

## A INFLUÊNCIA DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DO DIREITO DE PESSOA CARA AO AGENTE DA INSUBMISSÃO E DA DESERÇÃO. ANÁLISE SOB A PRISMA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE OU CONSTATAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE ATIPICIDADE CONGLOBANTE? <sup>1</sup>

*Jorge Cesar de Assis<sup>2</sup>*

Inicialmente, quero dizer da minha satisfação em poder participar deste Encontro Nacional dos Magistrados da Justiça Militar da União, e dessa forma, incentivar o debate sobre temas tão importantes do Direito Militar – a deserção e a insubmissão.

De início quero dizer que tenho convicções próprias a respeito das questões jurídicas que medeiam estes dois crimes: a prescrição especial, a própria consumação do crime, a incidência das excludentes de culpabilidade, a condição de procedibilidade e de prosseguibilidade do processo, a reincidência da deserção, etc.

Minha intenção, no entanto, é suscitar o debate para determinadas circunstâncias advindas da Administração Militar, as quais, atualmente, entendo exercerem considerável influência no cometimento dos crimes de deserção e insubmissão, em especial o primeiro.

São elas: a ausência de divulgação do direito constitucional da objeção de consciência; a falta de justificativa plausível para o descumprimento da Constituição no pagamento de um soldo irrisório aos recrutas do serviço militar inicial; os padrões utilizados para a incorporação daqueles que efetivamente irão servir e; o não cumprimento da legislação que regulamenta o pagamento do auxílio-transporte aos recrutas que servem em local distante de suas origens.

Daí porque se pode chegar ao questionamento que serve de título: a proteção ao direito de pessoa cara ao agente, se aceita por ocasião do julgamento, tratar-se-ia de excludente de culpabilidade ou seria caso mesmo de atipicidade globante, esta última, inclusive, podendo ser aventada na fase pré-processual, impedindo a oferta da denúncia? É o que se pretende discutir.

**1. A AÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.** Parte-se de uma iniciativa inédita, consubstanciada na instauração conjunta de um INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO, pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público Militar<sup>3</sup>, já que este detém a titularidade exclusiva para propor as ações penais perante a Justiça Militar da União e aquele, a competência para identificar que causas administrativas podem estar contribuindo para o quadro do expressivo número de deserções ocorridas no biênio 2005-2006, atuando, judicialmente ou não, no sentido de afastá-las.

Diz-se inédita no sentido de que tal iniciativa não é comum entre os dois ramos do MPU, melhor, nunca ocorreu anteriormente. Todavia, o litisconsórcio entre ramos diversos do Ministério Público é possível de longa data na defesa dos direitos, bens e interesses coletivos.

A análise inicial dos processos de deserção no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª CJM permitiu identificar como sendo uma constante o fato do réu ser de família pobre; quase sempre originário de local diverso de onde serve, às vezes até 300 km ou mais – isto contrasta com a realidade inegável de um número considerável de dispensados por excesso de contingente do município sede da OM; a

<sup>1</sup> Texto apresentado em Painel do V Encontro Nacional dos Magistrados da Justiça Militar da União, no Superior Tribunal Militar, Brasília-DF, 12.06.2007.

<sup>2</sup> Promotor da Justiça Militar em Santa Maria / RS. Membro Correspondente da Academia Mineira de Direito Militar. Sócio Fundador da Associação Internacional das Justiças Militares. Autor de várias obras sobre Direito Militar publicadas pela Editora Juruá.

<sup>3</sup> Portaria Conjunta MPF/MPM nº 01/2007, publicada no DOU Nº 83, DE 02.05.2007, Seção 1, p.104.

ausência de pagamento do auxílio-transporte, apesar de previsto legalmente e; o pagamento de um soldo bem inferior ao salário mínimo previsto no art. 7º, inciso IV, da Carta Magna. Um outro ponto interessante é o fato de que praticamente todos os réus declararem em seus interrogatórios que desejavam servir (queriam seguir carreira) – e somente terem desertado para socorrer a família, geralmente os pais, e, em alguns casos, companheiras e filhos menores. No jargão da Força, seriam “voluntários”, soando isso de forma irônica, quando se sabe que o serviço militar é obrigatório e quando se sabe ainda que existe a figura legal do voluntário, que é aquele que pretende servir antes da chamada de sua classe, mas desse não se tem notícia.

