

# O Estado de Necessidade como Excludente de Culpabilidade ou de Ilicitude no Delito de Deserção.

Mauro Cesar Maggio Stürmer<sup>1</sup>  
Mirian Machado Pamplona<sup>2</sup>

## RESUMO

O delito de deserção, enquanto crime militar por excelência, é um dos delitos de maior incidência na Justiça Militar da União. Tal crime consuma-se com a ausência do militar, sem autorização, por mais de oito dias de sua unidade ou de lugar onde deva permanecer. A deserção tem um reflexo muito negativo perante a tropa, pois é um crime contra o dever militar que é a todos imposto por força constitucional. A questão abordada no presente trabalho é como deve ser adotada a excludente – se de ilicitude ou de culpabilidade – quando este delito está ocorrendo pelo fato de o militar necessitar se ausentar a fim de auxiliar sua família, que dele muito necessita. Tal afastamento é, via de regra, visto, quando provado nos autos, como um excludente de culpabilidade, onde se exclui a culpa do desertor, por entender os julgadores tratar-se de inexigibilidade de conduta diversa, pois o que ocorre é um conflito de bens jurídicos entre o dever de servir a pátria e, indiretamente, a hierarquia e a disciplina e o auxílio à família. Com este entendimento o que acaba acontecendo é a absolvição fundamentada na culpa do desertor, pois o bem que se protege é inferior ao bem sacrificado – servir a pátria é maior que a necessidade de auxílio à família. A nosso entender isso não é o mais correto sob o ponto de vista doutrinário, uma vez que são dois valores constitucionais protegidos, sendo que a vida deve se sobressair sobre qualquer outro bem jurídico. Tudo sob o fundamento de que o art. 39 do CPM, não foi recepcionado pela atual Carta Política.

---

<sup>1</sup>Mestrando em Direito – UNISC. Especialista em Direito Penal Militar – FADISMA. Graduado em Ciências Sociais e Jurídicas – UFSM. Professor de Cursos Preparatórios para Concursos Públicos em Santa Maria. Analista Judiciário – STM. [sturmer@stm.gov.br](mailto:sturmer@stm.gov.br)

<sup>2</sup>Mestranda em Direito – UNISC. Especialista em xxxxx. Graduada em Ciências Sociais e Jurídicas – URCAMP Advogada. Professora.

**Palavras chaves:** crime militar - deserção – excludentes – teoria diferenciadora - prevalência da vida em detrimento ao dever de servir a pátria.

## ABSTRACT

The defection delict, while militar offense for excellency, is one of the delicts of bigger incidence in the Military Justice of the Union. Such crime is consummated with the absence of the military man, without authorization, for more than eight days of its unit or place where it must remain. The defection has a very negative consequence before the troop, therefore it is a crime against the military duty that is to all tax for constitutional force. The boarded question in the present work is as it must be adopted exculpatory - of illegality or culpability – when this delict is occurring for the fact of the military man to need to absent itself in order to assist its family, who of it very needs. Such removal is, usually, seem, when proven in files of legal documents, as exculpatory of culpability, where if it excludes the guilt of the deserter unclaimable of diverse behavior - therefore, what it occurs is a conflict of legal goods between the duty to serve the native land and, indirectly, the hierarchy and discipline it and the aid to the family. With this agreement what it finishes happening is the absolution based on the guilty, therefore the good that if it protects is inferior to the sacrificed good - to serve the native land is greater than the necessity of aid to the family. Ours to understand this it is not the most correct under the doctrinal point of view, time that is two constitutional protected values, being that the life must distinguish itself on any another legally protected interest. Everything under the bedding of that art. 39 of the CPM, was not received by the current Letter Politics.

**Key-Words:** militar crime - defection - exculpatory - differential theory - prevalence of the life in detriment to the duty to serve the native land.

## INTRODUÇÃO

O presente estudo nasceu a partir da experiência profissional do autor como Analista Judiciário da Justiça Militar da União, junto à 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar em Santa Maria.

Primeiramente busca-se dar uma visão geral da Justiça Militar da União. Apresenta-se o Superior Tribunal Militar, órgão máximo da Justiça Castrense em nosso país, aborda-se sua composição e competência, bem como a composição do mesmo após a reforma em tramite no Congresso Nacional. Quanto a Justiça Militar de primeiro grau – as Auditorias da Justiça Militar - procura-se dar uma noção de seu funcionamento e composição de seus quadros.

Em um segundo ponto do presente trabalho, adentramos no direito penal militar, mostrando o que é crime militar, a diferença entre crime militar próprio e impróprio – sem a prepotência de esgotar o assunto, haja vista ser um dos pontos mais polêmicos em direito militar. Passamos, logo após, a tecer considerações sobre o crime de deserção onde mostraremos, seus sujeitos, sua história, consumação.

Outro assunto abordado é o estado de necessidade – antijurídico e exculpante – dando-se uma visão do referido tema no código penal ordinário e no castrense. Mostra-se as duas teorias acerca do tema – unitária e dualista – nesta o estado de necessidade é visto como excludente de culpa e de ilicitude (adotada pelo CPM), enquanto que naquela apenas é tida como causa excludente da ilicitude.

Como se há de verificar, a questão que se busca discutir é qual das excludentes – ilicitude ou antijuridicidade - melhor se amoldaria ao atual ordenamento constitucional, quando a mesma for fundamento da absolvição no delito de deserção, tudo considerando que tal crime se

consumou para que o autor pudesse auxiliar sua família ou a pessoa ligada por estreito grau de afeição.

Posta assim a questão, é de se dizer que o art. 39 do CPM prevê que no caso de dois bens estarem em conflito, em sendo sacrificado o bem de menor valor, considera-se o autor em estado de necessidade exculpante. Pois bem, com a leitura do dispositivo retro mencionado e partindo-se do princípio que o desertor deixou as fileiras das Forças Armadas para dedicar-se ao cuidado com pessoa da família ou a quem está ligado por estreito grau de afeição, em se adotando o estado de necessidade como excludente da culpabilidade, acabamos por dar ao dever de servir a pátria valor maior que o dado a pessoa da família o que, a nosso entender, não está correto.

Cumpramos observar, que o tal dispositivo foi elaborado sob a égide da Carta Política de 1969, não estando, portanto, de acordo com o atual ordenamento constitucional, onde a dignidade da pessoa humana e o próprio direito a vida são, respectivamente, direito individual amplamente garantido e um dos fundamentos da república.

