



DAIANNE DE SIQUEIRA

**A APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA
(SURSI) NO CRIME MILITAR DE DESERÇÃO**

Santa Maria

2009

DAIANNE DE SIQUEIRA

**A APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA
(SURIS) NO CRIME MILITAR DE DESERÇÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito de
Santa Maria - FADISMA como requisito
parcial para a obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Henrique Guimarães de Azevedo

Santa Maria

2009

**FACULDADE DE DIREITO DE SANTA MARIA - FADISMA
CURSO DE DIREITO**

A COMISSÃO EXAMINADORA, ABAIXO ASSINADA, APROVA A
MONOGRAFIA

**A APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSI) NO
CRIME MILITAR DE DESERÇÃO**

ELABORADA POR,
DAIANNE DE SIQUEIRA

COMO REQUISITO PARCIAL PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE
BACHAREL EM DIREITO

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof. Henrique Guimarães de Azevedo- Orientador

Prof. Esp. Mauro Cesar Maggio Stürmer - Convidado

Prof. Esp. Bruno Seligman de Menezes

Santa Maria, 23 de Novembro de 2009.

*À minha mãe Zeli de
Fátima Erbice, pelo amor e apoio
incondicional em todos os momentos
da minha vida.*

AGRADECIMENTOS

A concretização deste trabalho de graduação não seria possível sem a ajuda de diversas pessoas indispensáveis em minha vida e que me apoiaram incondicionalmente.

Agradeço a Fadisma, instituição que proporcionou minha formação acadêmica e a todos os funcionários e docentes da graduação, pelo apoio, conhecimentos e experiências repassadas durante minha jornada acadêmica.

Ao professor e orientador Henrique Guimarães de Azevedo, pelo tempo, pelas orientações e aprendizados, reflexões e principalmente pelo exemplo profissional, onde demonstra a incansável paixão pela profissão, competência e acima de tudo, não poderia deixar de agradecer pela grande amizade.

Aos colegas da Faculdade de Direito de Santa Maria e futuros colegas de profissão, os quais se tornaram grandes amigos ao longo desses anos, muito obrigada por todos os momentos vividos, que levarei por toda vida.

Aos docentes e ex-colegas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) pela dedicação, amizade e pelos momentos de grande alegria que juntos passamos.

Meu amor e eterno agradecimento à minha família, pela confiança depositada, pela paciência e compreensão nas horas de angústia, assim como a força e amizade a mim dedicadas.

Agradeço em especial a minha mãe Zeli de Fátima Erbice, brilhante profissional, amiga, meu exemplo de vida. Obrigada pelo companheirismo, pelo incentivo e por ter me ensinado a amar aquilo que faço. Sem você meu sonho não seria possível!

Meu imenso carinho as minhas amigas Milene Oliveira de Carvalho, Franciesca Parise Piecha, Carolina Dutra Normey, Bruna Brondani Papalia e Paola M. Bergoli, pelo apoio, força e ajuda nas incontáveis horas de ansiedade e trabalho. Obrigada pela amizade incondicional construída ao longo desses anos, pelos incontáveis momentos de alegria e pela ajuda nas horas difíceis, por serem confidentes, conselheiras, irmãs de coração e por me fazerem acreditar que tudo daria certo.

Em especial a minha amiga e eterna colega Bruna Papalia pela irrefragável amizade, carinho, confiança e cumplicidade construídas ao longo desses 05 (cinco) anos de muita dedicação e alegria.

Finalizando agradeço a todas as pessoas que de alguma forma contribuíram para a conclusão desta pesquisa, que encerra uma etapa de crescimento pessoal e profissional da minha vida.

*Ditadura é um discurso
constante te ensinando que seus
sentimentos, seus pensamentos, e
desejos não têm a menor
importância, e que você é um
ninguém e deve viver comandado
por outras pessoas que desejam e
pensam por você.*