## 2. CONSTATAÇÃO DAS MEDIDAS ADOTADAS PELA ADMINISTRAÇÃO MILITAR – OS PRIMEIROS RESULTADOS DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

O inquérito civil está em andamento, caminha para a interposição de Ação Civil Pública, mas as primeiras informações permitem identificar os seguintes pontos críticos em razão das respostas aos dados que foram requisitados:

2.1. A Administração Militar informa que devem ser aproveitados para incorporação em organizações militares da ativa os conscritos residentes nos municípios mais próximos da OM interessada<sup>4</sup>. A orientação regulamentar é contestada na prática quando as OM mandaram ao Ministério Público os quadros de seus incorporados, verificando-se uma frequência de incorporações de conscritos de outros municípios. Este contraste é ainda maior quando se verifica, p.ex. em Santa Maria, sede da 3ª Auditoria da 3ª CJM, um número considerável de dispensados por excesso de contingente. Dentro desse contexto afigura-se no mínimo como “curiosa” a justificativa da Força Terrestre, para o elevado número de dispensados, substituindo a circunstância do excesso de contingente pela expressão genérica <por não atenderem aos padrões estabelecidos>. Pergunta-se : que padrões seriam estes? qual o ato normativo que os fixou?

Ora, em princípio não serão incorporados os conscritos considerados inaptos em exame de saúde; nem aqueles que apresentarem problemas de ordem social que os contra-indiquem; nem o arrimo de família e, por fim os que forem incluídos no excesso de contingente. Quanto à condição de arrimo, p.ex., se informada por ocasião da seleção, desobriga o conscrito de servir e, se verificada após o ingresso nas Forças Armadas, autoriza a desincorporação.

É óbvio que existe uma presunção de legitimidade dos atos da Administração Militar, mas o fato da mesma Administração orientar os comandos subordinados a informarem o rol dos seus dispensados por excesso de contingente, rotulando-os como aqueles que não atenderam aos padrões estabelecidos<sup>5</sup>, autoriza ao surgimento da dúvida quanto ao critério utilizado, principalmente quando se tem um número considerável de dispensados nessa situação, do município-sede da OM, a justificar a incorporação daqueles ditos 'voluntários' (mas sem direito a benefícios legalmente previstos), oriundos de municípios distantes da sede da OM.

2.2. Existe uma orientação para que seja privilegiada a incorporação dos ditos “voluntários”<sup>6</sup>. Como já dito anteriormente, soa até irônico essa figura já que o serviço militar é –

<sup>4</sup> Regulamento da Lei do Serviço Militar, art. 76: *Tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa, localizada no município de sua residência. Parágrafo único: só nos casos de absoluta impossibilidade de preencher os seus próprios claros, uma Zona de Serviço Militar poderá receber convocados transferidos de outra Zona.*

<sup>5</sup> Ofício 067-E1/CS-URGENTE, do Ch EM da 3ª DE ao Ch EM 1ª Bgda Cav Mec, Santa Maria-RS, 02.05.2007.

<sup>6</sup> Informou o Sr. Diretor do Serviço Militar do Departamento-Geral do Pessoal do EB, que até o corrente ano, o voluntariado era considerado entre os conscritos que realizavam a seleção complementar, e, que a partir de 2007, a opção de voluntariado consta da Ficha de Seleção e os voluntários terão prioridade para servir, desde que os

ou deveria ser, obrigatório (CF, art. 143).