Para tanto, buscou-se dar uma visão da Justiça Militar, história e atual, noções acerca do delito castrense por excelência, a deserção, mostrar as teorias que existem sobre a aplicação do estado de necessidade no ordenamento jurídico pátrio, uma visão das decisões hoje prolatadas na JMU acerca do crime em comento.

Ao final, é apresentada a posição do autor sobre qual excludente melhor se amolda a atual Constituição, concluindo pela não recepção do art. 39 do Código Penal Militar, em se tratando de deserção em tempo de paz.

## A JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A menos de um ano de seu Bicentenário, este ramo especializado do Poder Judiciário da República, a Justiça Militar da União, mostra-se cada vez mais atuante e necessária, sendo motivo de orgulho a todos que a compõe, bem como por aqueles que são, sem sombra de dúvidas, os principais destinatários desta Justiça: os militares da Força Armadas.

Vinculada ao Tribunal mais antigo do País, qual seja: Superior Tribunal Militar - STM, a Justiça Militar da União, criada em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI, figura entre as Justiças Especializadas, a exemplo das Justiças do Trabalho e Eleitoral, cabendo-lhe julgar os crimes militares, sejam ele cometidos por militares ou por civis, crimes este previstos, exclusivamente, no DECRETO-LEI nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar - CPM.

### **História do Direito Militar no Brasil**

A Justiça Militar Brasileira teve seu início com a chegada da Família Real portuguesa ao Brasil, no ano de 1808. Tal vinda se deu pelo fato de estar o governo português fugindo do exército de Napoleão, fato que o fez trazer consigo toda a organização Administrativa e Judiciária, antes estabelecida na Capital Portuguesa.

Tão logo chegou ao Brasil, Dom João VI passou a nomear as pessoas que integrariam a administração pública e judiciária, a exemplo dos Ministérios do Reino, dos Conselhos de Estado, do Conselho Supremo Militar e de Justiça, órgão máximo da Justiça Militar, atualmente representado pelo Superior Tribunal Militar.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça foi criado pelo Alvará já citado, datado de 1º de abril de 1808, tendo em sua composição Conselheiros de Guerra, do Almirantado, e demais Oficiais Vogais. Tal conselho possuía ainda, nesta composição, três juízes togados, sendo que a um deles cabia a função de relator dos processos, o que, segundo alguns autores, foi a instalação oficial do escabinato em nossa Justiça Castrense.

O escabinato é uma forma de Tribunal colegiado misto, composto de Juízes Togados e Juízes Leigos, aqueles representados pelos Juízes Auditores, na Justiça Militar da União, e Juízes de Direito do Foro Militar, nas Justiças Militares Estaduais, e estes por Oficiais de carreira das Forças Armadas ou Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares). A Justiça Militar no Brasil foi instituída antes da Constituição do Império de 1824, Constituição esta que não mencionou quais órgãos comporiam o Poder Judiciário, deixando para a legislação infraconstitucional a competência para tal fim. Assim rezava a dita Carta: “O poder judicial é independente, e será composto de Juízes e jurados, os quais terão lugar no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem<sup>3</sup>”.

A primeira instância da Justiça Militar, cabia aos Conselhos de Guerra, sendo a segunda instância exercida pelo Conselho Supremo Militar, que já era uma Justiça Especializada, julgando os feitos relacionados aos militares. Com muita propriedade, nos lembra o Professor e escritor Ronaldo João Roth que “a composição da Justiça Militar sempre foi colegiada – composta de juízes civis e juízes militares<sup>4</sup>”. Como já dissemos a Constituição de 1891, não trouxe em seu texto a existência da Justiça Militar como órgão integrante do Poder Judiciário,

---

<sup>3</sup> Constituição do Império – 1824.

<sup>4</sup> ROTH, Ronaldo João. Temas de direito militar. São Paulo: Suprema Cultura, p. 78.

deixando para a legislação ordinária criar e extinguir os Tribunais ou Juízes. Porém esta Carta Política, mais precisamente em seu artigo 77, rezava:

“Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares. § 1º: Este foro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, dos conselhos necessários para a formação de culpa e julgamento dos crimes. § 2º: **A organização e atribuição do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei**”<sup>5</sup>.

A Justiça Militar foi, até a Carta Política de 1934, vinculada ao Poder Executivo, sendo que a mesma introduziu a Justiça Castrense no Poder Judiciário, com o seguinte dispositivo: “Art. 63: São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte suprema; b) os Juízes e tribunais federais; c) os juízes e tribunais militares; d) os Juízes e tribunais eleitorais”.

As Constituições Federais de 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988 mantiveram em seus textos a Justiça Militar como órgão do Poder Judiciário, cabendo destaque para a Constituição de 1946 que previu a existência das Justiças Militares Estaduais, autorizando aos Estados a sua criação, também como integrantes desse Poder.

A Justiça Militar Estadual – JME – é constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar seja superior a vinte mil integrantes. Atualmente apenas três Estados possuem Tribunal de Justiça Militar como segundo grau: São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul. Nos demais Estados, o segundo grau é desempenhado pelo Tribunal de Justiça Estadual.

## **Justiça Militar da União - Atualidade**

---

<sup>5</sup> Art. 77 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1981.

Reza a atual Constituição Federal, em seu artigo 122, que são órgãos da Justiça Militar da União: O Superior Tribunal Militar, os Tribunais Militares e os Juízes Militares instituídos por Lei. O Tribunal a que se refere à Carta da República é o Superior Tribunal Militar – STM - que é composto por 15 Ministros, sendo 10 militares e cinco civis, assim distribuídos: 3 (três) da Marinha, 4 (quatro) do Exército e 3 (três) da Aeronáutica, todos oficiais do último posto da carreira, 1 (um) Ministro oriundo da carreira da Magistratura Castrense, 1 (um) oriundo do Ministério Público Militar e 3 (três) Ministros entre Advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, de livre escolha do Presidente da República.

Ressalte-se que tramita no Congresso Nacional um projeto de Emenda Constitucional – PEC - que tem por objeto a mudança na composição do Tribunal Castrense. Conforme o projeto em questão, o STM passará a ser composto por 11 ministros sendo que cada Força Armada perderá uma vaga, ficando assim constituída a Corte Suprema Militar: 2 Oficiais Generais da Marinha, 3 do Exército e 2 da Aeronáutica. Quanto aos civis: 2 Juizes Auditores, 1 Membro do Ministério Público Militar e 1 Advogado.

