



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
Curso de Direito

LUANA NASCIMENTO LOPES

**A SITUAÇÃO DE MILITAR DO AGENTE COMO CONDIÇÃO DE
PROSSEGUIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL NO CRIME DE DESERÇÃO.**

BRASÍLIA

2014

**A SITUAÇÃO DE MILITAR DO AGENTE COMO CONDIÇÃO DE
PROSSEGUIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL NO CRIME DE DESERÇÃO.**

**Monografia apresentada como
requisito para conclusão do curso de
Bacharelado em Direito pela Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do
Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.**

**Orientador: Professor Mestre Georges
Seigneur.**

BRASÍLIA

2014

A Santíssima Trindade pela vida, pelo amor incondicional, pela graça e bondade em todo tempo.

Aos meus familiares e amigos pelo apoio, carinho e compreensão em todos os momentos.

Ao meu orientador, professor Georges Seigneur, pela paciência, dedicação, incentivo e empenho para que eu concluísse esse trabalho. Muito obrigada!

A Doutora Francisca Olga por tudo que fez por mim desde o início da minha caminhada no mundo jurídico. Não tenho palavras!

Ao ministro do Superior Tribunal Militar Almirante de Esquadra Marcus Vinicius Oliveira dos Santos e sua assessoria pelo carinho e apoio nos estudos do tema do presente trabalho.

“Há duas coisas que o Senhor Deus detesta: que o inocente seja condenado e que o culpado seja declarado inocente.”
Provérbios 17:15

“Ninguém que milita se embaraça com negócios desta vida, a fim de agradar àquele que o alistou para a guerra.”
“E, se alguém também milita, não é coroadado se não militar legitimamente.”
2 Timóteo 2:4-5

RESUMO

A previsão do crime de deserção, tipificado no artigo 187 do Código Penal Militar, tem por finalidade tutelar os serviços e atividades desenvolvidas pelos militares das forças armadas e auxiliares. De acordo com a previsão legal, apenas deve responder por deserção o militar que estiver no serviço ativo. Entretanto, o Código de Processo Penal Militar exige a condição de militar do agente apenas para que se inicie a ação penal, não fazendo qualquer referência quanto a essa condição no decorrer do processo. A jurisprudência pacificou o entendimento de que o *status* de militar do agente desertor é condição de procedibilidade e, também, condição de prosseguibilidade para a ação penal. Recentemente, o assunto tem sido objeto de discussão entre os ministros do Superior Tribunal Militar mais precisamente sobre a real necessidade do *status* de militar no percurso do processo de deserção. O presente trabalho visa analisar, com base na legislação e jurisprudência, se a exigência de condição de militar do agente é, de fato, procedente para o prosseguimento da ação penal.

PALAVRAS-CHAVE: Militar, Deserção, Condição de Prosseguibilidade, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Superior Tribunal Militar.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 DO DIREITO PENAL MILITAR	09
1.1 O Crime Militar	10
1.2 Crimes Propriamente e Impropriamente Militares	11
1.3 Definição de Militar para fins de Aplicação da Lei Penal Castrense	12
1.4 Análise dos Princípios da Hierarquia e Disciplina	13
1.5 Crimes Militares Praticados Por Civis	15
2 DA DESERÇÃO	18
2.1 Conceito.....	19
2.2 Objetividade Jurídica.....	19
2.3 Características.....	20
2.3.1 Classificação da deserção quanto ao momento da consumação.....	22
2.3.1.1 Quanto ao momento do flagrante delito.....	24
2.3.1.2 Quanto ao momento da prescrição.....	25
2.4 Modalidades.....	28
2.5 Do Processo de Deserção em Tempo de Guerra e em tempo de Paz.....	30
2.5.1 Rito Especial.....	31
2.5.2 Condições de Procedibilidade e Prossequibilidade para a Ação Penal.....	34
3 STATUS DE MILITAR COMO CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL.....	39
3.1 Da possibilidade de responder ao processo como revel.....	45
3.2 Transtornos causados pela exigência do <i>status</i> de militar para o prosseguimento da ação penal.....	46
3.3 Perda da condição de militar não é causa de extinção de pena.....	47
CONCLUSÃO.....	49
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

As forças armadas são o instrumento utilizado pelo Estado para preservar a segurança nacional e a sua soberania. Ao considerarmos que a soberania convém à democracia, podemos supor que as atividades desenvolvidas pelas Forças Armadas são essenciais para um estado democrático de direito.

O Direito penal é a área do direito público que se dedica às normas estabelecidas pelo Poder Legislativo para punir os crimes cominando penas, tendo por escopo resguardar a sociedade e possibilitar o seu progresso. O Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar são ramos específicos do Direito Penal. Isso exige com que sejam estudados e analisados de forma diferenciada, visto que possuem regras e princípios próprios e um tanto peculiares, principalmente, ao que tange aos princípios da hierarquia e disciplina. Trata-se do campo do Direito que é dedicado as normas estabelecidas para penalizar os crimes cometidos dentro do âmbito militar.

Os militares, tanto das forças armadas quanto das forças auxiliares, quando do exercício de suas funções previamente estabelecias pela legislação, ficam submetidos a dois diplomas legais no que se refere ao cometimento de infrações, quais sejam, ao Código Penal Militar de 1969 e o Regulamento Disciplinar. O Código Penal Militar prevê os crimes que podem ser cometidos em tempo de guerra e em tempo de paz. Já o Regulamento Disciplinar diz respeito às transgressões disciplinares que podem ser cometidas em qualquer tempo, ou seja, é uma norma do âmbito interno.

Dentre todos os crimes previstos no Código Penal Militar, esse trabalho pretende enfatizar o crime de deserção, tipificado no artigo 187 do referido diploma legal. Trata-se de um crime propriamente militar que é processado por um rito especial.

Ocorre que, a legislação exige o *status* de militar do agente para que se inicie a ação penal em desfavor do desertor. Entretanto, a jurisprudência, nos últimos vinte anos, aproximadamente, vem entendendo que o *status* de militar do agente é condição de procedibilidade e, também, condição de prosseguibilidade para a ação penal. Dessa forma, se o desertor perde o *status* de militar durante o

trâmite do processo, seja qual for sua fase, o processo fica sobrestado ou é arquivado conforme o caso concreto.

O primeiro capítulo trata do Direito Penal Militar de modo geral, ou seja, tem por finalidade definir o que é crime militar, crimes propriamente e impropriamente militares, e esclarecer quem pode ser o sujeito ativo da relação processual penal militar. Há uma análise dos princípios da hierarquia e da disciplina que são basilares das forças armadas. Também há um breve comentário sobre os crimes que podem ser praticados por civis.

O segundo capítulo dispõe sobre o crime militar de deserção propriamente dito. Ou seja, expõe a definição do crime, a objetividade jurídica, suas características e modalidades. Discorre, também, sobre o processo de deserção em tempo de guerra e em tempo de paz, além de mostrar como deve ser conduzido o rito estabelecido especialmente previsto para apurar o crime de deserção. Ademais, esclarece o que são condições de procedibilidade e condições de prosseguibilidade para a ação penal.

O terceiro capítulo é uma análise sobre a necessidade do *status* de militar do agente como condição de prosseguibilidade para a ação penal no crime de deserção. Grande parte da pesquisa foi embasada em julgados dos Tribunais Superiores e suas divergências sobre o tema.

1 DO DIREITO PENAL MILITAR

Na antiguidade, algumas civilizações, tais como a Pérsia e a Macedônia, já consideravam alguns crimes como sendo propriamente militares. Os que cometiam tais delitos eram julgados pela própria Força, principalmente, em tempo de guerra. O Direito Penal Militar foi reconhecido como instituição jurídica apenas em Roma quando passou a ser considerado um tipo de justiça especializada¹. Sobre a influência romana em relação ao direito militar, José da Silva Loureiro Neto discorre:

É inquestionável que as origens históricas do direito criminal militar, como de qualquer ramo do direito são principalmente as que nos ofereceram os romanos. A sua política foi sempre dominar antes de tudo os povos pela força das armas e depois consolidar a conquista pela justiça das leis e sabedoria das instituições².

Na Grécia antiga não havia separação entre justiça militar e justiça comum. Um fator relevante é que todo cidadão era também visto como um soldado da pátria, e todos eram submetidos à jurisdição do juiz sacerdote que conhecia todos os delitos praticados, militares ou não. Com o passar do tempo, a evolução no ordenamento jurídico grego proporcionou a especialização da justiça castrense³.

Os princípios da justiça militar contemporânea se estabeleceram na Revolução Francesa da 1789, onde a regulamentação da justiça militar e da justiça civil foram, de fato, separadas⁴.

O Brasil teve sua primeira legislação penal militar em 1763 com a aprovação dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe. Em 1808 foi criado o Conselho Supremo Militar e de Justiça. Os crimes militares foram previstos e separados em: praticados em tempo de guerra e os praticados em tempo de paz em outubro 1834⁵.

A partir da República foi expedido, pelo Decreto nº 18 no dia 07 de março de 1891, o Código da Armada, primeiro Código Penal Militar do Brasil, que era a junção de toda legislação penal militar que estava dispersa na época. Tempos

¹ LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3 ed. Atlas: São Paulo, 2000. p. 19.

² Idem.

³ Idem.

⁴ Idem.

⁵ Ibidem, p. 21.

depois, em janeiro 1944, foi editado um novo Código Penal Militar⁶ que vigorou até 1969.

Atualmente estão em vigor o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, ambos desde o dia 1º de janeiro de 1970, após a expedição do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

1.1 O Crime Militar

A atual legislação castrense não prevê expressamente a definição de crime militar. O Código Penal Militar apenas enumerou as possíveis situações em que se pode considerar praticado o crime militar. No Artigo 9º estão previstos os crimes militares que podem ser praticados em tempo de paz e no artigo 10 os que podem ser praticados em tempo de guerra.

Esmeraldino Bandeira defendia que “não existe um critério científico unanimemente indicado e aceito para a classificação do crime militar”. Isso devido à amplitude que abrange as possibilidades em que se pode caracterizar uma conduta ilícita no âmbito militar.⁷

Em face do direito positivo brasileiro, Célio Lobão define crime militar nas seguintes palavras:

[...] o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, ao aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.”

“As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar.”⁸

A doutrina, tanto brasileira quanto estrangeira, de certo modo, mostra-se com certa dificuldade em conceituar crime militar, e quando define procura

⁶ LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3 ed. Atlas: São Paulo, 2000. p. 21.

⁷ Ibidem, 34.

⁸ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 50.

fazê-lo em harmonia com o direito positivo. Os critérios usados para diferenciar o crime militar do crime comum são em razão da matéria, em razão da pessoa, em razão do lugar, em razão do tempo, em razão da lei e, também, o critério processualista.