2.3. Quanto ao pagamento do **auxílio-transporte**<sup>7</sup> aos conscritos, verifica-se que o Exército faz o transporte daqueles que irão servir em local diverso de sua origem (ida e volta), ou daqueles que tendo sido convocados nas mesmas condições, por algum motivo não forem servir. Existe no entanto uma injustificável vedação ao pagamento do auxílio-transporte para militares residentes a mais de 75km. Quanto a isso, o Diretor do Serviço Militar, da Diretoria-Geral de Pessoal do EB informou que não existe na legislação do Serviço Militar, norma que estabeleça prioridade para incorporação de conscritos residentes a uma extensão igual ou inferior a 75 km.<sup>8</sup> A mesma autoridade informou que o Exército não indeniza despesas de deslocamento de conscritos, já que tal modalidade de transporte é feito por meios fretados, normalmente ônibus, seja do município de origem ao município-sede da OM para a qual foi designado, seja no seu retorno, quer por não ter sido incorporado, quer por término do tempo de serviço. Todavia, este não é o auxílio-transporte ao qual me refiro.

Em relação a este benefício, segundo o Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército Brasileiro<sup>9</sup>, existe uma vedação do pagamento do auxílio-transporte aos militares que residam em unidades da Federação distante a mais de 75 km.<sup>10</sup> Segundo o Chefe do DGP, esta limitação visa amenizar os gastos públicos<sup>11</sup> com o pagamento de auxílio-transporte, quantia diretamente proporcional à distância percorrida, refere que o domicílio do militar é o local onde serve.

A informação do Comando do Parque Regional de Manutenção – PqRM/3ª RM, sediado em Santa Maria, acerca dessa injustificada vedação, dá uma idéia do problema enfrentado atualmente pelas OM em relação à incorporação de conscritos oriundos de municípios distantes da sede da OM, principalmente porque aproximadamente 50% do efetivo incorporado naquela Unidade é oriundo dos municípios de Venâncio Aires e Passo Fundo: *...o soldado(Sd) incorporado oriundo de Venâncio Aires-RS fica impossibilitado de deslocar-se para sua residência regularmente devido ao fato do salário do recruta ser de R\$ 207,00 (duzentos e sete reais), menos que o salário mínimo, o*

---

resultados da bateria de testes organizados pelo Centro de Estudos de Pessoal (CEP) e aplicados durante a seleção, indiquem terem os perfis psicológicos adequados.

<sup>7</sup> O auxílio-transporte para os membros das FFAA, foi previsto, originariamente, na Medida Provisória 1.786-6, de 02.06.1999, e regulamentado pelo Decreto 2.963, de 24.02.1999. Para o Exército, foi regulamentado ainda pela Portaria nº 334, de 25.06.1999, do Comandante da Força e, Portaria nº 098-DGP, de 31.10.2001, do Chefe do Departamento-Geral do Pessoal.

<sup>8</sup> Ofício nº 370-SSMI.Adj1, Brasília, 16.05.2007.

<sup>9</sup> Ofício 702/07-DGP/Asse-Jur.4, Brasília, 15.05.2007.

<sup>10</sup> É bom que se diga que tal vedação foi inserida pelo dispositivo da letra *j*, do número '3', da Portaria nº 098-DGP, de 31.10.2001, já que nem a Medida Provisória 1.783-2, de 11.02.1999 (que o instituiu), nem o Decreto 2.963, de 24.02.199 (que o regulamentou), fazem tal vedação. O auxílio-transporte *destina-se ao custeio parcial de despesas realizadas com transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual, pelos militares federais, nos deslocamentos de suas residências para os locais de trabalho, excetuadas aquelas realizadas nos deslocamentos em intervalos para repouso ou alimentação, durante a jornada de trabalho e aquelas realizadas com transportes seletivos ou especiais.*