No primeiro grau de Jurisdição funcionam os Conselhos de Justiça, sendo compostos por um Juiz-Auditor ou Juiz Auditor-Substituto e quatro oficiais da carreira das Forças Armadas. Existem dois tipos de Conselho: o Especial, que se destina a julgar oficiais e o Permanente, com competência para julgar as praças e civis. O Conselho Permanente é sorteado a cada trimestre, enquanto que o Especial é sorteado para cada processo, sendo dissolvido ao final deste. Devemos mencionar que cada juiz do conselho, seja togado ou militar, é totalmente independente em seu voto, atuando de forma desvinculada e, ao contrário do Tribunal do Júri, onde apenas o juiz togado aplica a pena, neste *Escabinato* (composição mista entre militares e civis) cada juiz julga e aplica a respectiva pena, vencendo a maioria.

Cabe destacar que, embora não conste expressa determinação na Lei de Organização Judiciária Militar – LOJM – Lei n.º 8.457/92, cada Força (Marinha, Exército e Aeronáutica) formará um conselho de justiça, seja para julgar seus oficiais, seja para julgar suas praças.

No Brasil existem 12 Circunscrições Judiciárias Militares, sendo cada uma composta por uma Auditoria, com exceção das 1ª, 2ª, 3ª e 11ª Circunscrições que possuem mais de Auditoria cada.

Cada Auditoria da Justiça Militar é composta por um Juiz Auditor, um Juiz Auditor Substituto, um Diretor de Secretaria e dois Oficiais de Justiça Avaliadores Federais e demais servidores de secretaria, tudo conforme reza a já citada Lei de Organização Judiciária Militar – LOJM.

Nas Auditorias oficiam membros do Ministério Público Militar da União através da respectiva Procuradoria, composta por um Procurador e dois (2) Promotores da Justiça Militar. Funciona, ainda, a Defensoria Pública da União, sempre com dois defensores públicos.

## **CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DELITO DE DESERÇÃO**

### **O Crime Militar**

Imperioso se torna, antes de adentrarmos especificadamente no delito de deserção, analisarmos, mesmo que superficialmente, o Crime Militar. Como ponto de partida é importante fazer uma distinção entre os crimes militares dos crimes comuns. Faz-se mister ter em mente que

só é crime militar aquele que previsto no Código Penal Militar, ou seja, caso não conste do CPM não há nada de militar no delito. A problemática surge quando o fato está tipificado no Código Penal Militar e em outras legislações, seja no Código Penal Comum, seja nas legislações extravagantes.

Quando tal fato ocorre, ou seja, o fato é considerado típico no Código Penal Castrense e em outra legislação, devemos, então, subsumir tal fato às regras do Art. 9 da Lei Substantiva Militar, pois ali há a descrição de quando o fato será tido como crime militar ou não. Saber se um delito é militar é de suma importância, pois somente após esta análise que se saberá qual Justiça competirá julgar tal infração.

Nosso ordenamento, desde a Constituição de 1946, deixa para o legislador infraconstitucional a classificação de um crime como militar, afirmando ser crime militar o definido pela lei. Atualmente, nossa Carta Magna de 1988 manteve esse critério, consolidando-se, em seu art.124, ao descrever ser, a Justiça Militar, competente para “[...] *processar e julgar os crimes militares definidos em lei*” (sem grifo no original).

Cabe salientar que o legislador brasileiro nunca definiu o que seria o crime militar, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que definem este tipo especial de delito, situações estas expressamente previstas nos incisos do Art. 9º do Código Penal Militar, dispositivo considerado pelo Professor Cláudio Amim Miguel, em sua Obra Elementos de Direito Penal Militar, como “coração” de toda a legislação castrense.

Tal dispositivo adota vários critérios para diferenciar os crimes militares dos comuns, sendo elas: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis*. Quanto ao critério *ratione materiae*, segundo o Professor Jorge César, é aquele que “exige que se verifique a

dupla qualidade militar – no ato e no agente<sup>6</sup>”. *Ratione personae*, segundo o citado escritor, são “aqueles cujo sujeito ativo é militar atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente<sup>7</sup>”, segue o autor *ratione loci* são crimes que “leva em conta o lugar do crime, bastando portanto, que o crime ocorra em lugar sob administração militar<sup>8</sup>”, por fim o autor tratada da *ratione temporis* “os praticados em determinada época, como por exemplo os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios<sup>9</sup>” .

Ao fazermos uma análise do Art. 9º do Código Penal Militar, podemos perceber perfeitamente que cada inciso trata de um critério acima exposto, *in verbis*:

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

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras, ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) Por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

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 a administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou

<sup>6</sup> ASSIS, Jorge César. *Comentários ao código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2004, p 35.

<sup>7</sup> Ibid., p 35.

<sup>8</sup> Ibid., p 36.

<sup>9</sup> Ibid., p 36.

da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; (*ratione loci*)

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 da 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.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Quanto ao autor do delito castrense, a atual Constituição da República não tratou de forma direta, declinou ao legislador ordinário a atribuição de incluir ou não o civil como sujeito ativo do crime militar de competência da Justiça Militar Federal. Neste entendimento, o civil só poderá ser sujeito ativo de um crime militar, quando expresso na lei ordinária e, isto, somente na esfera da Justiça Militar Federal. No âmbito da Justiça Militar Estadual, é pacífico o entendimento que o civil nunca poderá ser processado, visto a vedação imposta pelo art. 125, § 4º da lei Maior. Quanto aos critérios *ratione loci* e *ratione temporis*, os doutrinadores lecionam que se são, respectivamente, aqueles delitos que são praticados em lugar sujeito as jurisdições militares, como quartéis, navios etc. e também os praticados em situações anormais, como os de guerra, de rebelião e de sítio.

Concluindo de forma sucinta este subitem, o crime militar é aquele previsto pelo Código Penal Militar, com observância dos requisitos expressos neste diploma penal, que compreende os delitos propriamente e impropriamente militares. No entendimento de Jorge Cesar de Assis “[...] é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares<sup>10</sup>”. Assim, para existir o crime militar há que se fazer presente a

---

<sup>10</sup> Op. cit p. 11.

tipicidade do ato, sua antijuridicidade e culpabilidade e, além disso, deve atender aos ditames positivados no Código Penal Militar em seu artigo 9º.