Em razão da matéria diferencia-se crime militar de crime comum por meio da natureza da infração cometida. Em razão da pessoa o sujeito ativo ou passivo na relação processual deverá ser militar. Quando o crime estiver sido cometido em local sujeito à administração militar, a competência será estabelecida em razão do lugar. Em razão do tempo, será considerado praticado o crime militar no momento da ação ou omissão previamente tipificada em lei. O critério em razão da lei foi o escolhido pelo legislador, que não definiu, e, sim, enumerou, nos artigos 9º e 10º do CPM as possíveis situações que podem resultar em infração penal militar.

Do ponto de vista processualista, é crime militar todo aquele que é julgado na jurisdição castrense, ou seja, o órgão julgador é que define se o crime é militar ou não. Esse critério não é preciso, visto que a Justiça Militar já julgou crimes comuns e contra a segurança do Estado.⁹

1.2 Crimes Propriamente e Impropriamente Militares

A legislação penal militar não distingue os crimes em propriamente e impropriamente militares, o que somente é feito pela doutrina e pela jurisprudência. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXI, consolidou a diferenciação, *in verbis*:

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;

Tal distinção torna-se relevante por diversos motivos. Entre eles está o impedimento que a autoridade militar tem em decretar a prisão provisória do agente que tenha praticado crime impropriamente militar. Outro motivo considerável

⁹ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 53.

é que para efeitos de reincidência, o Código Penal Comum não considera os crimes propriamente militares.¹⁰¹¹

Para Esmeraldino Bandeira, crime propriamente militar é aquele que “só o soldado pode cometer” e explica nos seguintes termos:

[...] dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser – o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar.¹²

E o mesmo autor ratifica o entendimento afirmando que “crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado”¹³. Ou seja, o crime propriamente militar está relacionado à condição e caráter de militar do agente no tempo em que é praticada a conduta delituosa.

Célio Lobão define o crime impropriamente militar como sendo “a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo ‘específica e funcional da profissão do soldado’, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses”. Ou seja, essa conduta delituosa pode ser praticada tanto por militar quanto por civil, desde que, esteja prevista na legislação penal castrense, qual seja, no Código Penal Militar.

1 3 Definição de Militar para fins de Aplicação da Lei Penal Castrense

Ao considerar que o militar é o principal receptor da lei penal castrense, é importante que se identifique quem assim pode ser considerado para fins de aplicação da referida lei. A definição de militar está prevista expressamente no Código Penal Militar em seu artigo 22, *in verbis*:

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

¹⁰ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 73.

¹¹ Artigo 64, inciso II, do Código Penal.

¹² LOBÃO, op. cit., p. 75.

¹³ Idem.

Observa-se que o referido artigo não menciona o policial militar e o bombeiro militar estadual. Esse fato é em virtude do texto constitucional, em seu artigo 42, estabelecer que os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, ou seja, o artigo 22 do CPM se refere unicamente aos militares das Forças Armadas. Isso significa que o militar estadual também é considerado para fins de aplicação da lei penal castrense, entretanto, é processado e julgado na justiça militar estadual, enquanto que os militares incorporados às Forças Armadas são julgados e processados na justiça militar federal.¹⁴

Portanto, pode-se considerar militar todo aquele que estiver incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares.

1.4 Análise dos Princípios da Hierarquia e Disciplina

As instituições castrenses são organizadas tendo por base os princípios da hierarquia e da disciplina previamente previstos nos artigos 42 e 142 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

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.

Os princípios da Hierarquia e da Disciplina devem ser considerados em qualquer organização, seja governamental ou não, inclusive deveriam ser muito presentes na Administração Pública, mas são de primordial importância no âmbito militar, justamente por se tratar da esfera que é responsável pela segurança nacional, exigindo-se grande responsabilidade por parte de seus integrantes.

¹⁴ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 96/97.

Embora esses princípios sempre estejam correlacionados, seus conceitos e finalidades não se confundem.

O princípio da hierarquia encontra-se definido no parágrafo 1º do artigo 14 da Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, *in verbis*:

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

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

Esse princípio tem por finalidade resguardar o bom desempenho das atividades desenvolvidas nas Forças Armadas. Na verdade, sua relação é com a própria instituição castrense e não exatamente com o militar investido de autoridade. Ou seja, quando um militar não se submete a hierarquia afronta também a instituição e não simplesmente o seu superior hierárquico.

A hierarquia é o fundamento das organizações militares, pois o militar mais elevado na patente comanda os inferiores em virtude de, teoricamente, estar mais preparado para a vida na caserna, sendo que na medida em que o militar aumenta no posto sua autoridade e suas responsabilidades se ampliam.

O princípio da Disciplina também está previsto no Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, no artigo 14 § 2º, *in verbis*:

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

Ao considerarmos que o principal escopo das Forças Armadas é a defesa do Estado, é imprescindível que os militares desenvolvam suas atividades com o devido cuidado de obedecer às normas e regulamentos que regem a Força.

Tanto a hierarquia quanto a disciplina tem por finalidade proteger a instituição castrense, sendo que a não observação desses princípios pelo militar pode ocasionar punições tanto na esfera administrativa quanto na penal militar.

1.5 Crimes Militares Praticados Por Civis

O Código Penal Militar em seu artigo 9º, inciso III, prevê as possibilidades em que o agente civil pode figurar como sujeito ativo nos crimes imprópriamente militares, sendo que o sujeito passivo será exclusivamente as Forças Armadas. Dispõe o artigo 9º, inciso III, do Código Penal Militar:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

[...]

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

- a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;
- b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;
- c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;
- d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.”

Os militares que estão na reserva ou foram reformados também são considerados como civis para fins de aplicação do CPM, visto que não estão

incorporados à Força, ou à Polícia militar ou ao Corpo de Bombeiros Militares.¹⁵ Entretanto, o artigo 13 do CPM dispõe que o militar da reserva ou que foi reformado mantém, da mesma forma, todas as prerrogativas e responsabilidades do seu posto ou de sua graduação para fins de aplicação da lei penal militar, tanto quando pratica ou quando contra ele é praticado crime militar. E este também é o entendimento jurisprudencial como se pode verificar no seguinte julgado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXCLUSÃO DAS FFAA. GRADUADO. ART. 102 DO CPM. Ausência de omissão, obscuridade ou contradição a serem sanadas; A garantia reclamada, ou seja, ser submetido a um Conselho de Disciplina na forma do Estatuto dos Militares e do Regulamento da Marinha, não aproveita o embargante, ex vi do art. 102 do CPM, em plena vigência; "O militar da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação, para o efeito da aplicação da lei penal militar, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar" (art. 13 do CPM); Conhecimento e provimento parcial dos embargos para correção de erro material referente à condição de reformado. Unânime.¹⁶

Caso o militar que estiver na reserva seja convocado, readquire a condição de militar normalmente.

A alínea "b", do inciso III, do artigo 9º abrange "o assemelhado, o funcionário de Ministério Público militar e da justiça militar no exercício de função inerente ao seu cargo", como possíveis sujeitos passivos do crime impropriamente militar. Ocorre que, a figura do assemelhado não se vê na prática há anos no direito brasileiro. Em relação aos funcionários do Ministério Público Militar, a Constituição estabelece que a competência para processar e julgar é do Superior Tribunal de Justiça,¹⁷ ou do Tribunal Regional Federal,¹⁸ e a competência para processar e julgar os servidores da justiça militar é do juiz federal.¹⁹

O agente civil pratica crime impropriamente militar, ou seja, os referidos nos incisos I e II do artigo 9º do CPM, sempre que as hipóteses do inciso III estiverem presentes, ou seja, se o crime cometido lesar o patrimônio, a ordem e o lugar que estiverem sob administração militar e o agente em função de natureza

¹⁵ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 133/134.

¹⁶ STM – Embargos de Declaração 2004.01.049584-2/RJ, Relator: JOSÉ COELHO FERREIRA, Data de Julgamento: 16/11/2004, Data de Publicação: Data da Publicação: 10/02/2005.

¹⁷ Artigo 105, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal de 1988.

¹⁸ Artigo 108, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

¹⁹ Artigo 109, § IV da Constituição Federal de 1988.

militar ou soldado em serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem legal superior.²⁰

Sobre o crime que pode ser cometido contra o patrimônio sob a administração militar, a legislação vigente não exige que o patrimônio seja pertencente à Organização Militar, apenas que o bem esteja sob sua administração. A infração penal cometida contra a ordem administrativa militar pode ser caracterizada quando tal ato praticado fere as Forças Armadas na sua organização, existência, finalidade e importância moral.²¹ Como exemplo, podemos citar os crimes de falsidade ideológica²² e de uso de documento pessoal alheio²³ que podem ser praticados por civis.

O delito que é praticado por civil em local sujeito à administração militar, desde que esteja previsto no CPM, também é considerado crime imprópriamente militar, independentemente, se o local pertença a Unidade Militar. Basta que o local esteja sob administração castrense.²⁴

É certo que as hipóteses da alínea “c” do inciso III do artigo 9º do CPM tratam de situações em que o militar poderá estar exercendo sua função de natureza militar, ou seja, a alínea “c” torna-se dispensável, ao passo que, a alínea “d” prevê a hipótese em que o civil pode praticar crime contra “militar em função de natureza militar”. É importante destacar que qualquer serviço exercido pelo militar ofendido não caracteriza necessariamente o crime militar, ou seja, é exigido pela lei que o soldado esteja exercendo uma função de natureza militar.

²⁰ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 136.

²¹ Ibidem, 137.

²² Artigo 312 do Código Penal Militar.

²³ Artigo 317 do Código Penal Militar.

²⁴ LOBÃO, op. cit., p. 138.

2 DA DESERÇÃO

A palavra deserção vem do latim *desertio* que, por sua vez, emana de *deserere* que significa deixar, abandonar.²⁵ A grande fonte para o direito comum da maioria dos povos foi a legislação romana. Logo, o direito penal militar romano serviu de base para o sistema jurídico moderno brasileiro.

O direito romano diferenciava o “ausente” do “desertor”. O ausente era aquele que se ausentava do local onde deveria estar, mas depois voltava e se apresentava voluntariamente. Já o desertor era capturado e conduzido à força. Existiam três espécies de deserção, quais sejam: em tempo de paz, em tempo de guerra e para o inimigo.²⁶

A princípio não havia deserção em tempo de paz no sistema romano, visto que os exércitos só se reuniam para atuar em guerras iminentes, comuns na primavera e no outono, e logo se dissolviam depois de acabada a campanha. Com o passar do tempo, devido às necessidades de consolidação das conquistas, os exércitos permaneciam agrupados em acampamentos que eram conhecidos como quartéis de inverno. Só a partir de então que pode ser constatada as primeiras deserções em tempo de paz. No geral, a deserção era punida com a relegação em uma ilha ou com a transferência para outra tropa. Caso ocorresse concerto para deserção, os militares envolvidos eram degradados e distribuídos em exércitos diferentes.²⁷

A deserção para o inimigo consistia no abandono dos serviços por parte do militar na presença das tropas inimigas, ou seja, quando o militar simplesmente fugia deixando de fazer o seu dever e abandonando os seus colegas de batalha.