<sup>11</sup> Conquanto este seja um procedimento louvável do administrador público, não pode ser alcançado mediante imposição de um ônus desprovido de amparo legal, e, imposto àqueles que o Exército foi recrutar para a prestação do serviço militar, em municípios afastados da sede da OM para a qual foram designados. Em suas informações constantes do ofício 702/07-DGP/Asse-Jur.4, o Chefe do DGP aduz que limitar essa distância é aspecto muito relevante para o rápido atendimento aos Planos de Chamada e de Apronto Operacional nas OM, cuja eficiência administrativa e o cumprimento dos fins constitucionais da Instituição poderiam ficar comprometidos, e, destaca que **ausente qualquer limitador, muitos militares, afastando-se do interesse público, estabeleceriam endereços distantes e prejudiciais aos referidos Planos (presunção hipotética de má-fé em desfavor da coletividade de militares)**, tratando-se, portanto de aspecto peculiar da Força Terrestre.

que não é suficiente para o Sd custear as despesas com passagens intermunicipais. Situação esta agravada pela impossibilidade de concessão do auxílio transporte (AT), pois de acordo com o art. 3º, letra J da Port.098-DGP, de 31Out91, o militar residente a mais de 75 km não pode ser beneficiado pela AT.<sup>12</sup>

Todavia, como o inquérito civil abrange, inclusive os convocados a servir na Aeronáutica – Base Aérea de Santa Maria, foi verificado com satisfação que esta OM faz o pagamento da forma legal, tendo inclusive juntado a relação dos militares que a recebem.<sup>13</sup>

2.4. Ao ser questionado sobre a falta de divulgação ao direito constitucional de objeção de consciência, a Diretoria do Serviço Militar aduziu, surpreendentemente, *pressupor que os alistados, no que se refere à escusa de consciência, são alertados por suas próprias religiões, assertiva reforçada pela inaceitabilidade do desconhecimento da lei; do contrário, abrir-se-ia a perspectiva de submeter a Administração Militar a interpretações de práticas sectaristas ou de proselitismo religioso, bem como ensinaria que pessoas de má-fé pudessem valer-se da possibilidade para se furtar a essa obrigação constitucional, aspectos indesejáveis ao cumprimento dos fins colimados à Força Terrestre.*<sup>14</sup>

Ouso discordar. A uma, porque esta presunção da parte da Diretoria do Serviço Militar não se sustenta em razão de que a objeção de consciência é um direito constitucional, cláusula pétrea inclusive (CF, art. 5º, inciso VIII, combinado com o art. 60, §4º, inciso IV). A duas, porque a Lei 8.239, de 04.10.1991 impõe ao Ministério da Defesa a atribuição de Serviço Alternativo, devendo este cumprir o mandamento constitucional e legal ante o caráter cogente dos princípios impostos à Administração Pública, inclusive a Militar, pelo art. 37 da Carta Magna. A três, porque a questão não se resume à práticas sectaristas ou de proselitismo religioso, já que a objeção de consciência decorre de crença religiosa **ou de convicção filosófica ou política**, alegadas por aqueles que, em tempo de paz, após alistados, pretenderem eximir-se de atividades de caráter essencialmente militar. A quatro, porque neste imenso Brasil, de tantas desigualdades, e de voraz atividade legisferante, a ponto de termos um imenso cipoal legislativo a confundir o país, mesmo os operadores do Direito têm dificuldades em conhecer todas as leis, que dirá o cidadão comum. A cinco porque a prática de má-fé na declaração de objeção de consciência deve ser provada pela Administração, não se podendo presumi-la como forma a não divulgar este importante (e desconhecido) direito constitucional. A seis porque, infelizmente, se constata que além do Ministério da Defesa não fazer a divulgação da objeção de consciência, de forma correlata com a propaganda do serviço militar, ainda parece dificultar o exercício desse direito, já que a Portaria nº 2.681, de 28.07.1992, do então Chefe do Estado Maior das Forças Armadas-EMFA, contrariando a Constituição Federal e a Lei do Serviço Militar e a própria Lei do Serviço Alternativo, previu, em seu art. 7º, que a duração da prestação do serviço alternativo ao serviço militar obrigatório **será de 18 (dezoito) meses**, ou seja, um prazo 50% maior ao previsto para aquele serviço militar que ele pretende servir de alternativa.