### **Diferenças entre crime militar próprio e crime militar impróprio**

Como crime propriamente militar, podemos entender aquele que, a princípio, somente pode ser cometido por militar, nunca por paisano, pelo fato de que, conforme comenta o professor Célio Lobão: “consistem em infrações específicas e funcionais da profissão do soldado<sup>11</sup>”. Segundo o mesmo doutrinador, o crime propriamente ou puramente militar é “a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço militar e do dever militar<sup>12</sup>”. Seguindo o ensinamento de Silvio Martins Teixeira, leciona Jorge Cesar de Assis que crimes propriamente militares são “aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique<sup>13</sup>”. Como crimes desta natureza, podemos citar a insubordinação (art. 163), o desrespeito à superior (art.157) e o crime de deserção (art 187), objeto deste trabalho. Cabe destacar que tais crimes não necessariamente precisam ser cometidos em serviço ou no exercício da função militar ou ainda em local sob administração militar.

Podemos afirmar que a Constituição, a lei ordinária e a melhor doutrina, nacional ou estrangeira, só admitem o militar como sujeito ativo do crime propriamente militar e não o civil. Isto se dá porque nos crimes propriamente militares existe lesão à hierarquia, a disciplina, ou ao dever militar, que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma,

---

<sup>11</sup> Lobão, Célio. *Direito Penal Militar*. 2 ed., Brasília: Brasília jurídica, 2004. p. 75

<sup>12</sup> Ibid. p. 78

<sup>13</sup> Op. cit., p. 11.

pelo civil. Cabe, no caso, uma ressalva, pois há o delito de insubmissão que, embora seja propriamente militar, pois está previsto apenas no Código Penal Militar, portanto tipicamente militar pelo critério *ratione legis* -, somente pode ser cometido por civil.

A contrário senso, podemos definir como crime impropriamente militar aquele que é definido na legislação penal militar e pode ser cometido por qualquer pessoa. Segundo a doutrina especializada, o crime impropriamente militar é 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. Conforme afirma Jorge Cesar de Assis: “crimes militares impróprios são aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal Comum e, que, por um artifício legal tornam-se militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo<sup>14</sup>”.

### **Crime de deserção**

É o exemplo clássico do crime militar próprio, pois o status de militar do agente é condição de procedibilidade da ação penal. Tal crime consiste no fato do militar, sem justa causa, ausentar-se da Unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. Tal crime está previsto nos art.(s) 187, 188, 189 3 391 do Código Penal Militar, sujeita o militar à pena de detenção que varia de seis meses a dois anos e, em caso de guerra, a pena de morte.

### **Histórico do Delito de Deserção**

---

<sup>14</sup> Op. cit., p. 11.

No direito romano, havia uma clara diferenciação entre a figura do desertor – capturado - e a do *emansor* ou ausente – aquele que se apresenta voluntariamente -, nas palavras de Célio Lobão o *emansor* ou ausente era aquele que “tendo se ausentado, regressava voluntariamente, enquanto o desertor era conduzido à força<sup>15</sup>”. Arremata o mesmo autor, utilizando as palavras de Esmeraldino Bandeira, in verbis:

“No caso do *emansor*, deve-se examinar criteriosamente as causas de tal ausência, perdoando-se a falta se o crime for praticado por motivo plenamente justificável, como no caso de o agente ter ausentado-se por afeição aos parentes e afins, por perseguição de um escravo fugitivo ou, sendo o agente recruta, abandonou seu posto por desconhecer as regras da disciplina militar<sup>16</sup>”.

Ainda, conforme o Direito Romano existia o delito de tentativa de deserção para o inimigo, a qual era punida com pena de morte, pois se igualava ao delito consumado. Também se punia com pena capital aquele que ocultasse conscientemente um desertor e, se o agente ocultante fosse proprietário do prédio onde se escondera o desertor, haveria ainda a perda do imóvel.

Além disso, fazia-se menção, no Direito romano, a três espécies de deserção: as que eram cometidas em tempo de paz, em tempo de guerra e a deserção para o inimigo. Como regra geral da lei romana, deveriam ser observadas as diversas circunstâncias em que o crime de deserção foi praticado, não aplicando a todos a mesma pena, tendo como parâmetros para aplicação da sanção penal, a dignidade, a graduação militar, o lugar do crime, o cargo, a vida pregressa, ao tempo, o estipêndio, se a deserção foi individual ou coletiva e, por fim, ao cometimento ou não de outro crime. Levava-se em consideração, além das já citadas, o fato de a apresentação ser espontânea ou em face de captura.

---

<sup>15</sup> Op. cit p. 14.

<sup>16</sup> Lobão ap. Esmeraldino Bandeira op.cit. p. 14.

Também, com o intuito de reprimir por todos os meios possíveis o crime de deserção, existia, na Roma Antiga, um oficial, de nome Barrachel, que tinha por função procurar e prender desertores.

No âmbito do Direito Francês, o delito de deserção resultava tanto da ausência do militar, sem licença legal, como quando não regressava ao seu corpo de tropa dentro de quinze dias, mesmo que tivesse se apresentado em outro corpo, como também a deserção se dava quando o militar se afastava do quartel da sua companhia por mais de duas léguas quando o regimento estivesse acantonado no interior do país e em uma distância de uma légua, estando a tropa acantonada nas fronteiras.

Quanto à punição aos desertores, até o séc. XVII, todos os criminosos eram sancionados com penas capitais e seus restos mortais eram exibidos em praça pública para que se servissem de exemplo. Aos que conseguiam fugir do castigo, tinham os bens confiscados e seus descendentes eram julgados como incapazes de receberem honrarias e dignidades, além de perderem qualquer tipo de herança, seja direta ou colateral.

No caso da legislação brasileira, o crime de deserção pode ser verificado em diversas leis, desde os Artigos de guerra do Regulamento de 1763 até o atual Código Penal Militar. Cabe a ressalva de que o atual Código Militar, de 1969, em seu art. 187 reproduz o texto do art. 163 do Código Penal Militar anterior, com um acréscimo no agravamento da pena se oficial o agente do delito.