No direito francês, a deserção era considerada como o fato de o militar romper, de modo ilegal, o liame que o prendia ao serviço do país. Tempos

²⁵ LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3 ed. Atlas: São Paulo, 2000. p. 152.

²⁶ BANDEIRA, Esmeraldino. Direito, Justiça e Processo Militar. 2 ed. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1919. p. 106.

²⁷ Ibidem, 107.

depois, a relação entre o serviço militar e o militar se aperfeiçoou e o ato de incorporação passou a constituir-se o que de fato liga o militar às Forças Armadas²⁸.

Atualmente, a grande maioria dos países dotados de Forças Armadas tem previsto o crime de deserção em sua legislação penal militar.

2.1 Conceito

O crime de deserção está tipificado no Código Penal Militar no título correspondente aos crimes contra o serviço militar e o dever militar. Os objetos jurídicos tutelados são os deveres e os serviços típicos das atividades militares. Discorre o artigo 187 do Código Penal militar, *in verbis*:

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

Observa-se que a legislação brasileira define o crime de deserção como sendo o fato de o militar ausentar-se sem autorização, da unidade em que serve ou do local onde deveria permanecer, por tempo maior do que oito dias, ou estando legalmente ausente deixa de se apresentar no prazo estabelecido, depois de cessar o motivo do afastamento, ou ainda, não se faz presente no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve.

É também considerado crime propriamente militar, pois somente o militar pode praticá-la.

2. 2 Objetividade Jurídica

O Estado Brasileiro, por meio da Constituição Federal de 1988, concede grande relevância à proteção da segurança nacional.

A função estatal que é destinada para preservar a segurança nacional é representada pelas Forças Armadas. Seu efetivo de pessoal é preenchido

²⁸ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 257.

por pessoas mobilizadas ou convocadas. Para suprir eventual insuficiência em sua corporação, o artigo 143 da Constituição Federal de 1988²⁹ prevê o serviço militar obrigatório.

A previsão do delito de deserção se justifica para evitar eventuais comprometimentos no serviço militar obrigatório que podem prejudicar as operações desenvolvidas pelas Forças Armadas³⁰.

O objeto de tutela tem por finalidade preservar o serviço militar frente ao ato de o agente abandonar o serviço, apesar do seu dever legal de cumpri-lo até a sua desvinculação pela forma prevista em lei³¹.

2.3 Características

O delito é consumado quando o militar se ausenta, sem licença, por mais de 8 (oito) dias da Unidade Militar em que serve ou do lugar em que deve permanecer. Pode-se observar que para configurar o crime não precisa necessariamente se ausentar do quartel ou de estabelecimento castrense semelhante. Pode ser que o militar tenha sido designado para prestar seu serviço em um local distinto da unidade militar, como por exemplo, em um aeroporto de pequeno porte, em um hospital no caso de médico militar, ou auxiliando no policiamento nas ruas; e desses locais onde presta o seu serviço o militar não pode se ausentar por mais de oito dias.

Para que se configure o crime, a ausência terá que ser sem licença de superior hierárquico competente para conceder a autorização. Se o militar acreditar na legalidade da dispensa, não se configura o crime, caso essa dispensa não ultrapasse oito dias após o seu término. Se o militar tiver conhecimento da ilegalidade da dispensa e não retornar durante o prazo de graça, a conduta ilícita será configurada³².

²⁹ Art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.

³⁰ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

³¹ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p 258.

³² *Ibidem*, p. 259.

É possível que o militar apresente uma justificativa plausível para a sua ausência demorada, ou seja, a que for superior aos oito dias. Nesse caso, não há deserção visto que o militar não teve a intenção de se ausentar, pois o fez por motivos alheios a sua vontade.

O prazo de graça é o divisor entre o ausente e o desertor. É o período que corresponde aos oito dias que antecedem a consumação do delito de deserção. Nesse período, o militar é considerado apenas ausente e poderá receber sanções administrativas, ou seja, se for capturado ou se apresentar nesse período não é considerado desertor. A deserção se configura imediatamente após os oito dias de ausência, ou seja, no nono dia de ausência injustificada da unidade militar³³.

O início do prazo de graça começa a correr a partir da zero hora do dia subsequente ao da ausência do militar, não importando a hora em que se ausentou. O prazo só termina às vinte e quatro horas do oitavo dia de ausência, ou seja, o militar é considerado desertor no nono dia apenas.

O sujeito ativo dessa conduta típica e antijurídica poderá ser o militar legalmente incorporado às Forças Armadas, ou ao Corpo de Bombeiros Militares ou, até mesmo, à Polícia Militar, por se tratar de crime propriamente militar, como já referido. As instituições militares podem ser consideradas como o sujeito passivo³⁴.

A vontade livre e consciente do militar de se ausentar além do prazo de graça é o elemento subjetivo do tipo. O desertor consome o crime imediatamente a partir da zero hora do nono dia de ausência. A tentativa não é juridicamente possível³⁵.

O militar desertor sem estabilidade deve ser excluído do serviço ativo e o militar estável deve ser agregado. O ato de excluir o militar desertor, além de ter previsão legal, tem por objetivo estabelecer um marco da interrupção do tempo de serviço militar obrigatório e, também, interromper o pagamento da sua remuneração³⁶.

³³ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p 260.

³⁴ Ibidem, p. 259.

³⁵ Ibidem, p. 265.

³⁶ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

2.3.1 Classificação da deserção quanto ao momento da consumação

Quanto ao momento consumativo, a classificação doutrinária para um crime pode ser permanente, instantâneo ou instantâneo de efeitos permanentes. O crime permanente é aquele que se caracteriza quando o agente tem a possibilidade de fazer parar a conduta ilícita praticada, ou seja, a consumação permanece enquanto o indivíduo não cessa sua ação. Já o crime instantâneo não se prolonga no tempo, ou seja, é aquele que se consuma no momento imediato ao da conduta ilícita praticada. Por sua vez, o crime instantâneo de efeitos permanentes é aquele em que o crime se consuma imediatamente após a conduta delituosa, entretanto o efeito é permanente, ou seja, é irreversível.³⁷

O crime de deserção é considerado permanente, conforme a doutrina majoritária, pois os doutrinadores que defendem essa corrente entendem que o militar desertor pode fazer cessar a conduta delituosa ao se apresentar voluntariamente. Considerando que a deserção se consuma logo após o oitavo dia de ausência injustificada, tal conduta se prologa no tempo enquanto o militar não se apresenta voluntariamente ou é capturado. Assim, pode gerar a prisão do desertor em flagrante, uma vez que, ele se encontra em estado de flagrância. Segue esse mesmo sentido grande parte da jurisprudência, *in verbis*:

EMENTA: DESERÇÃO. SOLDADO FORAGIDO. PEDIDO DE SALVO- CONDUTO. INTENÇÃO DE COMPARECIMENTO NA OM. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PRISÃO PROCESSUAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.”

Não se concede salvo-conduto a quem se encontra na prática de deserção, crime permanente, conforme remansosa jurisprudência pátria. Não obstante o art. 452 do CPPM e o inciso LXI do art. 5º da CF, imporem a prisão ao desertor foragido, mesmo diante da sua apresentação voluntária, a postura do paciente de se manter ausente autoriza a prisão preventiva, em face da nítida intenção de furtar-se à aplicação da lei penal militar, como prevê as alíneas d e e do art. 255 do CPPM.

Embora o Paciente alegue estar sofrendo supostas perseguições por parte de seus superiores, não se verificam nos autos elementos plausíveis que sustentem tal afirmativa.

³⁷ Nunes, Edilton Oliveira. *CRIME DE DESERÇÃO – Crime permanente?* Revista da Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Direito Militar, Teresina, ano XV, n. 94, MARÇO/ABRIL 2012.

A hermenêutica constitucional exige interpretação uniforme de seus dispositivos, de modo a impedir o conflito entre eles. É incoerente o raciocínio de ser a prisão do desertor, prevista no art. 452 do CPPM, contrária aos preceitos garantidores da liberdade individual quando a própria Constituição excepciona a detenção do desertor, conforme frisado no mencionado inciso LXI do art. 5º. Ordem denegada. Decisão unânime.³⁸

No mesmo sentido verificamos a seguinte ementa:

EMENTA: Embargos de Declaração. Deserção. Natureza do crime. Permanente. Defensoria Pública da União. Omissão no Acórdão pelo não reconhecimento da prescrição. Inocorrência.

1. Os Embargos de Declaração são cabíveis quando houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão, o que não se verifica no caso concreto, tendo em vista que até a data do julgamento não ocorreu a prescrição da pretensão punitiva.

[...]

3. Segundo a doutrina e a reiterada jurisprudência desta Corte Castrense, referendada por inúmeros julgados do Supremo Tribunal Federal, o crime de deserção é de natureza permanente, ensejando que o marco inicial da contagem do prazo prescricional é a data em que cessa a permanência, ou seja, da captura ou, como no caso dos autos, da apresentação voluntária do desertor.

[...]

Embargos rejeitados. Unanimidade.³⁹

Também há uma corrente jurisprudencial que entende que o delito de deserção é instantâneo de efeitos permanentes, *in verbis*:

Apelação. Deserção (CPM art. 187). Soldado do Exército que se ausenta sem licença de sua Unidade, ficando afastado por cinco meses. Deserção configurada. Crime instantâneo, de mera conduta e de efeitos permanentes. Ação delitiva traduzida em injustificado sacrifício do dever militar. Inexistência de dirimente ou exculpante, sobretudo porque as justificativas apresentadas pelo réu para a consumação do crime, além de não restarem devidamente provadas, não preencheram os requisitos necessários à configuração do estado de necessidade exculpante. Apelo improvido. Decisão unânime.⁴⁰

³⁸ STM – Habeas Corpus 0000156-78.2012.7.00.0000/MS, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 17/10/2012, Data de Publicação: 12/11/2012.

³⁹ STM - Embargos de Declaração nº: 0000111-29.2010.7.07.0007/DF, Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 07/12/2011, Data da Publicação: 15/02/2012.

⁴⁰ STM – Apelação nº: 2009.01.051269-3/RJ, Relator: FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, Data de Julgamento: 15/04/2009, Data de Publicação: 21/05/2009.

Nesse mesmo sentido, a seguinte ementa do STM, sustentado que o momento da consumação do crime é após o oitavo dia de ausência injustificada, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESERÇÃO. CRIME INSTANTÂNEO COM EFEITOS PERMANENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. TRÂNSFUGA. ART. 132 DO CPM. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO LIMITE ETÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. A figura típica do art. 187 do Código Penal Militar previu o momento consumativo da deserção ao estatuir que o prazo de ausência do militar deve ser superior a 8 dias, não havendo que falar em crime permanente. Ainda que escoado o prazo indicado no art. 125, inciso VI, c/c o art. 129, ambos do CPM, para declarar-se a extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, estando o desertor foragido, obrigatoriamente, há de se observar o requisito etário contido no art. 132 do mesmo Codex. Com efeito, trazendo à comparação as normas geral e especial relativas à prescrição, não se verifica desrespeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, já que regulam situações diversas, cada qual com suas características próprias. Recurso provido. Decisão unânime.⁴¹

Acompanhando esse mesmo raciocínio, parte da doutrina também entende que a deserção pode ser classificada como um crime instantâneo de efeitos permanentes, pois uma vez consumada a deserção após o oitavo dia de ausência injustificada, o efeito permanece independentemente da vontade do militar desertor.