Stephen Vizinczey

RESUMO

A presente monografia tem por objeto o estudo da aplicação da suspensão condicional da pena (sursis) no crime militar de deserção, bem como investigar a violação dos princípios constitucionais e penais à luz do caráter disciplinador da pena na Justiça Castrense. Busca-se analisar o Direito Penal Militar e suas influências na esfera da concretização de direitos e garantias fundamentais, partindo do resgate histórico do período ditatorial, com a conseqüente evolução das penas e sua cominação ao delito de deserção, considerado franca ofensa ao dever militar. O referido delito está inserido na órbita jurídica castrense, caracterizado pela ausência do militar, sem licença, de sua unidade por mais de oito dias, estando previsto no artigo 187 e seguintes do CPM. Esse delito possui uma especificidade, qual seja, o total aprisionamento do desertor, cautelarmente e na execução definitiva da pena, e a vedação ao benefício do sursis, embora a pena tenha o limite quantitativo dentro dos parâmetros gerais deste instituto e possa o apenado preencher os requisitos exigidos em lei. O legislador ao instituir a proibição da concessão do sursis ao crime de deserção, ponderou apenas os preceitos castrenses da hierarquia e disciplina, infringindo princípios constitucionais basilares da Ordem Jurídica Brasileira, sobrepujando a dignidade humana e a proporcionalidade da pena, o que acaba dar azo ao questionamento acerca da recepção do art. 88, II, alínea "a" do CPM à Carta Magna. Decorrente da violação principiológica analisa-se a imperiosa aplicação do sursis como exercício legal dos direitos fundamentalmente considerados em nosso ordenamento jurídico garantista.

Palavras - chave: Suspensão Condicional da Pena. Deserção. Direito Penal Militar. Princípios Constitucionais.

RESUMEN

La presente monografía tiene por objeto estudiar la aplicación de la suspensión condicional de la pena (sursis) en el crimen militar de deserción, así como investigar la violación de los principios constitucionales y penales a la luz del carácter disciplinador de la pena en la Justicia Castrense. Se busca analizar el Derecho Penal Militar y sus influencias en la esfera de la concretización de derechos y garantías fundamentales, partiendo del rescate histórico del periodo ditatorial, con la consecuente evolución de las penas y su cominación al delito de deserción, considerado franca ofensa al deber militar. El referido delito está insertado en la órbita jurídica castrense, caracterizado por la ausencia del militar, sin licencia, de su unidad por más de ocho días, estando previsto en el artículo 187 y siguientes del CPM. Ese delito posee una especificidad, cual sea, el total aprisionamiento del desertor, cautelarmente y en la ejecución definitiva de la pena, y la vedación al beneficio del sursis, aunque la pena tenga el límite cuantitativo dentro de los parámetros generales de este instituto y pueda el apenado llenar los requisitos exigidos en ley. El legislador al instituir la prohibición de la concesión del sursis al crimen de deserción, llevó en cuenta sólo los preceptos castrenses de la jerarquía y disciplina, infringiendo principios constitucionales basilares de la Orden Jurídica Brasileña, sobrepujando la dignidad humana y la proporcionalidad de la pena, lo que origina el cuestionamiento acerca de la recepción del art. 88, II, alínea "a" del CPM a la Constitución. Decurrente de la violación principiológica se analiza la imperiosa aplicación del sursis como ejercicio legal de los derechos fundamentalmente considerados en nuestro ordenamiento jurídico garantista.

Palabras clave: Suspensión Condicional de la Pena. Deserción. Derecho Penal Militar. Principios Constitucionales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 - CÓDIGO PENAL MILITAR	13
1.1 Decreto do Código Penal Militar no Brasil: contexto histórico: Brasil: ame- o ou deixe-o.....	13
1.2 Histórico das sanções militares brasileiras.....	21
2 DESERÇÃO E DIREITOS CONSTITUCIONAIS.....	32
2.1 Crime de deserção e a vedação ao sursis	32
2.2 Afronta a princípios constitucionais no crime de deserção.....	42
3. DAS PENAS E SUA EXECUÇÃO	61
3.1 Regras de Tóquio sobre Penas e Medidas Alternativas.....	61
3.2 Execução das penas privativas de liberdade na Justiça Militar	71
CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	86

INTRODUÇÃO

O Direito Penal Militar brasileiro, como importante ramo da Justiça Especializada, possui raízes históricas muito antigas e extremamente repressivas, principalmente no contexto político e econômico do regime militar e suas principais bases ideológicas, pautadas por uma legislação especial e penal própria, direcionada à punição de crimes contra o dever e serviço militar, sendo pouco investigado pela Doutrina atual.