O crime de deserção pode ser classificado como crime militar em virtude do que se abstrai do inc. I, 2ª parte, do art. 9º do Código Penal Militar, ou seja, crime não previsto no Código Penal Comum. Por óbvio, suas características, seus elementos objetivos e subjetivos, o

tornam, sem sombra de dúvidas, aquele que na definição reúne a tipologia do crime militar próprio.

Em nosso atual ordenamento, cabe frisar que três são as modalidades de deserção, a primeira é aquela em que o militar ausenta-se sem a autorização, da organização militar em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. Na segunda modalidade, a ausência do militar é legal, mas, findando-se o prazo de afastamento autorizado, o agente deixa de se apresentar, também por mais de oito dias, é o caso do militar regularmente dispensado nas festividades de final de ano, quando após as festas não mais retorna a OM. A terceira forma de deserção, também chamada de deserção imediata ou especial, ocorre quando o militar não se apresenta no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve.

Como todo delito, o crime de deserção possui um verbo nuclear, qual seja: “afastar-se” ou “ausentar-se” o militar sem a devida autorização, do lugar onde deve permanecer por mais de oito dias. Assim, o objeto da tutela penal é, nos ensinamentos de Lobão, “o serviço militar diante da conduta do militar que o abandona, apesar do dever legal de cumpri-lo até sua desvinculação na forma estabelecida em lei<sup>17</sup>”.

A consumação do delito em estudo ocorre no primeiro minuto após as vinte e quatro horas do nono dia de ausência. A apresentação do militar, mesmo sob coação, antes que se finde o prazo de graça, enseja em transgressão meramente disciplinar, aplicando-se, para tanto, o Regulamento Disciplinar da respectiva Força.

Neste diapasão, o crime em comento possui uma elevada pena, seis meses a dois anos, numa análise comparativa com outros delitos e, sobretudo, pela sua aplicação em tempo de paz. Senão vejamos, um militar ausenta-se por 10 dias de sua Organização, o delito de deserção

---

<sup>17</sup> Op. cit p. 14.

está consumado, pois bem, caso não encontre um abono entre as causas de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade, irá, no mínimo permanecer preso por mais 4 meses, isso se considerarmos que o desertor já cumpriu os dois meses de prisão sem pena – provisória - a que é submetido tão logo capturado ou de sua apresentação voluntária. Sujeitar um militar por, em tempo de paz, faltar a 10 dias, a uma pena de, no mínimo 4 meses, nos parece estar em desacordo com o ordenamento constitucional, pois não é, a nosso ver, desproporcional tal apenamento.

## **EXCLUDENTES DE ILICITUDES**

Sabemos que todo fato típico é ilícito, em princípio, a não ser que ocorra alguma causa que lhe retire tal ilicitude. A tipicidade é apenas um indício de ilicitude, ou seja, o fato não é crime pelo simples fato de estar descrito na norma legal e ter sido cometido. As causas que excluem a ilicitude podem ser legais ou supralegais, quando neste caso aplica-se a analogia por falta de previsão legal. Temos, em nossos ordenamentos jurídicos, ordinários e militares, como causas legais que excluem a ilicitude da conduta quatro situações, a saber: a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito e, o objeto deste trabalho, o estado de necessidade.

### **O estado de Necessidade**

Em tal excludente ocorre uma colisão de bens protegidos, pois se acha o agente em situação de necessidade, pelos mais diversos motivos, seja por uma conduta humana, um fato animal ou por forças naturais. Nesta situação, o agente, não tendo o dever jurídico de enfrentar uma situação que não provocou, sacrifica um bem jurídico ameaçado por este perigo para salvar outro, próprio ou alheio. No estado de necessidade existirá sempre dois ou mais bens jurídicos, em perigo, de modo que a preservação de um deles dependerá da destruição dos demais.

A característica de serem os bens em confronto abarcados e protegidos pelo ordenamento jurídico é que vai diferenciar, sobretudo, da legítima defesa, pois nesta, uma dos bens violados estará em situação ilícita, em quanto o outro não.

O estado de necessidade possui duas teorias que o abarcam, são elas: a teoria unitária onde apenas existe o estado de necessidade que exclui a ilicitude da conduta e a teoria dualista ou diferenciadora, onde tal excludente pode afastar a ilicitude como também a culpabilidade, como no CPM, conforme veremos a seguir.

### **Teoria diferenciadora do estado de necessidade**

A teoria diferenciadora a respeito do estado de necessidade teve origem na Alemanha em 1927. O ordenamento jurídico alemão previa duas formas de estado de necessidade: a) estado de necessidade jurídico-penal: causa de exclusão da culpabilidade (art. 54 do revogado Código Penal alemão); b) estado de necessidade jurídico-civil: causa de exclusão de ilicitude (arts. 228 e 904 do Código Civil alemão).

Depois da histórica decisão de 11.03.1927, proferida pela primeira câmara do Tribunal de Reich, admitindo um aborto médico para salvar a vida da gestante, a doutrina e

jurisprudência alemã passaram a construir, sob influências de idéias jusnaturalistas, o estado de necessidade justificante "supralegal", com fundamento no princípio da ponderação de bens e deveres. Esse princípio já se encontrava na legislação civil alemã, para atos defensivos ou agressivos dirigidos contra coisas. Ponderam-se os bens e deveres em conflito; o que for reputado de menor valor pode ser licitamente sacrificado para proteção do de maior valor.

O princípio da ponderação de bens e deveres tem incidência apenas no estado de necessidade justificante, posto não conseguir fundamentar a impunibilidade do fato necessário quando esses bens e deveres sejam de igual valor (vida contra vida, no exemplo da tábua de salvação) ou quando o bem sacrificado seja maior do que o protegido. De sorte que nestas últimas situações, que traduzem comportamentos ilícitos, incidem a excludente de culpabilidade – estado de necessidade exculpante. Daí a necessidade do tratamento bifronte dado ao estado de necessidade pela teoria diferenciadora.