<sup>12</sup> Ofício nº 085-S1, do Parque Regional de Manutenção/3, Santa Maria-RS, 07.05.2007.

<sup>13</sup> Ofício 24/EP-1, Santa Maria-RS, 02.05.2007. Correta a posição assumida pela Base Aérea de Santa Maria -BASM, que faz o pagamento do auxílio-transporte na forma da lei, demonstrando quadro com nome dos beneficiários que recebem, mensalmente, a tal título, valores que variam de R\$ 523,00 até R\$ 633,00, quando residente em municípios distantes a mais de 75km da sede da OM. A BASM informou ainda que foi alterado o entendimento, em favor do servidor, daqueles casos inicialmente vedados de transporte rodoviário seletivo ou especial. Assim, o meio utilizado pelo servidor não pode ser considerado 'seletivo', portanto, em caso de impossibilidade de atendimento por meio de transporte coletivo, foi aberta a possibilidade da utilização de meio de transporte rodoviário seletivo ou especial.

<sup>14</sup> Ofício 370-SSMI.Adj1, já referido.

Assinale-se que tal majoração do tempo da prestação do serviço alternativo, não tem nenhum fundamento constitucional ou legal, sendo claramente um fator destinado a dissuadir aqueles que por ele pretendam optar, o que não pode ser admitido.

### 3. A INFLUÊNCIA DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS EM VIGOR NO EXÉRCITO, NA CONSUMAÇÃO DO CRIME DE DESERÇÃO

Creio que é chegada a hora de se repensar certos dogmas envolvendo o serviço militar.

Em primeiro lugar, não há como deixar de constatar que sua obrigatoriedade encontra-se relativizada, já que, mesmo sem a divulgação devida, a objeção de consciência deve (*ordem*) ser oportunizada àqueles em idade de se alistarem. Já se evidencia que dentre as medidas a serem tomadas por conta do inquérito civil será o ajuizamento de ação civil pública, visando condenar a União (o Ministério da Defesa) a uma obrigação de fazer, consistente em divulgar juntamente nas propagandas do serviço militar, a existência deste direito que gera uma prestação alternativa, igualmente importante já que pode gerar a perda ou suspensão de direitos políticos nos casos de recusa de seu cumprimento (CF, art. 15,IV). Igual pedido de condenação em obrigação de fazer, poderá ser requerido quanto ao pagamento efetivo do auxílio-transporte, previsto na Medida Provisória 1.783-2, de 11.02.1999, regulamentada pelo Decreto 2.963, de 24.02.1999 e; a do pagamento de, no mínimo, um salário mínimo aos recrutas, em atendimento ao dispositivo constitucional do art. 7º, IV. Ouso discordar, com a devida *venia* do entendimento do Sr. Chefe do DGP, quando para justificar a diferença de soldos, assevera que o recruta está para o soldado engajado, assim como o aluno dos cursos de formação está para o formado e em pleno exercício dos seus cargos<sup>15</sup>. Nem de longe eles se assemelham, os alunos dos cursos de formação têm a consciência de que, concluído o curso, assumirão os novos cargos para os quais estão sendo formados, o que não acontece com o recruta, que findo o período do serviço militar obrigatório, em princípio será dispensado, sem mais delongas. Mas, ainda que se justifique a diferença de soldo entre o soldado recruta (efetivo variável) e o soldado engajado (núcleo base), isto não implica em que, necessariamente, o soldo daquele tenha que ser aviltado em ser menor, quase 50%, que o salário mínimo previsto constitucionalmente.

Me parece que esta situação atual no EB, ao menos na área de abrangência da 3ª Auditoria da 3ª CJM está, sem dúvida alguma, influenciando o cometimento de deserções, onde o acusado posteriormente alega – e quase sempre tem sido comprovado, o estado de necessidade para auxiliar pessoas que lhe são caras.