Essa divergência quanto à classificação do momento consumativo se dá pelo fato do legislador ter inserido alguns dispositivos, tanto no Código Penal Militar quanto no Código de Processo Penal Militar, que dizem respeito apenas ao crime de deserção, inclusive, é um crime que é processado por um rito especial. Assim sendo, os aplicadores do direito interpretam esses artigos de maneira diferenciada principalmente quanto à classificação quanto ao momento da consumação, quanto à prescrição e ao momento do flagrante delito.

2.3.1.1 Quanto ao momento do flagrante delito

Ao analisarmos o artigo 187 do CPM⁴², verificamos que para o crime de consumir é necessário apenas à ausência injustificada do militar por mais de oito

⁴¹ STM – Recurso em Sentido Estrito: 0000033-20.2008.7.03.0103/RS, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 13/10/2011, Data de Publicação: 21/11/2011.

⁴² Art. 187. “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias.” “Pena – detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

dias. Ou seja, passados os oitos dias de ausência o crime se consuma e os seus efeitos são permanentes visto que o militar desertor terá que responder ao processo judicial normalmente.

O artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988⁴³ é claro quando estabelece que ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada por autoridade competente ou por flagrante delito, entretanto, faz a ressalva quanto aos crimes propriamente militares previstos em lei, no caso, no Código Penal Militar. O artigo 452 do CPPM dispõe: “*Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.*” Ou seja, a prisão do desertor é prevista legalmente com garantia constitucional, portanto, a prisão não é pelo simples fato de ser flagrante delito, mas sim por ser prevista por lei especificamente.⁴⁴

Os autores que consideram o desertor foragido em situação de flagrante delito se baseiam no artigo 243 do CPPM, *in verbis*: “*Art. 243. Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito.*”. Entretanto, como se pode observar, não há vírgula depois da expressão “ou seja”, o que se pode concluir que insubmisso, desertor e flagrante delito são três situações diferenciadas. Portanto, o artigo é interpretado de forma equivocada por quem defende que o desertor foragido está em situação de flagrante delito, pois o artigo 243 do CPM c/c o artigo 452 do CPPM, juntamente com a previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXI, demonstram claramente que a prisão do desertor é específica do caso e não decorre de estado de flagrância.⁴⁵

2.3.1.2 Quanto ao momento da Prescrição

No Código Penal Militar, o artigo 125 e seus incisos e parágrafos regulam a prescrição de forma geral. Dispõe o seguinte:

⁴³ 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; [...].

⁴⁴ Nunes, Edilton Oliveira. *CRIME DE DESERÇÃO – Crime permanente?* Revista da Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Direito Militar., Teresina, ano XV, n. 94, MARÇO/ABRIL 2012.

⁴⁵ Idem.

Prescrição da ação penal

Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em trinta anos, se a pena é de morte;

II - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

III - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;

IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

V - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;

VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Para o crime de deserção também está previsto outro dispositivo que diz respeito à prescrição, sendo o artigo 132, *in verbis*: “Art. 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.”.

Durante muito tempo, os operadores do direito entendiam que o que artigo 132 era o único que poderia ser aplicado à deserção. Entretanto, hoje o entendimento é unânime no sentido de que nos casos em que o desertor estiver foragido aplica-se o artigo 132, e nos casos em que o militar está respondendo ao processo normalmente aplica-se o artigo 125 que dispõe a prescrição de forma geral.

Se considerar a deserção como um crime permanente, a aplicação do prazo prescricional pode encontrar certas dificuldades, vejamos.

Quando o militar sem estabilidade consuma a deserção após o oitavo dia de ausência é automaticamente excluído do serviço ativo, conforme a previsão legal⁴⁶, passando a ser civil. Já no caso de militar com estabilidade a exclusão é em um ano após a agregação⁴⁷. Nesse caso, a consumação não poderia se prolongar no tempo, uma vez que o agente é civil e não militar.

No caso de Oficial a previsão legal dispõe que a denúncia pode ser oferecida mesmo se o agente estiver foragido, *in verbis*:

⁴⁶ Artigo 128, §2º, da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares), artigo 456, § 4º, do CPPM.

⁴⁷ Artigo 128, § 1º, da Lei 6.880/80 (Estatuto dos Militares).

Art. 454. Transcorrido o prazo para consumir-se o crime de deserção, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente ou ainda a autoridade superior, fará lavrar o termo de deserção circunstanciadamente, inclusive com a qualificação do desertor, assinando-o com duas testemunhas idôneas, publicando-se em boletim ou documento equivalente, o termo de deserção, acompanhado da parte de ausência.

[...]

§ 3º Recebido o termo de deserção e demais peças, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo por cinco dias, ao Procurador, podendo este requerer o arquivamento, ou que for de direito, ou oferecer denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

Nesse caso, se considerarmos o crime como permanente não seria possível o seu efeito se prolongar no tempo, pois o processo já teria sido iniciado com o oferecimento da denúncia. E, também, não seria possível se saber qual a prescrição aplicar ao caso, se a prevista no artigo 125, para desertores que já estariam respondendo ao processo, ou a do artigo 132, para desertores foragidos, ambos do CPM.

Conforme disposição legal⁴⁸ a prescrição no crime permanente só começa a contar no momento em que é cessada a permanência. No caso do dispositivo 132 do CPM⁴⁹, a contagem da prescrição inicia no momento da lavratura do termo de deserção, sendo assim, entender o crime de deserção como permanente implicaria na não aplicação do artigo 125, inciso c, do CPM⁵⁰ pelo fato da prescrição só correr a partir da cessação da permanência.

O artigo 129 do CPM prevê o benefício da menoridade e da maioridade, *in verbis*: “Art. 129. São reduzidos de metade os prazos da prescrição, quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos ou maior de setenta.” Alguns julgados tem aplicado esse benefício no crime de deserção logo após o prazo de graça. Ou seja, o agente menor de vinte e um anos ou maior de setenta anos, dependendo do caso, deserta e logo após o prazo de graça se inicia a

⁴⁸ Artigo 125, § 2º, inciso c, do CPM e artigo 111, inciso III, do Código Penal.

⁴⁹ Art. 132. No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta.

⁵⁰ Art. 125. A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º dêste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: [...]

§ 1º Sobrevindo sentença condenatória, de que somente o réu tenha recorrido, a prescrição passa a regular-se pela pena imposta, e deve ser logo declarada, sem prejuízo do andamento do recurso se, entre a última causa interruptiva do curso da prescrição (§ 5º) e a sentença, já decorreu tempo suficiente. [...]

c) nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência; [...].

contagem da prescrição. Não há como considerar tal crime como permanente nesse caso, uma vez que, a cessação dos efeitos do crime ocorreria logo após o oitavo dia de ausência e não no momento da apresentação voluntária ou da captura do desertor.

Portanto, pode-se concluir que em matéria de prescrição não é razoável considerar o crime de deserção como permanente, sendo mais apropriado considera-lo instantâneo de efeitos permanentes.

No crime de deserção, o núcleo do tipo seria o simples fato de ausência, sem permissão de superior hierárquico, por mais de oito dias. Ou seja, não importa o resultado, portanto, crime de mera conduta.⁵¹

2.4 Modalidades

No artigo 187 do CPM é prevista a deserção em geral; no artigo 188, casos assimilados à deserção e no artigo 190 do mesmo código está a previsão da deserção especial.

Os casos assimilados previstos nos incisos I, II e III do artigo 188 do CPM ocorrem quando o militar, que se ausentou regularmente, não se apresenta à sua organização militar no prazo estabelecido, incluindo o prazo de graça.

O militar que é designado para servir em outra unidade castrense goza de um período previamente estabelecido pelo regulamento da Força a que pertence para efetuar devidamente a sua transferência. Para evitar a deserção deve se apresentar no tempo estipulado ou, ao final desse prazo, dentro de oito dias. Da mesma forma ocorre com o militar que regressa das férias.

Nos casos em que o militar estiver de licença ou tiver sido agregado, ocorrendo o término ou cassação dessas hipóteses, deve se apresentar à autoridade competente no prazo que começa a contar a partir do término ou cassação, sendo este prazo de oito dias.

⁵¹ Nunes, Edilton Oliveira. *CRIME DE DESERÇÃO – Crime permanente?* Revista da Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Direito Militar., Teresina, ano XV, n. 94, MARÇO/ABRIL 2012.

Também comete deserção o militar que cumpriu pena e deixa de se apresentar no prazo de oito dias contados a partir do término da pena.

O CPM prevê no inciso IV do artigo 188 a mesma pena para o militar que for excluído do serviço ativo ou permanecer em situação de inatividade por simplesmente criar ou simular incapacidade com o objetivo de não mais prestar o serviço militar a que estiver obrigado. Trata-se da deserção por incapacidade provocada.⁵²

Amador Cysneiros⁵³ criticou severamente a deserção por incapacidade provocada alegando que o crime de deserção não é caracterizado nessa modalidade. Esse posicionamento decorre do fato de não ser possível identificar a ausência e o prazo de graça, ou seja, requisitos fundamentais para a caracterização do crime de deserção. O mesmo autor sustenta que o militar apenas passa a ser inativo, ou seja, continua na reserva e recebe sua remuneração normalmente. Conclui enfatizando que não há deserção nesse caso porque o militar não desertou, não deixou as fileiras da Força, pois permanece vinculado mesmo que inativo.⁵⁴

Silvio Martins Teixeira entende que, no presente caso, há deserção pelo fato do militar negar-se a prestar o serviço para o qual foi designado mesmo depois de ter sido incorporado. Quando o agente cria ou simula incapacidade pretende alcançar o mesmo resultado da deserção comum, qual seja, se esquivar de suas obrigações militares.⁵⁵

Por sua vez, Loureiro Neto compreende que o referido caso não se trata de deserção uma vez que o militar cria ou simula incapacidade para se beneficiar financeiramente, pois fica na condição de inativo percebendo os proventos da organização militar. Sustenta que tal conduta melhor se enquadraria no crime de estelionato em virtude de o militar obter vantagem ilícita em prejuízo à administração castrense mantendo-a em erro.⁵⁶

A deserção especial é caracterizada quando o militar não comparece no momento determinado da partida do navio, da aeronave ou do

⁵² LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2000. p. 154.

⁵³ Idem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ Idem.

deslocamento da Força em que serve. Nesse caso, a pontualidade é fundamental, pois a infração caracteriza-se simplesmente pelo atraso do agente.