Foi nessa época que a jurisprudência alemã passou a admitir, mesmo sem amparo legal, a exclusão da antijuridicidade em determinadas situações de estado de necessidade, consagrando a denominada "teoria diferenciadora", acolhendo duas formas de estado de necessidade, ulteriormente, incorporadas ao texto legal, isto é, estado de necessidade justificante (excludente de ilicitude) e estado de necessidade exculpante (excludente de culpabilidade), assim elucidadas por Assis Toledo:

"O primeiro se configura quando o agente comete o ato para afastar, de si ou de outrem, perigo inevitável para a vida, para o corpo, para a liberdade, para a honra, para a propriedade ou para um outro bem jurídico, se, na ponderação dos interesses conflitantes, o interesse protegido sobrepujar sensivelmente aquele que foi sacrificado pelo ato necessário. O segundo se verifica quando o agente realiza uma ação ilícita para afastar de si, de um parente ou de uma pessoa que lhe é próxima, perigo não evitável, por outro modo, para o corpo, para a vida ou

para a liberdade, excluída a hipótese em que o mesmo agente esteja obrigado, por uma especial relação jurídica, a suportar tal perigo e também a de que este último tenha sido por ele provocado<sup>18</sup>".

Assim, alguém que invade um domicílio para salvar uma criança que está se afogando na piscina (sacrifício de valor menor para salvar valor maior) estará amparado pelo estado de necessidade como excludente de ilicitude. Já o exemplo clássico do caso de dois naufragos que disputam uma tábua de salvação que suporta apenas uma pessoa e um naufrago mata o outro (sacrifício de valores iguais) para salvar-se de uma situação de perigo atual, que não provocou por sua vontade, caracteriza estado de necessidade exculpante.

Atualmente o Código Penal alemão, vigente desde 1975, adota a teoria diferenciadora, assim como o Código Penal espanhol.

### **Teoria adotada no Direito Penal Brasileiro Ordinário**

O Código Penal de 1890 foi mais rígido do que o atual na configuração do estado de necessidade, que assim preceituava no art. 32: "Não serão também criminosos: 1) os que praticarem o crime para evitar mal maior". Podemos perceber que a legislação revogada exigia desigualdade entre os bens em entrelchoque e predominância do interesse mais importante.

O Código Penal brasileiro de 1969, que não chegou entrar em vigor, também adotava a teoria diferenciadora em seu artigo 25, ao dispor não ser culpado quem:

"Para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando o superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa".

---

<sup>18</sup> Toledo, Francisco de Assis, *Princípios Básicos de Direito Penal*. Editora Saraiva. 2001, p. 178

O Código Penal vigente optou pela teoria unitária, isto é, consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã, não estabelecendo expressamente a ponderação de bens, não definindo a natureza dos bens em conflito ou condição dos titulares dos respectivos bens.

Vejamos a redação do art. 24 do Código Penal:

"Considera-se em estado de necessidade que pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

Mas essa orientação não é pacífica. Para alguns o Código Penal prevê, embora impropriamente, no seu art. 24, tanto o estado de necessidade que exclui a ilicitude como aquele que exclui a culpabilidade. Para outros o referido dispositivo só trata de necessidade justificante (como excludente da ilicitude).

A maioria dos doutrinadores orienta-se no sentido de que o art. 24 do Código Penal só trata do estado de necessidade como excludente de ilicitude. Dentre eles, temos: Paulo José da Costa Júnior, Alberto Silva Franco, Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo.

Contrariando a doutrina majoritária, temos o pensamento de Heleno Cláudio Fragoso:

"A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta) (...)"

E continua:

"O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do bem de menor valor. A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a culpabilidade. O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso."

Respeitando entendimento diverso, pensamos como Assis Toledo:

"O estado de necessidade exculpante pressupõe a existência do injusto, isto é, de uma ação típica e antijurídica, o que indubitavelmente não poderá ocorrer no direito brasileiro, enquanto perdurar a redação dada ao art. 24 do Código Penal, pelo menos em relação a bens de igual valor (vida contra vida, por exemplo). Diante de uma norma permissiva, não há como falar-se em ilicitude do fato que a ela se ajusta".

O art. 24 do Código Penal vigente mantendo a redação originária do anterior permaneceu fiel à teoria unitária, que explica o estado de necessidade como excludente de ilicitude, quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor.

Ressalte-se, ainda, que tem sido aplicado no direito penal brasileiro o estado de necessidade exculpante, como uma causa excludente de culpabilidade supralegal, analisando a conduta do homem médio e se era razoável exigir-se um uma conduta diversa, como, por exemplo, o pai que salva seu próprio filho em detrimento de vidas em número maior.

### **Críticas à teoria unitária.**

Para Zaffaroni, existem algumas conseqüências que a teoria unitária não consegue explicar satisfatoriamente, razão pela qual melhor seria a adoção, por toda a legislação pátria da teoria dualista, a assim se manifesta do referido doutrinador:

"Admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como consequência inafastável, de que no exemplo tão repetido dos naufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. O direito converte em jurídico um resultado decorrente de força. Por outro canto, não há dúvida de que quem ajuda aquele que atua justificadamente também atua de acordo com o direito, razão pela qual qualquer pessoa alheia ao naufrágio e ao perigo poderá ajudar justificadamente a qualquer dos naufragos, o que se apresenta como absurdo<sup>19</sup>".

### **Estado de necessidade exculpante no Código Penal Comum**

Nossa legislação ordinária, como já observado, adota a teoria unitária sobre o estado de necessidade, uma vez que não existe comparação de valores entre os bens jurídicos postos em perigo. Apenas exige que o agente atue de acordo com o senso comum daquilo que é razoável.

Nesse raciocínio, se o agente sacrifica bem jurídico de maior valor do que o bem que foi preservado, realiza conduta típica e antijurídica posto que em tal circunstância ausente a razoabilidade.

Nesse caso, conforme ensinamentos de Flávio Augusto Monteiro de Barros<sup>20</sup>, duas possibilidades se abrem:

- "a) a incidência do § 2º do art. 24 do CP, que prevê a redução da pena de um a dois terços;
- b) o estado de necessidade exculpante, que funciona como causa supralegal de exclusão da culpabilidade".(inexigibilidade de conduta diversa)

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl e Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. Editora Revista dos Tribunais. 1999

<sup>20</sup> BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, Direito Penal, Parte Geral, vol. I, Editora Saraiva. 2003.

E continua:

"No juízo da culpabilidade, analisa-se o perfil subjetivo do acusado, isto é, os seus dotes intelectuais, culturais e sociais. Se, diante dos seus atributos, não era de se lhe exigir conduta diversa exclui-se a culpabilidade, com base no estado de necessidade exculpante. Se, no entanto, era de se lhe exigir outro comportamento, subsiste a punição do crime, podendo o juiz reduzir a pena de um a dois terços, por força do § 2º do art. 24 do Código Penal".