A autonomia do Direito Castrense, como disciplina independente, tem despertado inúmeras discussões pelos operadores do direito na Justiça Militar, pelo seu afastamento dos preceitos mais garantistas impostos pela Carta Magna de 1988, afora o fato de não haver pelos legisladores uma preocupação na reforma do texto da lei, adaptando-o à ciência constitucional, tal como ocorreu com a legislação penal ordinária.

Dessa forma, preambularmente, destina-se a uma revisão das origens históricas que remontam a criação do Código Penal Militar, através do período de maior autoritarismo, repressão e franca ofensa aos direitos humanos pelo extremo rigor das sanções aplicadas no intuito de manter a ordem, na ótica do poder, no governo ditatorial, época de elevado conflito nacional interno.

Analisa-se, ainda, a evolução das penas, partindo da chamada justiça privada, onde através da idéia de retribuição do *jus puniendi*, executavam-se penas infames que ultrapassavam a pessoa do réu, inclusive a pena de morte,

evoluindo até as penas contemporâneas, pautadas pela necessária e suficiente prevenção e retribuição dos delitos, parametrizadas nos direitos e garantias previstas no ordenamento jurídico, o que possibilita a devida individualização e proporcionalidade da sanção imposta.

Num segundo momento dedica-se à análise do direito castrense sob o foco do delito militar de deserção, previsto no artigo 187 do Código Penal Militar e seguintes, corroborando seus aspectos e características essenciais, cujas consequências redirecionam ao total aprisionamento do desertor, com enfoque na vedação da suspensão condicional da pena (*sursis*), conforme previsão do artigo 88, II, alínea, “a”, do Código Penal Militar.

A referida vedação do benefício do *sursis* parte do pressuposto de que o crime de deserção é um delito de ofensa franca ao dever militar e à manutenção das instituições castrenses, uma vez que infringe seus preceitos basilares de hierarquia e disciplina, que constituem base institucional das Forças Armadas. Porém, o impedimento apriorístico coloca em xeque princípios constitucionais penais brasileiros, como o da proporcionalidade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, igualdade e individualização da pena.

Posteriormente, pondera-se ainda, sobre as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, como instrumento normativo internacional de maior relevância no tratamento dos delinqüentes e num novo contexto punitivo aplicado através da imperiosa aplicação de penas alternativas, as quais surgem na sociedade moderna como alternativa na concretização da função mista das penas e na primazia da ressocialização do condenado.

Perpassa-se, assim, o fracasso da pena privativa de liberdade, que já não cumpre seu caráter precípua (ressocialização e, em consequência, não reincidência) e os efeitos deletérios do sistema prisional na vida do apenado. De outro lado, aborda-se a execução das sanções penais no âmbito militar e suas características diferenciadoras da Justiça Comum, notadamente à possibilidade de progressão da pena, com análise comparativa entre o crime de deserção e os crimes considerados como hediondos.

Dentro do contexto de um estado de direito, os aspectos referentes ao poder-dever de punir na seara castrense, quando presente uma ofensa ainda que tida como nuclear a vida militar, como no caso do crime de deserção, inserem-se através da linha de pesquisa denominada Constitucionalismo, Concretização de Direitos e Cidadania da Faculdade de Direito de Santa Maria que corrobora para a discussão do tema, construindo fundamentos essenciais aos direitos abrangidos pela presente pesquisa.

1 - CÓDIGO PENAL MILITAR

1.1 Decreto do Código Penal Militar no Brasil: contexto histórico: Brasil: ame-o ou deixe-o

No dia 1º de abril de 1964, no Brasil, estreou um notável período histórico, que perdurou por 21 anos, iniciando-se, assim, um regime de governo militar, autocrata e, conseqüentemente, uma época de diversas lutas sociais, políticas, guerrilhas, perseguições e, ainda, de mudanças no rumo da economia do país.

O golpe de 1964 representou um ataque às reformas sociais defendidas por amplos setores da sociedade, bem como à incipiente democracia política que nascera em 1945, com a derrubada da ditadura do Estado Novo, sob o escopo de que as fortes ações dirigiam-se contra a corrupção e a subversão instaurada no país, cuja maior violência, dentre tantas, foi a instauração de um regime ditatorial, com a restrição aos direitos e garantias individuais.