O artigo 191 do Código Penal Militar traz a previsão do concerto para deserção. Para que ocorra a consumação dessa modalidade basta que dois ou mais militares combinem entre si de praticar deserção, ou seja, não é necessário consumir a deserção, a conduta dolosa fica caracterizada com a simples intenção de desertar dos agentes. Caso a deserção chegue a ser consumada, a pena é agravada.

Por fim, é prevista a deserção por evasão ou fuga, que compreende as situações as quais o militar foge da prisão ou do poder da autoridade que o detém, permanecendo foragido por mais de oito dias.

2.5 Do Processo de Deserção em Tempo Guerra e em Tempo de Paz

O Código Penal Militar faz uma diferenciação entre os crimes militares praticados em tempo de paz, que são os previstos nos artigos 136 ao 354 daquele Código, e os crimes praticados em tempo de guerra, previstos nos artigos 355 ao 408 do mesmo diploma legal.

O tempo de guerra, nos termos do artigo 15 do Código Penal Militar, se inicia na declaração ou no seu reconhecimento e o final se dá quando for ordenada a cessação da aversão. Tanto o início quanto o fim do tempo de guerra devem ser declarados pela União como prevê o inciso II, do Artigo 21 da Constituição Federal de 1988.⁵⁷

As penas estabelecidas para crimes praticados em tempo de guerra são consideradas severas visto que é um período bastante delicado, que exige um maior comprometimento com o serviço e com o dever castrense por parte do militar. Entre as penas possíveis está a de morte com previsão constitucional unicamente nesse caso, *in verbis*:

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

⁵⁷ Art. 21- Compete à União:” [...] “II - Declarar a guerra e celebrar a paz; [...].

[...]

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada.

O artigo 56 do CPM determina que a pena de morte deva ser executada por fuzilamento. É necessário que o presidente da república tenha conhecimento da sentença condenatória e que, após essa ciência, transcorra um prazo de, no mínimo, 7 (sete) dias para que a execução seja efetuada, nos termos do artigo 57 do CPM.

Dentre os possíveis crimes que podem ser praticados em tempo de guerra está o de deserção previsto no artigo 391 e a deserção em presença do inimigo no artigo 392, tendo como grau máximo a pena de morte.

O processo de deserção em tempo de paz é bastante diferenciado e entre as diferenças está à ausência da previsão da pena de morte. O processo é desenvolvido por um rito especial que para se iniciar exige que o militar esteja na ativa.

2.5.1 Rito Especial

O procedimento utilizado para apurar o crime de deserção está previsto nos artigos 456 e 457 do Código de Processo Penal Militar, trata-se de um rito especial.

Verificada a ausência do militar na organização em que serve, o comandante da subunidade ou autoridade competente aguardará um prazo de vinte e quatro horas para encaminhar a parte de ausência, documento que testifica a ausência da praça na unidade, ao comandante da organização militar. O comandante, por sua vez, determinará a elaboração de um inventário dos bens deixados pelo ausente que sejam pertencentes à Fazenda Nacional. Esse inventário deverá ser assistido por duas testemunhas.

Passado o prazo de graça e o militar ausente não regressa configura-se o crime. Nesse caso, a autoridade competente enviará ao comandante geral da organização castrense a parte de deserção junto com inventário. Quando receber tais documentos, o comandante deverá lavrar o termo de deserção onde serão relatados detalhadamente os fatos. Esse termo poderá ser lavrado por um

praça graduado ou especial, mas terá que ser assinado pelo comandante e por duas testemunhas.

Antes dos autos serem encaminhados à Auditoria competente, deverá ser publicado no boletim interno da unidade militar o termo de deserção e a exclusão ou agregação do militar, dependendo do caso.

Quando o militar sem estabilidade consuma o delito de deserção é excluído da Força, ao passo que, o militar com estabilidade é agregado⁵⁸.

O juiz auditor quando receber os autos, com o termo de deserção, cópia do boletim interno e demais documentos, determinará que seja autuado o processo e depois o enviará para o Ministério Público Militar que terá o prazo de cinco dias para requerer o que for de direito. Deverá ser aguardada a apresentação voluntária do desertor ou sua captura para que o feito tenha prosseguimento.

Quando o militar se apresentar voluntariamente ou for capturado deverá ser submetido a uma inspeção de saúde na Organização Militar, de preferência por uma junta médica. O parecer da inspeção pode ter dois resultados, indicará se o militar está “apto” ou “inapto” para o serviço ativo.

Após a inspeção de saúde e a emissão do seu parecer, a ata deverá ser encaminhada para o juízo responsável pelo respectivo processo que, em caso de o militar ter sido considerado inapto para o serviço, ou seja, se o parecer for pela incapacidade do agente, o desertor ficará isento de reinclusão se for praça sem estabilidade e isento de reversão de for praça com estabilidade. Depois do representante do Ministério Público Militar se pronunciar, o processo deverá ser arquivado.

Caso o militar tenha sido considerado apto para o serviço ativo, ou seja, com plena capacidade para servir a Força, deverá ser reincluído ou revertido conforme o caso concreto. Nessas circunstâncias, o comandante da organização militar terá que enviar a cópia do ato de reversão ou reinclusão para o juízo responsável, sob pena de responsabilidade. O juiz auditor juntará o documento aos autos e dará vista ao Ministério Público Militar pelo prazo de cinco dias para, requerer o arquivamento ou o que for de direito, ou oferecer denúncia. Se optar por

⁵⁸ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 266.

oferecer a denúncia, depois de todas as diligências requeridas, nenhuma formalidade poderá ter sido omitida.

A ação penal no crime de deserção é iniciada mediante denúncia do Ministério Público Militar como previsto no artigo 129, inciso I da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;” (...); e no § 3º do artigo 457 do CPPM.

Se o juiz auditor receber a denúncia deverá citar o acusado designando o dia e a hora marcados para a audiência, que ocorrerá ante o Conselho Permanente de Justiça. Na ocasião, se não houver imprevistos, será o réu interrogado, serão ouvidas as testemunhas do Ministério Público Militar e da defesa. A defesa também poderá oferecer prova documental caso queira.

O julgamento consiste na leitura do processo e na sustentação oral das partes coordenadas pelo presidente do Conselho Permanente de Justiça. A sentença, se condenatória, deverá ser conhecida brevemente pelo comandante ou autoridade competente da OM para que proceda a fase de execução.

Em caso de sentença absolutória ou mesmo se o desertor estiver cumprido a pena fixada na sentença, o juiz auditor deverá expedir o alvará de soltura para que o agente seja posto em liberdade, se esse for o único motivo pelo qual foi preso.

Em razão da vedação expressa na lei vigente, sendo no art. 88, II, inciso “a”, do Código Penal Militar e no art. 617, II, inciso “a” do Código de Processo Penal Militar, a aplicação da suspensão condicional da pena não é possível no crime de deserção. Havia uma controvérsia entre os atuais ministros do Superior Tribunal Militar sobre a recepionalidade destes dispositivos pela Constituição Federal de 1988. Entretanto, em recente decisão, o Supremo Tribunal Federal considerou válido e claramente recepcionado pela Constituição Federal o teor dos referidos artigos, por considerarem necessário e justificável no âmbito das forças armadas, pois se trata de um regime jurídico diferenciado. Segue a referida decisão, *in verbis*:

HABEAS CORPUS: 119.567. Decisão: O Tribunal, por maioria, indeferiu o habeas corpus e entendeu recebida pela Constituição de 1988 a alínea “a” do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar e a alínea “a” do inciso II do art. 617 do Código Processo Penal Militar,

vencidos os Ministros Dias Toffoli (Relator), Rosa Weber, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Joaquim Barbosa (Presidente). Cassada a liminar concedida. Plenário, 22.05.2014.⁵⁹

Também não é possível o benefício da liberdade provisória ao indiciado ou acusado por crime de deserção⁶⁰.

Se o agente que pratica a conduta é oficial, a pena é agravada, pois em razão do seu posto, a ofensa ao bem jurídico tutelado é bem maior em relação aos outros militares. E, ainda, esse ato praticado por um oficial pode refletir de maneira negativa dentre os praças, graduados e os de menor posto e, até mesmo, os seus subordinados⁶¹.

O processo judicial relativo aos integrantes das Forças Armadas é julgado na Justiça Militar e, eventualmente, poderá haver recurso em caso de nulidade ou ofensa à Constituição Federal para o Supremo Tribunal Federal.

2.5.2 Condições de Procedibilidade e Prosseguibilidade para a Ação Penal

As condições gerais da ação penal são a legitimidade para agir, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

As denominadas condições de prosseguibilidade⁶² são aquelas necessárias e fundamentais para que o processo prossiga normalmente. Essas condições são específicas para cada processo, ou seja, não há condições de prosseguibilidade de modo geral e todas elas devem está previstas em lei.

Na justiça militar, o Ministério Público Militar é quem tem a legitimidade para ajuizar a ação penal no crime de deserção sempre que tiver provas e indícios suficientes de que o agente praticou tal infração penal.

⁵⁹ STF – Habeas Corpus nº 119.567/RJ, Relator: MIN. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 22/05/2014.

⁶⁰ LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2ª ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p. 265/266.

⁶¹ Ibidem, p. 265.

⁶² Termo jurídico usado para definir uma condição necessária para o prosseguimento de determinado processo, ou seja, o processo já esta em andamento e a condição deve ser implementada para que o processo siga seu curso normal.

Como já referido, o rito especial que rege o processo de deserção em tempo de paz exige ainda o *status* de militar como condição para se iniciar a ação penal. Discorre o parágrafo terceiro do artigo 457 do CPPM:

Reincluída que seja a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

Considerando que o *status* de militar é condição de procedibilidade significa afirmar que o processo não pode ser iniciado se o militar não for reincluído ou revertido ao serviço ativo. Ao passo que, se considerarmos que a condição é de prosseguibilidade, implica afirmar que o processo já iniciado não pode prosseguir se o agente não estiver na ativa⁶³.

Ao que parece, o legislador, ao estabelecer a condição de militar para a propositura da ação penal, tinha o objetivo de que o desertor retornasse ao serviço militar obrigatório do qual se apartou para se saber qual a verdadeira razão que levou o militar a desertar, pois, havendo uma causa que exclua a ilicitude ou a culpabilidade do fato, o militar também fica isento do processo. O militar incapaz também fica desobrigado de responder judicialmente.

A jurisprudência do STM ainda considera que se houver um justo motivo para justificar a ausência por mais de oito dias, não há crime,⁶⁴ *in verbis*:

EMENTA: DESERÇÃO. ARRIMO DE FAMÍLIA. CONFIRMAÇÃO. SINDICÂNCIA. DESINCORPORAÇÃO NÃO EFETIVADA. ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. Condição de arrimo de família reconhecida. Publicação em boletim. Desincorporação não efetivada. Inércia da Administração militar. Tais fatos somados à incerteza sobre orientação dada por superior hierárquico para aguardar na residência a desincorporação deixam dúvida quanto à vontade do acusado de permanecer ausente do quartel por mais de oito dias.

⁶³ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

⁶⁴ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2ª ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004. p.260.

