Revista Mestrado em Direito. Ano 8, n. 1, 2008, p. 73-98.

PORTO, Mario André da Silva. *Curso de direito militar: direito penal militar*. Fundação Trompowsky. Rio de Janeiro, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral*, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general*, tomo I: Fundamentos de la estructura de la teoria del delito. Trad. ed. alemã por Dyego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Princípios Gerais do Direito Processual Civil**. In Revista da Ajuris, Porto Alegre, n. 34, p. 164, jul. 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª Ed. Saraiva: São Paulo. 1994.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Parte general. 11. ed. Tradução de Juan Bostos Ramírez e Ser Yáñez Pérez. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.