Esse conflito de cunho militar, que acabou por redundar na deposição do Presidente da República João Goulart, instaurando um regime de cunho eminentemente beligerante, colocou, de um lado, os defensores do regime militar, de viés nacionalista e conservador, e de outro lado, a sociedade civil,

notadamente, os estudantes, professores, operários e simpatizantes do regime soviético, fazendo com que esses fossem, quando presos, julgados na Justiça Militar da União, quer seja por crimes propriamente militares, quer seja por crimes chamados subversivos, razão pela qual assumiu aquela Justiça especializada um papel de institucionalização de uma nova ordem política que funcionaria com base na coerção, censura e terrorismo, bem como a punição aos opositores ao novo regime.¹

Assim, os setores mais progressistas da sociedade se posicionaram pela liberdade de expressão e de opinião, já totalmente proibida pelos Atos Institucionais do governo provisório, através de debates ideológicos nas Universidades, proletariado e, sobretudo, através dos meios de comunicação, música, pintura, cinema e teatro, colocando em xeque a autoridade e legitimidade do governo que se instalara.²

Diante desse cenário, surge a possibilidade de caracterização do golpe como de natureza civil-militar, tendo em vista o apoio das classes dominantes ao novo regime, com a adoção de medidas econômicas de desenvolvimento econômico de fundo nacionalista e com ênfase no planejamento centralizado e focado em metas elevadas de crescimento econômico, cujo escopo precípua era dar legitimidade ao governo de exceção.

No entanto, tal objetivo torna-se infundado, diante da necessidade de intensas movimentações de tropas e da preponderância dos anseios e vontades militares em detrimento das opiniões da sociedade civil, bem como pela escolha de Castelo Branco para a Presidência, militar da chamada linha dura e conhecido pela pouca habilidade política e intelectual. Além disso, o emergente envolvimento dos militares na política de repressão torna extremamente claro que a natureza do golpe é essencialmente militar, com a implantação da ditadura,

¹ SILVA, Angela Moreira Domingues da. Ditadura militar e justiça castrense no Brasil: espaço de legitimação política e de contradições . In: I Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa - ABED, 2007, São Carlos - SP. *Anais do I Encontro Nacional da ABED*, 2007.

² VERMEERSH, Paula. Arte e Atos Institucionais. Revista Direito GV. *Scielo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a11v4n2.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2009.

independente do apoio prestado pelas classes mais conservadoras e eclesiásticas da sociedade.³

Essa política de pouca liberdade de expressão ficou claramente demonstrada, após a tomada do poder, quando os militares trataram de desenvolver uma nova ordem econômica através de um aparato específico, os denominados Atos Institucionais, sendo estes céleres instrumentos jurídicos empregados na ação de liquidação de um Estado Democrático.⁴

Dessa forma, esses mecanismos de legalização de ações não previstas em lei foram decretos emitidos com o intuito de legitimar as ações políticas militares, estabelecendo a estes diversos poderes extra-constitucionais, já que sem tais instrumentos a Constituição de 1946 tornaria inexecutável o novo regime instaurado.⁵

No dia 09 de abril de 1964, o comando militar assina o primeiro de uma série de dezessete Atos Institucionais que seriam regulamentados por 104 atos complementares até o ano de 1969.⁶ Redigido por Francisco Campos, o denominado AI-1 transforma as forças Armadas em um canal de poder cada vez mais sólido, uma vez que esse ato concedeu aos militares:

As prerrogativas de cassar mandatos legislativos, suspender direitos políticos pelo prazo de dez anos e deliberar sobre a demissão, a disponibilidade ou a aposentadoria dos que tivessem "atentado" contra a segurança do país, o regime democrático e a probidade da administração pública", o AI-1 determinava em seu artigo 2º. que dentro de dois dias seriam realizadas eleições indiretas para a presidência e vice-presidência da República. O mandato presidencial se estenderia até 31 de janeiro de 1966, data em que expiraria a vigência do próprio ato.⁷

³ FICO, Carlos. *Além do Golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 38.

⁴ VERMEERSH, op. cit..

⁵ Atos Institucionais. *Wikipédia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Atos_Institucionais>. Acesso em 12 de outubro de 2009.

⁶ Ibidem.

⁷ CALICCHIO, Vera; FLAKSMAN, Dora. Atos Institucionais (AI). *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 12 de outubro de 2009.