Delito de deserção não caracterizado. Mantida a absolvição. *In dubio pro reo*. Apelo ministerial improvido. Unânime⁶⁵.

Da mesma forma ocorre quando o militar é considerado incapaz para o serviço ativo:

DESERÇÃO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. APELAÇÃO DEFENSIVA. INSPEÇÃO DE SAÚDE. RÉU CONSIDERADO INCAPAZ DEFINITIVAMENTE PARA O SERVIÇO MILITAR. PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ARQUIVAMENTO DOS AUTOS. DECISÃO POR MAIORIA. No crime de deserção e sendo o acusado considerado incapaz definitivamente para o Serviço Militar, verifica-se a falta condição de prosseguibilidade para o processo. Nesse caso, a ação penal militar deve ser trancada e os autos arquivados. Decisão por maioria.⁶⁶

Ao interpretarem o parágrafo terceiro do artigo 457 do CPPM, o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal têm entendido que além de ser condição de procedibilidade, o *status* de militar também é necessário para o prosseguimento do feito até mesmo na fase de execução.

Tanto é que o Superior Tribunal Militar, quando se depara com um processo de deserção em que o réu foi licenciado, por exemplo, suscita de ofício e preliminarmente a falta de condição de prosseguibilidade. Acerca do tema, vislumbra-se a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal Militar:

EMENTA: DESERÇÃO. CRIME PROPRIAMENTE MILITAR. SOLDADO DA AERONÁUTICA. LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO. PERDA DA CONDIÇÃO OBJETIVA DE PROCEDIBILIDADE. RECURSO PREJUDICADO. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO. ARQUIVAMENTO DO FEITO. 1. Ser militar da ativa é requisito indispensável para o processo e julgamento pelo crime do artigo 187 do CPM, visto tratar-se a deserção de um delito de natureza propriamente militar, ou seja, só pode ser cometido por aquele que ostenta a condição de militar. Precedentes do STM: Recurso Criminal nº 6. 767-0/RS e Apelação nº 49. 511-0/RJ 2. O licenciamento do militar que responde a processo pelo crime de deserção, retira a condição objetiva de procedibilidade tanto para a instauração da ação penal, como para o prosseguimento da relação processual, ainda que o feito esteja em grau de recurso. 3. A perda da condição

⁶⁵ STM – Apelação nº 2008.01.050872-6/PE, Relator: MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, Data de Julgamento: 30/09/2008, Data de Publicação: 15/12/2008.

⁶⁶ STM – Apelação nº 0000032-46.2010.7.03.03/RS, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 04/04/2013, Data de Publicação: 03/05/2013.

de procedibilidade torna prejudicado possível recurso interposto pelas partes, impondo o arquivamento do feito. Preliminarmente, o Tribunal julgou prejudicado o recurso da Defesa, por perda da condição de procedibilidade da Ação Penal, e, de ofício, concedeu "Habeas Corpus" para anular a condenação imposta ao Apelante, determinando o arquivamento do feito. Decisão unânime ⁶⁷.

No mesmo sentido, o seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. ART. 187 C/C ART. 189, INCISO I, PRIMEIRA PARTE, TODOS DO CPM. 1ª PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO ARGUIDA PELA PROCURADORIA-GERAL DA JUSTIÇA MILITAR. AUSÊNCIA DA CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. LICENCIAMENTO DE MILITAR. OCORRÊNCIA IN CASU. Acolhe-se a preliminar de não conhecimento arguida pela Procuradoria-Geral da Justiça Militar, em razão de operar-se, no transcurso processual, a perda da condição de prosseguibilidade da ação e pela falta do pressuposto subjetivo para a admissibilidade do recurso ante a ilegitimidade da parte recorrente, em face do réu haver sido licenciado da Força, implicando na concessão de Habeas Corpus de ofício para tornar sem efeito o decreto condenatório. Decisão unânime ⁶⁸.

Esse entendimento foi pacificado no STM no início da década de 1990, o que resultou na súmula nº: 12, in verbis:

A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a *persecutio criminis*, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

O Supremo Tribunal Federal também vem seguindo esse mesmo raciocínio, como se pode observar na seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. Processo penal militar. Deserção (art. 187 do código penal militar). Incapacidade para o serviço militar. Causa preexistente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Extinção da punibilidade. I - Com o reconhecimento da incapacidade preexistente à condenação, e tendo em vista que a condição de militar é requisito para o exercício da pretensão punitiva em relação

⁶⁷ STM - Apelação 2003.01.049396-6/RJ, Relator: FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE, Data de Julgamento: 27/04/2004, Data de Publicação: 08/06/2004.

⁶⁸ STM – Apelação 0000079-68.2010.7.12.0012/AM, Relator: José Coêlho Ferreira, Data de Julgamento: 23/05/2011, Data de Publicação: 29/06/2011.

ao crime de deserção, nos termos do art. 457, § 2º do CPPM, não há justa causa para a execução. II - Ordem concedida⁶⁹.

Assim também em mais recente decisão, *in verbis*:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício⁷⁰.

Observa-se que em relação ao crime de deserção o STF e o STM não diferenciam condição de procedibilidade de condição de prosseguibilidade. Esse entendimento sustentado desde o início dos anos 90 causou certa imprecisão, pois as condições da ação, que dizem respeito à matéria processual, passaram a se confundir com as condições objetivas de punibilidade que tratam de matéria penal.

Na ausência de qualquer condição de procedibilidade o processo deve ser anulado, ou seja, o julgamento é sem resolução do mérito ocasionando coisa julgada formal. Já na ausência de condição objetiva de punibilidade há julgamento com resolução de mérito e consequentemente coisa julgada formal e material.⁷¹

⁶⁹ STF - HC: 90672/SP, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 03/02/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-053 DIVULG 19-03-2009 PUBLIC 20-03-2009.

⁷⁰ STF - HC: 108197/PR, Relator: Min. Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 13/12/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-033 14/02/2012, Data da Publicação:15/02/2012.

⁷¹ ROTH, Ronaldo João. ONO, Sylvania Helena. *Processo de Deserção: Condição de Procedibilidade Versus Condição de Prosseguibilidade*. Revista Direito Militar, n. 102, julho/agosto 2013.

3 STATUS DE MILITAR COMO CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE PARA A AÇÃO PENAL

Como já referido anteriormente, a jurisprudência tem entendido que o *status* de militar é condição de procedibilidade e, também, condição de prosseguibilidade para a ação penal no crime de deserção. Esse entendimento vem causando certos transtornos para o militar desertor, para a Justiça Militar e para as Unidades Militares em todo o país. Ocorre que, a legislação atual castrense exige tal condição de militar apenas para iniciar a ação penal, não fazendo qualquer exigência dessa condição para o prosseguimento do feito, conforme a exposto a seguir.

O artigo 35 do CPPM⁷² prevê o início e a extinção do processo, esclarecendo que o processo começa com o recebimento da denúncia, é efetuado com a citação do acusado e extingue-se quando não é mais possível o recurso da sentença definitiva que resolva o mérito ou não. O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que o processo só será suspenso ou extinto nos casos previstos no próprio CPPM. Como já referido, o mesmo diploma legal não faz qualquer referência em relação à condição de militar ser causa que possa extinguir ou até mesmo suspender o processo de deserção, exceto no caso de incapacidade.

Depois de iniciada a ação penal no crime de deserção, ou seja, depois que o Acusado se apresenta voluntariamente ou é capturado, considerado apto pela inspeção de saúde, reincluído ao serviço ativo das Forças Armadas, denunciado e citado validamente é plenamente possível que seja licenciado por diversos motivos e, conseqüentemente, perca o *status* de militar.

O desertor, sem estabilidade, considerado incapaz de servir às Forças Armadas é isento de responder ao processo de deserção, como previsto no Código de Processo Penal Militar⁷³. Em relação ao agente que perdeu o seu *status* de militar por outro motivo que não o da incapacidade, tais como transferência para a reserva ou licenciamento, sendo que o licenciamento pode se dar a bem da

⁷² Art. 35. O processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irrecurável, quer resolva o mérito, quer não. Casos de suspensão” “Parágrafo único. O processo suspende-se ou extingue-se nos casos previstos neste Código.

⁷³ Artigo 457, § 2º.

disciplina, pelo término do serviço militar inicial obrigatório, pela aquisição das condições de arrimo, pela condenação irrecorrível resultante da prática de crime comum de caráter doloso, entre outros⁷⁴, o CPPM não faz qualquer menção. Acerca do tema, o artigo 87 do Código de Justiça Militar já revogado, tinha a seguinte redação:

A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço.

Infere-se de tal dispositivo que o único motivo pelo qual o militar não poderia responder ao crime de deserção era por ser considerado incapaz para o serviço militar, sendo que por qualquer outro motivo poderia responder normalmente, inclusive depois de passar à condição de civil⁷⁵.

Dessa forma, pode-se considerar que a condição de prosseguibilidade para a ação penal deveria ter seu liame com a capacidade para o serviço da Força, ou seja, se o militar apresentasse condições físicas para servir e não, simplesmente, ter o *status* de militar⁷⁶.

O Superior Tribunal Militar considera necessária a condição de militar da ativa na fase de execução, assim como, em todo o processo. Ou seja, mesmo depois de condenado, se perder a condição de militar por qualquer motivo, ficará isento do processo com a concessão de habeas corpus. Conforme reiterada jurisprudência, *in verbis*:

APELAÇÃO. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DE MILITAR. PERDA DE OBJETO. RECURSO PREJUDICADO. FALTA DA CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ARQUIVAMENTO DO FEITO. Ausência de violação à prerrogativa do Ministério Público Militar de zelar pelo andamento da ação penal, prevista no inciso I do artigo 129 da Constituição da República, como alega o Custos Legis. No presente caso, a ação foi regularmente proposta pelo Parquet das Armas, o qual exerceu o seu munus sem qualquer restrição, tanto que culminou na condenação do apelante, nos termos constantes da inicial. O

⁷⁴ Lei do Serviço Militar nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.

⁷⁵ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

⁷⁶ Idem.

arquivamento ora proposto não decorre da liberalidade do magistrado, mas de imperativo legal, tendo em vista o sentenciado ostentar a condição de civil, circunstância superveniente que afeta a condição de procedibilidade e fulmina o processo. Embora passível de questionamentos, o licenciamento é ato discricionário da Administração Militar, ao qual não cabe a esta Justiça Castrense tecer juízo de valor acerca da sua legalidade, mesmo porque, se isso fosse possível, faltar-lhe-ia competência, haja vista a Constituição da República, em seu artigo 124, reservar-lhe a atribuição tão somente para o processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei. Em virtude da superveniente perda da condição de procedibilidade, com o licenciamento do apelante, e a inviabilidade de prosseguir com o recurso, merece o presente feito ser julgado prejudicado por manifesta perda de objeto, havendo, ainda, de ser concedido habeas corpus de ofício para tornar sem efeito a sentença condenatória, nos termos dos artigos 466 e 467, alínea c, e 470, parte final, todos do CPPM. Decisão por maioria.⁷⁷

Em julgamento mais recente:

APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO E ARQUIVAMENTO DO FEITO. Informação aportada aos autos, oriundas do Juízo a quo, noticiando que o Apelante não ostenta mais o status de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório. Impõe-se a extinção do processo pela falta de condição de procedibilidade da ação penal. A condição de militar do Acusado é indispensável para a persecução penal no crime de deserção. Precedentes nesse sentido. Preliminar de não conhecimento do Recurso acolhida e concedido, de ofício, habeas corpus para trancar a Ação Penal Militar por falta de justa causa, determinando-se o seu arquivamento. Decisão majoritária.⁷⁸

Esse entendimento é fundamentado na súmula nº 12 do STM⁷⁹.

