

A PRISÃO DO MILITAR DESERTOR EM DOMICÍLIO. NECESSIDADE OU NÃO DE MANDADO JUDICIAL?

Por Cid Sabelli¹

INTRODUÇÃO

O tema objetiva analisar a *necessidade* ou *não* da expedição de mandado judicial para prisão do militar desertor quando este é encontrado no interior do domicílio, confrontando, para tanto, os dispositivos constitucionais com os dispositivos do Código de Processo Penal Militar, referentes à prisão.

O tema é polêmico pelo fato de alguns autores entenderem pela necessidade de mandado judicial para a prisão do desertor quando esta tiver lugar no interior do domicílio e não for franqueada a entrada aos agentes, enquanto outros entendem ser este desnecessário, tendo em vista a situação de *flagrante permanente* do desertor, por interpretação ao art. 243 do CPPM.

Analisaremos algumas interpretações acerca da prisão do desertor, seja em relação ao flagrante delito ou à prisão sem mandado judicial, *ex vi legis*, e a justificativa jurídico-constitucional para que o Estado, ao restringir o *status libertatis* do militar, não ultrapasse os limites legais exigidos para prisão de qualquer cidadão.

DESENVOLVIMENTO

A premissa inicial está na ressalva do dispositivo constitucional do artigo 5º, inciso LXI, de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de **transgressão² militar ou crime propriamente militar**, definidos em lei³”.

A Constituição Federal ressalvou apenas essas duas hipóteses em que o militar poderá ser preso mesmo *não* estando em flagrante delito e ainda *sem* ordem escrita da autoridade judiciária competente.

Com relação à prisão do militar por transgressão militar, esta se refere ao Direito Administrativo Disciplinar Militar por estar relacionada às faltas disciplinares que autorizam prisão administrativa disciplinar a bem da hierarquia e disciplina militar.

Contudo, mesmo nos casos de transgressão disciplinar, a prisão condiciona-se à previsão legal; deve ser executada pela autoridade competente; obedecer aos limites dos prazos e formalidades previstos nos respectivos diplomas que a

¹O Autor é formado em Direito pela Universidade de Guarulhos _UnG

Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. ESMP

Concursado para o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, exerceu os cargos de Escrevente-Chefe; Assistente de Gabinete da Presidência e Diretor de Divisão.

² Por transgressão militar devemos entender as infrações disciplinares previstas nos respectivos regulamentos disciplinares militares da Marinha (Dec. 88.545/83), Exército (Dec. 4.346/02), Aeronáutica (Dec. 76.322/75) e Polícia Militar (LC 893/01).

³ No âmbito da Justiça Militar o estatuto que prevê os crimes militares e as respectivas penas é o Decreto n.º 1001/69 – Código Penal Militar.

autorizam e, ainda, devem ser observadas as garantias constitucionais do preso; caso contrário será passível de HC.

Com relação à segunda espécie de prisão - *sem flagrante e sem autorização escrita da autoridade judicial* - desde que por crime propriamente militar⁴ - precisaremos, nesse ponto, analisar o delito do art. 187 do Código Penal Militar (deserção⁵).

O tipo penal militar da deserção prevê como delito o fato de “*ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias*”.

Por sua análise podemos concluir que: a) a conduta é comissiva; b) exige a qualidade de militar do agente; c) está previsto apenas no Código Penal Militar e somente pode ser cometido por militar; d) estatui um prazo para sua consumação denominado “período de graça”, não prevendo na conduta qualquer resultado naturalístico (crime de perigo abstrato cujo resultado está implícito).

O Superior Tribunal Militar, citando o Supremo Tribunal Federal, classificou o delito de deserção como sendo crime instantâneo, de efeitos permanentes e de mera conduta. (Acórdão nº 2003.01.049.359-1 – UF:RJ; Decisão: 02/10/2003; Min. Relator – EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA; Min. Revisor – JOSÉ COELHO FERREIRA).

Sendo a deserção um delito de mera conduta, instantâneo e de efeitos permanentes, esta se consuma no primeiro instante do nono dia, embora, seus efeitos permaneçam (perigo abstrato ao serviço militar) independentemente da vontade do sujeito ativo (desertor), não admitindo a tentativa.

Feita a classificação do delito de deserção é forçoso concluir que, salvo a prisão efetuada no primeiro instante do nono dia, logo após ou logo depois (art. 244 do CPPM), não estaremos mais diante de uma situação de flagrante delito.

Dessa forma, cabe analisar o instituto da prisão em flagrante na Constituição Federal e no Código de Processo Penal Militar, em comparação com a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio.

As garantias constitucionais não são absolutas, porém, asseguradas pela Constituição Federal somente poderão ser por ela excepcionadas.