Além disso, também concedeu aos militares mais radicais o poder de punir, pois a prática de crimes contra o "Estado ou seu patrimônio e a ordem política e social ou de atos de guerra revolucionária" poderiam ser averiguados através de inquéritos e de processos.⁸

A Ditadura Militar brasileira utilizava a segurança nacional como argumento para justificar as arbitrariedades praticadas, como as torturas, guerrilhas e cassações, assim como o fechamento do Congresso Nacional no ano de 1966, provocando a reação de muitos setores da sociedade brasileira.⁹ Posteriormente, a tal ato advindo da repressão do regime castrense e a incidência dos atos institucionais vigentes, na sociedade brasileira, iniciou-se uma discussão quanto à representatividade e poder do Congresso, tendo em vista a alegação de que:

Após o golpe a perda de poderes do Congresso e os ataques sofridos pelos parlamentares sugeriram a muitos que a instituição, a partir de 1964, passou a penas um fachada que ajudaria a compor, sobretudo para o público externo, um simulacro da democracia. Isso porque estaria definitivamente fragilizada: em face da legislação arbitrária [...]¹⁰

Tais alegações intensificaram-se com a análise do momento histórico vivido, ao ver que o Presidente Castelo Branco apresentava-se inerte perante os anseios punitivos de militares radicalizados, o que gerava o crescimento da denominada "força autônoma", que se tornaria um grupo de pressão extremamente enérgico, fazendo com que o governo fosse complacente

⁸ SILVA, Angela Moreira Domingues da. Ditadura militar e justiça castrense no Brasil: espaço de legitimação política e de contradições. In: I Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa - ABED, 2007, São Carlos - SP. *Anais do I Encontro Nacional da ABED*, 2007.

⁹ ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Júlio. História. São Paulo: IBEP, p. 420.

¹⁰ FICO, Carlos. *Além do Golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004, p, 49.

com as arbitrariedades da linha dura, não tendo forças para enfrentá-la e permitia que progressivamente conquistassem cada vez mais espaço e poder.¹¹

No início do ano de 1967, o Congresso foi reaberto, embora desfalcado de alguns parlamentares devido às cassações contínuas do regime castrense, e aprovou uma nova Constituição elaborada por juristas do governo, a qual dispunha sobre a ampliação de atribuições do governo e a considerável redução da autonomia dos estados. Além da instituição de um Tribunal Militar para julgar os civis.¹²

Outra realização do corrente ano foi a criação do Decreto-lei 314, de 13 de março, o qual instituiu a nova Lei de Segurança Nacional - LSN, que se apresentou com importante fundamento da Justiça Castrense, assim como o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, mostrando-se profundamente influenciada por esses, os quais regem as Forças Armadas.¹³

Tal documento definia os crimes contra a ordem política e social, e a partir de sua redação não se falou mais em crime contra o Estado e a ordem política, mas sim em crime contra a segurança nacional, considerada o valor supremo da nação.¹⁴

Tais mecanismos serviam como mais instrumentos de regularização social brasileira. Assim, como todas as medidas e mecanismos adotados pelos militares durante o período ditatorial, o ano de 1968 foi constituído de intensiva repressão, gerando revoltas que implicaram a edição do mais abrangente e autoritário de todos os atos, o nomeado AI-5, reforçando assim os poderes discricionários do regime, ao prever que:

O Presidente da República, independente de qualquer apreciação judicial, a decretar o recesso do Congresso Nacional e de outros órgãos legislativos, a intervir nos estados e municípios sem as limitações

¹¹ FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar. *SciELO.Rev. Bras. Hist.* [online]. 2004, vol.24, n.47, p. 29-60.

¹² ORDÓÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Júlio. *História*. São Paulo: IBEP, p. 420.

¹³ SILVA, Angela Moreira Domingues da. Ditadura militar e justiça castrense no Brasil: espaço de legitimação política e de contradições. In: *I Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa - ABED*, 2007, São Carlos - SP. Anais do I Encontro Nacional da ABED, 2007.