Entretanto, essa súmula está em perfeita harmonia com o parágrafo 3º do artigo 457

⁷⁷ STM – Apelação nº 0000008-73.2013.7.11.0211/DF, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 26/09/2013, Data de Publicação: 09/10/2013.

⁷⁸ STM – Apelação nº 0000091-93.2013.7.05.0005/PR, Relator: Lúcio Mário de Barros Góes, Data de Julgamento: 07/05/2014, Data de Publicação: 20/05/2014.

⁷⁹ A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserção sem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para o persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo.

do CPPM, onde a redação exige o *status* de militar da ativa apenas como condição de procedibilidade.

A exigência do *status* de militar como condição de prosseguibilidade não tem nenhum amparo legal. Trata-se de um mero entendimento da Corte Castrense. O ordenamento jurídico estabelece que, para se apurar o crime de deserção, é necessário o ajuizamento de uma ação penal pública incondicionada conforme o rito especial previamente estabelecido pela lei, sendo defeso ao intérprete elaborar outras formas para a instauração e prosseguimento do feito, que não estejam legalmente previstos.

O artigo 143 da Constituição Federal de 1988 dispõe: “O serviço militar é obrigatório nos termos da lei.”. A lei que rege o serviço militar obrigatório é a Lei nº 4.375/64 que, por sua vez, foi recepcionada pela Constituição. O seu artigo 5º⁸⁰ estabelece que o serviço militar obrigatório tem início aos dezoito anos e encerra aos quarenta e cinco anos de idade. Normalmente, a duração do serviço é de doze meses, conforme o “caput” do artigo 6º.⁸¹ Pode haver uma alteração nesse tempo de serviço conforme a previsão legal. Entretanto, o militar que, por sua vez, cumprir o serviço obrigatório a que lhe foi atribuído deverá ser licenciado por ato administrativo exclusivo do Poder Executivo. Esse ato praticado pela autoridade administrativa não tem o poder de interferir em uma eventual ação penal que o militar poderá estar respondendo perante a Justiça Militar.

A referida Lei do Serviço Militar Obrigatório também nos traz a previsão do instituto da interrupção do serviço em seu artigo 31, sendo uma das possibilidades a prática de deserção.⁸² O parágrafo 5º estabelece que: “O incorporado que responder a processo no Foro Militar permanecerá na sua unidade, mesmo, como excedente.” Ocorre que, este dispositivo foi regulamentado pelo artigo 145 do Decreto nº 57.654/66, *in verbis*:

⁸⁰ Art 5º A obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos.

⁸¹ Art 6º O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

⁸² Art 31 O serviço ativo das Forças Armadas será interrompido:

- a) pela anulação da incorporação;
- b) pela desincorporação;
- c) pela expulsão;
- d) pela deserção.”

Art. 145. O incorporado que responder a inquérito policial militar ou a processo no Fôro Militar permanecerá na sua Unidade, mesmo como excedente, não lhe sendo aplicada, enquanto durar essa situação, a interrupção do tempo de serviço, prevista neste Capítulo.

Observa-se que esse dispositivo tem a finalidade de impedir somente a interrupção da contagem do tempo de serviço e evitar que o militar que esteja respondendo ação penal seja movimentado para outra unidade militar. Ou seja, de forma alguma impede o militar de ser licenciado. Esse dispositivo é usado como fundamento para fazer com que os militares, que estejam respondendo por deserção, permaneçam incorporados à Força a qual pertence, mesmo depois de terem cumprido o seu serviço militar obrigatório. Ou seja, os militares permanecem incorporados apenas por estarem respondendo ao processo de deserção, uma vez que, se o indivíduo perde o seu *status* de militar o processo fica sobrestado ou é arquivado conforme o caso concreto.

Em relação à execução da pena, nos processos em que o militar passa a condição de civil por qualquer motivo que não o da incapacidade, esta ficaria sob a responsabilidade dos Juízes-Auditores e, em um segundo plano, dependendo do caso, aos Juízes das Varas de Execuções Penais do respectivo Estado onde tramita o processo. É certo que o processo militar que, em sua fase de execução, for encaminhado para alguma Vara de Execuções Penais por ter o réu passado a condição de civil, será regido pela Lei de Execução Penal nº 7210/84, por disposição do artigo 2º, c/c o artigo 62 do CPM e com o artigo 595 do CPPM, *in verbis*:

LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984.

Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

CÓDIGO PENAL MILITAR

Art. 62 – O civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

Art. 595. A carta de guia, extraída pelo escrivão e assinada pelo auditor, que rubricará todas as folhas, será remetida para a execução da sentença:

- a) ao comandante ou autoridade correspondente da unidade ou estabelecimento militar em que tenha de ser cumprida a pena, se esta não ultrapassar de dois anos, imposta a militar ou assemelhado;
- b) ao diretor da penitenciária em que tenha de ser cumprida a pena, quando superior a dois anos, imposta a militar ou assemelhado ou a civil.

Pode-se observar pelos referidos dispositivos que há a possibilidade dos militares que passam a condição de civil continuarem respondendo ao processo mesmo em na fase de execução. Inclusive, quando os crimes forem propriamente militares.

O Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do STF e do STM, entende que o desertor não precisa ostentar a condição de militar para que o processo siga. É o que se pode observar na seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS POLICIAL MILITAR. DESERÇÃO. POSTERIOR EXCLUSÃO DAS FILEIRAS MILITARES. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Segundo o art. 187 do Código Penal Militar, comete o crime de deserção o militar que se ausentar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias.
2. Na hipótese, quando da consumação do delito e do oferecimento da denúncia, o recorrente ostentava a condição de militar, podendo, assim, ser sujeito ativo do crime de deserção.
3. A superveniente exclusão das fileiras militares, por fatos diversos, não dá azo ao trancamento da ação penal, sob a alegação de ausência de condição de procedibilidade.
4. A exclusão do paciente das fileiras do Exército ocorreu quando já estava consumado o crime de deserção. (...) Não há irregularidade na Lavratura do Termo de Deserção, nem na exclusão do militar das fileiras do Exército, após a consumação do delito. (...) Não há a alegada falta de justa causa" (Precedente do Superior Tribunal Militar).
5. Recurso a que se nega provimento.⁸³

Nesse sentido, sustenta-se que o militar pode licenciar-se sem que o processo que esteja respondendo tenha qualquer prejuízo, como mostra o seguinte julgado:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR – PRAÇA. LICENCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO CRIMINAL NA JURISDIÇÃO MILITAR. ART. 31, § 5º DA LEI Nº 4.375/64. INTERPRETAÇÃO. Da leitura do referido dispositivo não se extrai

⁸³ STJ - Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 24607 / PR, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/03/2010, T6 - SEXTA TURMA

que o praça que tenha concluído seu tempo de serviço, mas esteja respondendo a um processo criminal junto ao Foro Militar, não possa licenciar-se. Interpretação equivocada da recorrente. Recurso desprovido.⁸⁴

O legislador teve o cuidado de isentar o desertor que for considerado incapaz por motivo de saúde, o praça que tiver completado quarenta e cinco anos de idade e o oficial que tiver completado sessenta anos de responder judicialmente. Entretanto, para os demais casos em que o militar passa a condição civil não há qualquer previsão legal que possa isentar o militar de responder processo penal por deserção.

3.1 Da possibilidade de responder ao processo como revel

É certo que também não há qualquer norma legal que impeça que seja aplicada a revelia aos acusados no processo de deserção. Se os acusados forem citados regularmente e, eventualmente, não comparecem aos atos processuais não há nada que impossibilite que o feito prossiga em seu curso normal.

Dessa forma, com a decretação da revelia pela Justiça Militar, o militar acusado de deserção que for citado regularmente e não comparecer aos atos processuais poderá ter a prisão preventiva decretada nos termos dos artigos 254 e 255 do CPPM, *in verbis*:

Art 254. A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, em qualquer fase dêste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes:

- a) prova do fato delituoso;
- b) indícios suficientes de autoria.

No Superior Tribunal Militar

Parágrafo único. Durante a instrução de processo originário do Superior Tribunal Militar, a decretação compete ao relator.

Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:

[...]

- b) conveniência da instrução criminal;

[...]

⁸⁴ STJ – Recurso Especial: 328907/SC, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/02/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: 24/03/2003.

- d) segurança da aplicação da lei penal militar;
- e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Portanto, a decretação da revelia caberia perfeitamente ao caso do militar que não comparecer aos atos processuais. Sendo assim, não haveria necessidade de permanecer incluído à Força somente pelo fato de está respondendo a um processo de deserção.

3.2 Transtornos causados pela exigência do *status* de militar para o prosseguimento da ação penal

O fato de o militar ter que permanecer no serviço ativo enquanto perdurar a ação penal pode ocasionar a prorrogação do período do serviço obrigatório previsto em lei, o que pode gerar constrangimento ilegal ao soldado. Esse foi o argumento da Defensoria Pública da União na Ação Civil Pública nº 18725-37.2012.4.01.3400, em trâmite na Primeira Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal⁸⁵. Além disso, quando o militar continua vinculado ao serviço ativo depois de cumprir o tempo obrigatório, contra a sua vontade, fica impedido de realizar eventuais planos profissionais, o que pode fazer com que o militar tenha dificuldade em ingressar no mercado de trabalho após ser desvinculado das forças armadas.

A Unidade Militar que tem em seu quadro um militar que apenas está incluído por está respondendo a um crime de deserção não pode lhe atribuir um serviço relevante, ou mesmo, qualquer serviço. Pois, pode ser que o trabalho não seja bem executado, já que o militar não tem qualquer interesse ou obrigação em atender ao serviço militar e a hierarquia e disciplina.

Em contrapartida, se o agente perde o *status* de militar e passa à condição de civil o processo fica sobrestado nos casos em que é possível a recuperação da condição de militar ou mesmo é arquivado dependendo do caso.

⁸⁵ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

Isso prejudica a aplicação da lei castrense, o que compromete a punição ao crime e, por sua vez, a tutela anelada pela Constituição Federal.

O Ministério Público Militar, nos autos do Recurso Extraordinário nº 21-43.2011.7.01.0301/DF, sustentou que considerar o status de militar como condição para prosseguimento do feito pode acarretar em impunidade. Alegou ainda que:

não há no Código de Processo Penal Militar dispositivo que vincule a manutenção do militar na Força como condição para o prosseguimento do feito da persecução penal. O CPPM trata apenas da permanência do desertor nos quadros para fins exclusivamente de propositura da ação penal.