Dentro de um novo panorama social, é cada vez mais comum os adolescentes – que já podem votar, ingressarem no mercado de trabalho para auxiliar a família. Ainda que na informalidade, estará ganhando pelo menos um salário mínimo, atualmente 380 reais, descanso semanal, horas extras remuneradas, etc e morando com a família. A incidência quase maciça de desertores originários de famílias extremamente pobres, leva a pensar – e esta é uma presunção *iuris tantum*, que os jovens mais abastados estão sendo dispensados, para não prejudicar seus estudos, ou porque é filho de alguém influente ou conhecido etc, compensando-se estas dispensas com a incorporação dos ditos 'voluntários'<sup>16</sup> de outros municípios. Desta forma, não há como negar

<sup>15</sup> Ofício 702-DGP/Asse-Jur.4.

<sup>16</sup> A experiência e a prática me leva a concluir que realmente existe a vontade de servir acentuada nas camadas sociais mais baixas da população. O jovem de família pobre imagina poder fazer carreira, afinal a vida militar pode parecer-lhe atraente, busca segurança, um salário melhor, etc. Por isso se diz voluntário, óbvio, ele quer melhorar de vida. Quando porém, ao ser incorporado, principalmente se for em local distante de sua origem, passando a receber um soldo irrisório, sem auxílio-transporte, impossibilitado de visitar a família, muitas vezes, de atendê-la quando necessária, ainda por cima submetido a um regime disciplinar rígido, seus sonhos caem por terra. Esta verificação não é difícil, já que, em muitas vezes, o desertor ao ser interrogado informa possuir núcleo familiar – era arrimo,

a falta de isonomia entre os jovens mais abastados e os descamisados: ou o serviço militar é para todos – e aí segue-se à risca a legislação existente, ou ele passa a ser facultativo, ocasião em que o Ministério da Defesa terá que envidar esforços no sentido de tornar a profissão militar atrativa em todos os seus níveis, a partir do soldado, gerando um exército essencialmente profissional.

#### 4. ESTADO DE NECESSIDADE OU ATIPICIDADE CONGLOBANTE?

Chegamos assim, ao ponto crucial do debate, ou seja, a natureza exata das alegações de proteção à pessoa cara ao agente da deserção, aquelas as quais ele está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrificando direito alheio – no caso o dever militar, mas desde que não lhe era razoavelmente exigido conduta diversa.

Me parece que acerca da excludente de culpabilidade prevista no art. 39 do CPM não existem maiores dúvidas, a questão inclusive está sumulada no E. Superior Tribunal Militar, pelo verbete nº 3: *não constituem excludentes da culpabilidade, nos crimes de deserção e insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar, desacompanhadas de provas.*

Isto tem sido observado nos julgamentos de 1º instância cabendo ser anotado que, ante a deficiência estrutural da Defensoria Pública da União (em que pese o brilhantismo e dedicação pessoal dos Defensores Públicos), a defesa do defensor de unidade sediada fora da sede da DPU (que está localizada no município sede da Auditoria) acaba sendo prejudicada, pela dificuldade de contato direto entre réu e defensor, bem por isso, em muitas ocasiões o Conselho Julgador entendeu demonstrada a alegação do réu, baseando-se em indícios de prova do alegado estado de necessidade.

Partindo do pressuposto de que não há divergência doutrinária ou jurisprudencial acerca do estado de necessidade exculpante da culpabilidade, cabe analisar, agora, a ocorrência da atipicidade conglobante nas alegações de proteção do direito de pessoa cara ao agente.