A Constituição Federal, no art. 5º, inciso XI, prevê a garantia da inviolabilidade do domicílio, estabelecendo no mesmo inciso, na parte final, a exceção para permitir o acesso no domicílio alheio em caso de flagrante delito ou para prestar socorro a qualquer hora do dia ou da noite e, ainda, durante o dia, por ordem escrita da autoridade judicial.

De igual modo, no mesmo art. 5º, inciso LXI, na sua parte final, a Constituição Federal estabeleceu outra exceção, permitindo a prisão *sem* a necessidade do mandado judicial ou *sem* a situação de flagrante delito, contudo, que o crime seja propriamente militar, nada falando quando a permitir a violação do domicílio para efetuar prisão.

⁴ Crime propriamente militar é a infração penal militar prevista unicamente no Código Penal Militar que somente pode ser praticada por militar.

⁵ Com relação ao delito de deserção temos ainda o art. 188 do CPM, que prevê o crime na sua forma omissiva – Incisos I a III (deixar de apresentar-se) - ou fraudulenta no inciso IV (criar ou simular incapacidade).

Assim, em consonância com os citados dispositivos constitucionais, o art. 243 do CPPM autoriza a prisão do desertor (crime propriamente militar) sem mandado judicial, mas *não o classificando como sendo caso de flagrante delito*, determinando apenas que “Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor (situação 1), ou seja encontrado em flagrante delito (situação 2)” (g.n).

As situações de flagrâncias estão previstas no art. 244 e alíneas do CPPM, e não inclui o desertor ou insumisso e, embora não seja objeto do tema, o crime de insumissão é praticado por civil e para esse o mandado judicial será sempre necessário, por não se adequar à regra de exceção do inciso LXI, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.

Dessa forma, a prisão do desertor, sem mandado judicial ou sem flagrante delito está autorizada, *ex vi legis*, no art. 243, primeira parte, do CPPM em perfeita harmonia com a exceção do art. 5º, inciso LXI, parte final da Constituição Federal por se tratar de crime propriamente militar.

O inciso XI, do art. 5º da CF é exceção da garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio. Dessa forma, se o desertor for encontrado em seu domicílio, sua prisão somente poderá ocorrer por meio de mandado judicial, pois, neste caso específico, as outras exceções previstas constitucionalmente para violação do domicílio sem mandado judicial seria o flagrante delito ou para prestar socorro.

A Constituição Federal excepcionou apenas a prisão do militar sem flagrante delito e sem mandado judicial quando da ocorrência de transgressão disciplinar ou crime propriamente militar, não estendendo essa exceção de modo a permitir a violação do domicílio.

Encontra-se devidamente estabelecida no art. 244 do CPPM as situações de flagrante delito e verifica-se que o crime de deserção não se amolda a nenhuma delas, salvo se o desertor, como dito acima, for encontrado logo após ou logo depois de consumado crime o que na prática é improvável ocorrer.

Interpretar o art. 243 do CPPM para invadir o domicílio sob a justificção de flagrante permanente para prender o desertor sem mandado judicial esbarra no mínimo em abuso de autoridade, posto que a Constituição Federal não autoriza tal ato, ao contrário, proíbe (inciso XI)

A determinação da prisão existente no art. 243 do CPPM deve-se, principalmente, ao fato de que o desertor deverá passar por certos procedimentos administrativos obrigatórios para persecução penal, como ser reincluído (quando praça sem estabilidade) ou revertido ao serviço ativo (quando praça com estabilidade ou oficial), além de restabelecer o comando, o que torna necessária sua prisão.

CONCLUSAO

A deserção é por excelência o mais militar dos delitos. Crime instantâneo, de mera conduta e de efeitos permanentes. Sua consumação ocorre no primeiro instante do nono dia. Não existe situação de flagrante permanente por não ser de sua essência.

A Constituição Federal excepcionou a possibilidade de prisão sem mandado judicial ou sem a situação de flagrante delito e o crime de deserção se amolda à exceção e o CPPM regulou a forma e quem poderá prender o desertor.

A exceção constitucional para prisão por crime propriamente militar não afasta a garantia da inviolabilidade do domicílio que possui exceção no próprio texto constitucional, mas em outro inciso.

A prisão do desertor poderá ser feita por qualquer pessoa e deverá ser feita pelos militares, desde que, em local público ou aberto ao público, sem mandado judicial durante o dia ou a noite, e durante o dia, apenas pela autoridade competente, devidamente precedida de mandado judicial quando a prisão tiver de ocorrer em domicílio.

O mandado judicial é a autorização apenas para adentrar no domicílio posto que a prisão do desertor decorre da própria lei.