Embora consagrada na legislação penal ordinária a teoria unitária, segundo a qual só há estado de necessidade como excludente de antijuridicidade, pode-se admitir o reconhecimento do estado de necessidade exculpante (excludente de culpabilidade) com fundamento na inexigibilidade de conduta diversa.

É certo que não está previsto na lei penal comum o estado de necessidade como excludente de culpabilidade pela inexigibilidade de outra conduta, como faz com a coação irresistível e a obediência hierárquica, no entanto, isso não significa que esteja vedado o seu reconhecimento.

Cezar Bitencourt cita o exemplo de um terceiro estranho e um filho do agente, onde somente um pode ser salvo, e o terceiro está em melhores condições. Como proceder: deixar o próprio filho morrer para não matar o terceiro? E se preferir matar o terceiro para salvar o filho? Pode não ter agido de acordo com os fins ideais do Direito, mas se impõe a pergunta: seria exigível, nas circunstâncias, um comportamento diverso? Poderá, razoavelmente, invocar estado de necessidade exculpante. Na verdade, embora não previsto em lei, caracteriza, perfeitamente, a inexigibilidade de outra conduta, que exclui culpabilidade, pela falta desse elemento estrutural.

Essa causa excludente de culpabilidade é admitida tanto em crimes culposos como nos dolosos. Todavia, é mais comum sua incidência nos crimes culposos. Temos o exemplo

citado por Aníbal Bruno, da mãe que deixa o filhinho de 3 anos só, em casa, para ir ao trabalho, age imprudentemente e não prevê que a criança pode subir em uma cadeira, depois a uma mesa e cair, sofrendo graves lesões, o que de fato acontece. Mas, por outro lado, ela não tem outra escolha: não pode abandonar o emprego nem tem alguém que fique a vigiar a criança. Não é possível exigir dela um comportamento diferente, e o juízo da culpabilidade com toda a justiça fica excluído.

## O Estado de Necessidade no Código Penal Militar

Ao contrário da já comentada legislação ordinária e a exemplo da legislação alemã, o Código Penal Militar adotou a teoria diferenciadora ou dualista em relação ao estado de necessidade, ou seja, aceita tanto o estado de necessidade como causa de exclusão da antijuridicidade, como da culpabilidade, respectivamente nos art. 39 e 43 da Lei Substantiva Castrense: in verbis:

“Art. 39 - Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.”

“Art. 43 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.”

### O estado de necessidade como excludente da culpabilidade

Ao aceitar o estado de necessidade como excludente da culpabilidade baseou-se o Código Castrense na inexigibilidade de conduta diversa. Neste caso, valora-se legalmente uma situação, ao aceitar-se que um direito igual ou superior seja sacrificado em detrimento de outro, destacando-se a subjetividade do agente.

Tal distinção tem sido muito valiosa aos julgadores deste ramo especializado do Poder Judiciário, pois conforme a Exposição de Motivos do Código Penal Militar: “a vida militar

sempre obediente aos princípios da hierarquia e disciplina, muitas vezes se defronta com situações em que não se pode exigir do agente conduta diversa da que ele exerceu.<sup>21</sup>”

A não exigibilidade de conduta diversa consiste unicamente em um juízo sobre uma situação concreta e objetiva, animando o agente a optar pela contrariedade da norma, pois entendeu e considerou mais relevante o valor do bem sacrificado. Deve-se reconhecer como não reprovável tal conduta, pois o agente, para salvaguardar um bem considerado por ele como mais valioso, transgride a norma e sacrifica outro bem de igual.

### **Excludente de ilicitude no crime de deserção**

O Código Penal Militar, nos casos de ausência por mais de 08 dias da OM por razões de cunho familiar, estabeleceu de forma taxativa ser uma excludente de culpabilidade, tendo como enfoque o bem jurídico protegido por aquele código, qual seja a instituição militar e como corolário a disciplina e hierarquia militar.

Porém, ainda que se tenha tal premissa como verdadeira, a de ser o bem jurídico maior a ser tutelado a própria organização militar, não se pode descurar de que o ordenamento jurídico, na visão de Kelsen, adotada sob a forma de controle da constitucionalidade, tem em seu vértice a constituição da república, ou seja, toda e qualquer norma deve estar adstrita ao texto constitucional.

A CRFB coloca como bem maior a ser protegido, como não podia ser diferente, a vida humana, tanto que, nos direitos e garantias fundamentais, estabelecidos no artigo 5, cláusula pétrea, vem esta topograficamente em primeiro lugar.

---

<sup>21</sup> Decreto Lei 1001. CPM

Vislumbra-se, ainda, como fundamento da República Federativa do Brasil, estabelecido em seu artigo primeiro, o que, na mesma análise topográfica, demonstra a sua importância suprema, a dignidade da pessoa humana.

Logo, dentro de uma interpretação sistemática, o texto Constitucional consagra a vida como o bem maior a ser protegido e não apenas de uma forma biológica, e sim, uma vida digna, a qual só ocorrerá se o ser humano puder ter acesso às condições mínimas de sobrevivência e de crescimento enquanto pessoa.

Dentro dessa seara, o Código Penal Militar ao estabelecer a disciplina e hierarquia como bens jurídicos de maior relevo do que a vida humana está em desconformidade com o texto Constitucional vigente, tendo em vista o crime de deserção em tempo de paz.

Posta assim a questão, é de se dizer que, no caso da deserção para apoiar alguém da família, melhor seria a excludente de ilicitude, pois a de culpabilidade está em flagrante desacordo com o ordenamento constitucional vigente.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Tem por objetivo o presente trabalho demonstrar como é utilizada na Justiça Militar da União a excludente de ilicitude e de culpabilidade no delito de deserção.

Como vimos, a deserção é o delito castrense por excelência, sendo o de maior incidência em toda a Justiça Militar da União. Tal fato, via de regra, deve-se à má remuneração recebida pelo Soldado, tendo este que abandonar as fileiras das Forças Armadas para auxiliar sua família.

Cumpra-nos assinalar que a Justiça Militar aplica o instituto em comento na sua forma **exculpante**, pois entende estar o dever de servir à Pátria acima da obrigação de auxiliar a família.

Exatamente sob esse aspecto é que reside a discordância que motivou o presente trabalho, pois não há, a nosso ver, como conferir à obrigação de servir à Pátria, maior valor que ao dever de auxílio à família. Em que pese os dois bens tenham natureza constitucional, quis nossa Carta Magna elencar topograficamente os direitos na medida de sua importância, na ordem em que devem ser respeitados, sendo o primeiro a vida.