Ademais, o MPM sustentou que os militares têm entendido que além de “ficar impune” a prática do crime de deserção está sendo uma forma de “engajamento forçado”, visto que a situação de militar tem sido exigida pela jurisprudência majoritária como causa de prosseguibilidade.

3.3 Perda da condição de militar não é causa de extinção de punibilidade

Grande parte da doutrina considera o crime como sendo um fato típico, antijurídico e culpável. Assim sendo, a punibilidade não integra o conceito analítico de crime⁸⁶. Ou seja, a punibilidade diz respeito à própria pena.

No Direito processual penal militar, a extinção da punibilidade ocasiona o arquivamento do Inquérito Policial Militar, a rejeição da denúncia e a absolvição do acusado⁸⁷.

O artigo 123 do CPM prevê as causas que extinguem a punibilidade, *in verbis*:

Causas extintivas
Art. 123. Extingue-se a punibilidade:
I - pela morte do agente;
II - pela anistia ou indulto;

⁸⁶ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

⁸⁷ Idem.

- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
 - IV - pela prescrição;
 - V - pela reabilitação;
 - VI - pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º).
- (...).

Observa-se que o mencionado dispositivo não se refere à perda da condição de militar como extinção de punibilidade. E o ordenamento jurídico não autoriza outras maneiras de extinção de punibilidade que não estejam previstas em lei⁸⁸.

O *status* de militar é condição de procedibilidade, ou seja, condição essencial para o início do feito, o que significa que a perda de tal *status*, ocasiona uma extinção de punibilidade implícita,⁸⁹ o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, pode-se entender que o *status* de militar torna-se necessário apenas para que se inicie a ação penal no crime de deserção. E caso o agente cometa uma segunda deserção, ou que seja licenciado e, conseqüentemente, perca sua condição de militar, nada impede que ele continue respondendo a ação penal já iniciada, visto que se trata de crime já consumado.

É interessante destacar que nos demais crimes propriamente militares julgados pela Justiça Militar da União, tais como abandono de posto, insubordinação, resistência, dentre outros, mesmo que o indivíduo perca a sua condição de militar o processo segue normalmente até a sua conclusão.

É notório que o crime de deserção é um dos mais comuns de ser praticado pelo militares, tem mais incidência do que o de desacato e o de insubmissão, por exemplo. Não é razoável que processos que já estejam na fase de execução ou que já tenham transitado em julgado sejam arquivados apenas pela perda da condição de militar do desertor, com exceção do caso de incapacidade por motivo de saúde.

⁸⁸ SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.

⁸⁹ Idem.

CONCLUSÃO

O texto constitucional estabelece que o Estado deve garantir a segurança da pátria, conforme o disposto no artigo 142⁹⁰ da Carta Magna. Essa segurança é feita por meio das forças armadas que é composta pelo Exército, Marinha e Aeronáutica.

Para evitar uma insuficiência de militares nos quadros das unidades das forças, foi imposto o serviço militar obrigatório. A previsão do crime de deserção tem por finalidade tutelar o serviço e as obrigações pertinentes às atividades militares. Sendo assim, tanto a tutela possibilitada pela criminalização da deserção quanto o serviço militar obrigatório proporcionam a segurança nacional que, por sua vez, é uma das garantias constitucionais.

O *status* de militar do agente é imprescindível para que se consuma o delito de deserção. Sendo que, depois de consumada a deserção, o militar é excluído ou agregado da força a qual pertence, só sendo reincluído ou revertido após inspeção de saúde e parecer apto para o serviço ativo.

Para que se inicie a ação penal no crime de deserção, o CPPM exige o status de militar do desertor, sendo que não faz qualquer imposição para que essa condição de militar permaneça até a conclusão do processo.

A perda da condição de militar do agente não é causa de extinção de punibilidade, sendo que o ordenamento jurídico só permite as estabelecidas expressamente na legislação. Também não é hipótese que possa suspender ou extinguir o processo já iniciado.

Apenas é isento do processo de deserção o militar que, por motivo de saúde, não for considerado apto para o serviço ativo conforme o disposto no artigo 457, § 2º do CPPM.

Após o início da ação penal, caso o militar desertor não compareça aos atos processuais, não há qualquer impedimento para que o processo siga à revelia, desde que o militar não seja considerado incapaz definitivamente.

O militar sem estabilidade que estiver respondendo por deserção não é obrigado a permanecer vinculado à unidade militar a qual pertence após o

⁹⁰ 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.

término do serviço obrigatório simplesmente por está sendo processado por deserção. Não há qualquer impedimento para que possa continuar respondendo ao processo na justiça comum, visto que nos demais crimes propriamente militares, mesmo quando o agente perde o status de militar continua respondendo a ação normalmente na esfera comum.

A lei penal castrense prevê que o *status* de militar apenas é condição de procedibilidade, sendo que, em nenhum momento exige-se como condição de prosseguibilidade.

Interessante seria vincular a condição de prosseguibilidade com a capacidade para o serviço militar e não simplesmente com o *status* de militar, ou seja, se o agente for capaz para o serviço ativo o processo segue.

O entendimento jurisprudencial majoritário que vem considerando que o *status* de militar é condição de prosseguibilidade para a ação penal no crime de deserção não tem qualquer amparo legal. É um entendimento que causa problemas, visto que as unidades militares não podem licenciar os militares que estão respondendo por deserção e, nem mesmo, lhe atribuir quaisquer atividades, pois os militares já não têm qualquer obrigação com a força; os militares réus no processo de deserção ficam impedidos de ingressar no mercado de trabalho, pois têm que permanecer vinculados a unidade até o fim do processo; o processo de deserção movimenta a justiça militar gerando custas, investimento de tempo por parte dos magistrados e servidores e pode resultar em um arquivamento pelo simples fato do agente ter perdido a condição de militar.

As regras processuais que dizem respeito à suspensão e extinção do processo devem ser interpretadas de forma restrita, sendo vedado ao intérprete da lei criar qualquer nova regra.

Ao considerar que o objeto da ação penal é a pretensão punitiva, não é razoável supor que a perda do *status* de militar do agente desertor resultaria em uma perda do objeto da ação penal, como alguns magistrados já consideraram⁹¹.

Uma vez consumado o crime de deserção e o militar figurante no polo passivo da relação processual for capaz para o serviço ativo, mesmo passando a condição de civil, não há qualquer impedimento para que responda ao processo de deserção, pois o crime já fora consumado e o Estado, por meio do poder judiciário,

⁹¹ STM - Apelação: 0000009-25.2008.7.01.0401/RJ, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 12/12/2012, Data de Publicação: 19/02/2013.

tem o dever de operar o direito, aplicando a lei ao caso concreto, cominando a pena a quem tiver cometido crime tipificado em lei.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Esmeraldino. Direito, Justiça e Processo Militar. 2 ed. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1919.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Decreto-Lei nº 925, de 2 de Dezembro de 1938 (Código de Justiça Militar – revogado).

_____. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).

_____. Decreto-Lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar).

_____. Decreto-Lei nº 2.848, DE 7 de Dezembro de 1940. (Código Penal).

_____. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, (Normas Gerais para a Organização, o Preparo e o Emprego das Forças Armadas).

_____. Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar).

_____. Lei nº 6.880, 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

_____. Supremo Tribunal Federal - HC: 90672/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ 03-02-2009, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal - HC: 108197/PR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJ 13-12-2011, Segunda Turma.

_____. Supremo Tribunal Federal. - STF – Habeas Corpus nº 119.567/RJ, Relator: MIN. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 22/05/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. - Recurso Especial: 328907/SC, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/02/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: 24/03/2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. - STJ - Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 24607 / PR, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 23/03/2010, T6 - SEXTA TURMA.

_____. Superior Tribunal Militar. Súmula nº 12, de 21 de janeiro de 1997.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação nº 2003.01.049396-6/RJ, Rel. Min. FLÁVIO DE OLIVEIRA LENCASTRE, DJ 27-04-2004.

_____. Superior Tribunal Militar – Apelação nº 2008.01.050872-6/PE, Rel. Min. MARCOS AUGUSTO LEAL DE AZEVEDO, DJ 30-09-2008.

_____. Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000079-68.2010.7.12.0012/AM, Rel. Min. José Coêlho Ferreira, DJ 23-05-2011.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação nº: 2009.01.051269-3/RJ, Relator: FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES, Data de Julgamento: 15/04/2009, Data de Publicação: 21/05/2009.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação nº 0000032-46.2010.7.03.03/RS, Relator: Artur Vidigal de Oliveira, Data de Julgamento: 04/04/2013, Data de Publicação: 03/05/2013.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação nº 0000008-73.2013.7.11.0211/DF, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 26/09/2013, Data de Publicação: 09/10/2013.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação nº 0000091-93.2013.7.05.0005/PR, Relator: Lúcio Mário de Barros Góes, Data de Julgamento: 07/05/2014, Data de Publicação: 20/05/2014.

_____. Superior Tribunal Militar. - Apelação: 0000009-25.2008.7.01.0401/RJ, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 12/12/2012, Data de Publicação: 19/02/2013.

_____. Superior Tribunal Militar. – Embargos de Declaração 2004.01.049584-2/RJ, Relator: JOSÉ COÊLHO FERREIRA, Data de Julgamento: 16/11/2004, Data de Publicação: Data da Publicação: 10/02/2005.

_____. Superior Tribunal Militar. -- Embargos de Declaração nº: 0000111-29.2010.7.07.0007/DF, Relator: Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 07/12/2011, Data da Publicação: 15/02/2012.

_____. Superior Tribunal Militar. _ Habeas Corpus 0000156-78.2012.7.00.0000/MS, Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 17/10/2012, Data de Publicação: 12/11/2012.

_____. Superior Tribunal Militar. - Recurso em Sentido Estrito: 0000033-20.2008.7.03.0103/RS, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 13/10/2011, Data de Publicação: 21/11/2011.

LOBÃO, Célio. Direito Penal Militar. 2 ed. Atualizada. Brasília Jurídica: Brasília, 2004.

LOBÃO, Célio. Direito Processual Penal Militar – Justiça Militar Federal e Estadual. 2ª ed. Revista e Atualizada. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2011.

LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito Penal Militar. 3ª ed. Atlas: São Paulo, 2000.

NUNES, Edilton Oliveira. CRIME DE DESERÇÃO – Crime permanente? Revista da Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Direito Militar, Teresina, ano XV, n. 94, MARÇO/ABRIL 2012.

ROTH, Ronaldo João. ONO, Sylvia Helena. Processo de Deserção: Condição de Procedibilidade Versus Condição de Prossequibilidade. Revista Direito Militar, n. 102, julho/agosto 2013.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *O status de militar como condição de prossequibilidade do processo por crime de deserção: uma construção equivocada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3456, 17 dez 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23221>>. Acesso em: 14 de mar. 2013.