A questão da tipicidade conglobante (oposto da atipicidade) foi bem enfrentada ao início da década de 80 do século passado, por Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero, juristas argentinos.<sup>17</sup> Para eles, a norma proibitiva que dá lugar ao tipo penal não está isolada, mas permanece junto com outras normas também proibitivas, formando uma ordem normativa (quando considerada conglobadamente), em que não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou o que a outra fomenta. Assim, a tipicidade penal não se reduz à simples tipicidade legal - o texto proibitivo do CPM, mas pode-se afirmar que a tipicidade penal implica na tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de aparente proibição que surge da consideração isolada da tipicidade legal.

Ou, como nos dizem os dois autores: *Los principales supuestos en que consideramos que pese a la tipicidad legal, media una atipicidad conglobante, se dan cuando una norma ordena lo que otra parece prohibir (cumplimiento de deber jurídico), cuando una norma parece prohibir lo que otra fomenta, cuando una norma parece prohibir lo que otra norma excluye del ámbito de prohibición por estar fuera de la ingerencia del Estado, y cuando una norma parece prohibir conductas cuya realización garantizan otras normas, prohibiendo las conductas que la perturban.*<sup>18</sup>

Feitas estas considerações, procuro agora, adequar a idéia ao que foi exposto anteriormente e teremos:

---

situação que omitiu porque achava que a vida iria melhorar, o que não aconteceu.

<sup>17</sup> Derecho Penal Militar - Lineamientos de la Parte General. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Ariel, 1980, pp. 347-349.

<sup>18</sup> Derecho Penal Militar – Lineamientos de la Parte General...p.348.

**TIPICIDADE LEGAL:** o dispositivo previsto nos artigos 187 e 183, do Código Penal Militar, que traduz a norma proibitiva: *ausentar-se o militar, sem licença da Unidade em que serve, ou do lugar onde deve permanecer, por mais de 8(oito) dias e; deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação.*

**DEVER JURÍDICO DE AGIR:** os dispositivos de ordem constitucional e legal, que determinam condutas de atendimento às pessoas que são caras ao agente, previstos no art. 229 da Carta Magna e art. 1.566 do Código Civil: *os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade e; são deveres de ambos os cônjuges (...)sustento, guarda e educação dos filhos.* Reforçam ainda este dever, informados com a doutrina de proteção integral, diplomas específicos como o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>19</sup> e o Estatuto do Idoso<sup>20</sup>, da mesma forma o Código Penal quando prevê a omissão relevante daquele que tem o dever jurídico de agir<sup>21</sup>, além dos crimes omissivos puros contra a assistência familiar, o abandono material.<sup>22</sup>

**CONCLUSÃO:** O desertor que alega ter rompido o laço com sua Unidade, para defender direito de pessoa que lhe seja cara – e desde que suas alegações sejam comprovadas, constando-se ainda que a ausência foi igualmente motivada pelo fato do desertor ter sido recrutado em município distante da OM onde serve; que não lhe é pago o auxílio-transporte legalmente previsto, impedindo-o, de forma indireta de manter contato com a família e que o soldo percebido do Exército é insuficiente para ajudar a carência ou enfermidade da pessoa que lhe é cara, estaremos diante de caso de atipicidade conglobante, não sendo igualmente exigido dele conduta diversa. No caso é inconcebível que a norma proibitiva da ausência injustificada possa suplantar o caráter cogente da norma imperativa de atendimento a que está submetido pela Constituição e pelas leis. Não se trata, portanto, de uma excludente de culpabilidade, o estado de necessidade do art. 39, mas sim, de caso de atipicidade conglobante, o delito não se perfaz, por não ser concebível que uma norma proíba um comportamento que outra norma impõe como dever. Se verificado, extreme de dúvida, na fase pré-processual, impedirá a interposição da ação penal, requerendo o membro do Ministério Público o arquivamento da IPD ou IPI, por atipicidade conglobante.

São as considerações que me propus a fazer, agradecendo a atenção de todos. Muito obrigado.

---

<sup>19</sup> Lei 8.069, de 1990.

<sup>20</sup> Lei 10.741, de 2003.

<sup>21</sup> CP, art. 13, § 2º, 'a'.

<sup>22</sup> CP, art. 244.