Tenha-se presente que, em se tratando de crime de deserção, na alegação do estado de necessidade, dois bens se conflitam: o dever de servir à Pátria e o direito à vida. O dever de servir à Pátria se confunde com a própria lesão aos preceitos fundamentais das Forças Armadas, ou seja, a hierarquia e a disciplina. O direito à vida, invariavelmente invocado como fundamento do estado de necessidade, se traduz em questões de sobrevivência de pessoas queridas do desertor – de sua própria família ou de alguém a quem possui um estreito grau de afeição –, envolvendo a satisfação de necessidades básicas atinentes às condições mínimas de vida – água, energia elétrica, alimentos, aquisição de remédios ou exames médicos etc.

Posta assim a questão, fica claro que as necessidades caracterizadoras desta excludente relacionam-se com a dignidade da pessoa humana e, numa linha lógica, com a própria vida.

Seguindo este raciocínio, a nosso ver, o estado de necessidade, alegado rotineiramente na defesa dos crimes de deserção, numa análise conforme com o texto

constitucional, deixa de ser excludente de culpabilidade para se transformar em uma excludente de ilicitude.

Cumpra observar, que isso se dá porque o bem jurídico vida se posiciona acima do outro bem em conflito. Latente tal preponderância, seja pelo fundamento da República – pessoa humana - seja pela ordem topográfica dos direitos e garantias fundamentais, textualmente trazidos no art. 5º da Carta Política de 1998.

Oportuno se torna dizer que embasamos, também, nossa posição, sob o argumento de que o art. 39 do Código Penal Militar, não foi recepcionado pela atual Constituição, se não vejamos: o Código Penal Militar foi concebido sob a égide da constituição de 1969, não possuindo a referida Carta Política a pessoa humana como seu fundamento, tão pouco elencando topograficamente o direito a vida como de maior valor que os demais direitos. Pois bem, a atual Carta Magna possui a pessoa humana como fundamento e o direito a vida está como o maior bem a ser respeitado, logo não podemos conceber que o tão valoroso dever de servir a pátria seja considerado de maior importância que o direito a vida, seja própria, seja em pessoa da família ou outra a que sejamos ligados por estreitas relações de afeição.

Imperioso mencionar, que tal assertiva – direito a vida está acima do dever de servir a Pátria – só é cabível em tempo de paz – tempo que se aplicam as idéias aqui apresentadas, pois em tempo de guerra os valores se modificam. Nesta circunstância – guerra – o que está em jogo é a sociedade e a defesa da soberania nacional, sendo permitida, inclusive, a pena de morte, logo a excludente de culpabilidade ficaria superada.

Inobstante buscar a verdadeira natureza jurídica dos fundamentos apresentados na Justiça Castrense, quanto ao reconhecimento do estado de necessidade nos delitos de deserção, ainda que evidente o resultado prático da absolvição, sob qualquer dos aspectos atinentes à excludente, entende-se que a adoção do estado de necessidade como excludente de ilicitude estaria, tecnicamente, melhor adequado aos preceitos constitucionais vigentes, mormente ao princípio da dignidade da pessoa humana e a valoração do direito à vida.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM FILHO, Joaquim Batista de; SANTOS JÚNIOR, Mauro dos. A prescrição no crime de deserção. Revista jurídica Consulex. Ano IX, nº 54, Brasília, agosto de 2005, paginas 28 a 30.

ASSIS, Jorge César. Comentários ao código penal militar. Curitiba: Juruá, 2004.

FIGUEIREDO, Telma Angélica, Excludentes de Ilícitudes no Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. 27 ed. São Paulo, Saraiva, 2001.

LOBÃO, Célio. Direito penal militar. 2 ed., atual., Brasília:Brasília jurídica, 2006.

ROTH, Ronaldo João. Formalidades na captura do desertor. Revista direito militar. Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Florianópolis. nº 14, p. 15 a 18, 1998.

CAMPOS JÚNIOR, José Luis Dias. Direito penal e justiça militares – inabaláveis princípios e fins. Curitiba: Juruá, 2001.

COSTA, Álvaro Mayrink. Crime militar. Rio de janeiro: Editora Rio, 1978.

ESTRELA, Eládio Pacheco. Direito Penal Aplicado. Salvador: Lucano, 1997.

FACHIN, Odília. Fundamentos de Metodologia. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 3. ed., São Paulo: Atlas, 1996.

LOBÃO, Célio. Direito penal militar. 2 ed., atual., Brasília:Brasília jurídica, 2004.

LOUREIRO NETO, José da Silva. Direito penal militar. 4. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 28 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Curso de direito penal militar (parte geral). São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTH, Ronaldo João. Formalidades na captura do desertor. Revista direito militar. Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Florianópolis. nº 14, p. 15 a 18, 1998.

ROTH, Ronaldo João. O procedimento da deserção e o relaxamento da prisão. Revista direito militar. Associação dos magistrados das justiças militares estaduais – AMAJME. Florianópolis. nº 6, p. 15 a 16, 1997.

ROTH, Ronaldo João. Temas de direito militar. São Paulo: Suprema Cultura, p. 87 a 93, 2004.

FIGUEIREDO, Telma Angélica, Excludentes de Ilicitudes no Direito Penal Militar. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2004.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de, Direito Penal, Parte Geral, vol. I, Editora Saraiva

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal – Parte Geral. Vol. I. Editora Saraiva. 2000.

BRUNO, Aníbal, Direito Penal – Tomo I. Forense. 1967.

CAMARGO, A. L. Chaves, Culpabilidade e Reprovação Penal. Sugestões Literárias - Editora Saraiva. 1994.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Curso de Direito Penal, vol I. Parte Geral. Editora Saraiva. 1992.

GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, vol. I, Tomo I. Editora Max Limonad. 1980.

HUNGRIA, Nelson e FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal. Vol. I, Tomo II. Rio de Janeiro. Forense. 1978.

JESUS, Damásio Evangelista de, Direito Penal – 1. volume – Parte Geral. Editora Saraiva. 2003.

MIRABETE, Julio Fabrini, Manual de Direito Penal – Parte Geral. Editora Atlas. 1993.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal. Vol. I. Editora Saraiva.

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal. Editora Saraiva. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral. Editora Revista dos Tribunais. 1999