¹⁴ SILVA, Op.cit.

previstas na Constituição, a cassar mandatos eletivos e a suspender por dez anos os direitos políticos de qualquer cidadão, a decretar o confisco de "bens de todos quantos tenham enriquecido ilicitamente" e a suspender a garantia de *habeas corpus*.¹⁵

Após a instituição do mais severo Ato Institucional, o denominado AI-5, como o conseqüente fortalecimento do Poder Executivo, no segundo semestre de 1969, ocorre a reforma da Constituição Federal de 1967, instituindo-se assim a pena de morte e o banimento do território nacional aplicado aos casos de subversão.¹⁶

O governo do General Emílio Médici, o qual inicia-se no dia 30 de outubro desse ano, caracterizou-se como o período de maior censura e violência, através de perseguições políticas, controle das atividades estudantis, torturas e mortes, decorrentes do endurecimento político, chamado anos de chumbo.¹⁷

Insta salientar que de encontro ao que muitos crêem, tais atos, para as Forças Armadas não trouxeram o tão esperado restabelecimento da disciplina e da hierarquia, mas sim o agravamento da tão criticada subversão. Nunca, nem mesmo nos mais escandalosos acontecimentos anteriores, uma e outra foram tão profundamente feridas.¹⁸

Após a instituição do AI-5, foram criados mais 12 atos institucionais, 59 atos complementares e 08 emendas constitucionais, fazendo com que tais mecanismos versassem sobre as diversas áreas, e que a legislação utilizada pelo

¹⁵ CALICCHIO, Vera; FLAKSMAN, Dora. Atos Institucionais (AI). *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 12 de outubro de 2009.

¹⁶ ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Júlio. *História*. São Paulo: IBEP, p.421.

¹⁷ ORDOÑEZ; QUEVEDO, op.cit.

¹⁸ SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. Vol. 40. Editora civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1965, p. 394.

Supremo Comando Militar pudesse ser executada no cotidiano nacional como meio para a solução de conflitos políticos¹⁹.

Nesse cenário político marcado pela repressão ditatorial, deu-se o denominado milagre econômico, cujo slogan político era “Prá frente Brasil”, sempre na busca de uma legitimidade que não tinha o regime militar, pela forma da assunção do poder, tendo como força motriz elevado crescimento econômico e posteriores melhorias na justiça social.

Porém, embora a economia nacional tenha crescido a altas taxas anuais de até 12% ao ano, com a ascensão da produção industrial e das exportações dos produtos nacionais, a segunda fase do plano governamental, qual seja, a divisão de riquezas, acabou por não acontecer, com aumento do fosso entre as classes sociais, através de enorme concentração de renda, com o extenso crescimento do patrimônio dos abastados e maior empobrecimento do povo brasileiro.²⁰

O ano de 1969 foi de extrema turbulência no cenário nacional, o qual apresentava-se através de uma severa política de repressão, bem como na constante tentativa de derrubada do regime ditatorial em vigor. O comando militar através do sofisticado aparato repressivo, coibia manifestações de oposição ao regime, através da censura às manifestações e aos meios de comunicação.

O governo gastava milhões de cruzeiros nos meios de comunicação destinados a mascarar as atrocidades cometidas e melhorar sua imagem junto ao povo brasileiro, sendo estes, ingredientes políticos implementados pelo comando castrense como meio de concentração de poder, uma vez que eram vigiados pela polícia devido à censura.²¹

¹⁹ CALICCHIO, Vera; FLAKSMAN, Dora. Atos Institucionais (AI). *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 12 de outubro de 2009.

²⁰ ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Júlio. *História*. São Paulo: IBEP, p. 422.

²¹ ORDOÑEZ; QUEVEDO, op.cit. 422.

Os artifícios utilizados pelos militares consistiam na circulação de conteúdo contendo discursos de arrependimento de militantes da luta armada feitos prisioneiros, bem como o slogan: "Brasil, ame-o ou deixe-o",²² o qual era ostentado por adultos e crianças em objetos e janelas de automóveis, transmitindo a ideia de quem não vive para servir ao Brasil, não serve para viver nele.

Nesse cenário de beligerância entre os militares no governo e as classes mais politizadas, em especial, os jovens acadêmicos que assistiam o nascimento de grandes movimentos de livre expressão ("paz e amor"), pelo mundo, especialmente, na França, fez-se necessário, a instituição do Código Penal Militar brasileiro no ano de 1969, através do Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro, o qual se assemelhava ao Código Penal²³ vigente na época, e que ainda se encontra em vigor. Elaborado no período do repressivo Ato Institucional nº 5, nascia a necessidade de o Código Penal Castrense apresentar um tratamento rigoroso, especialmente ao crime de deserção, praticados, em regra, pelos jovens recrutas, através do estabelecimento de penas elevadas, prisão cautelar e cumprimento integral da pena no cárcere militar.

Dessa forma, como será posteriormente analisado na evolução das sanções aplicadas, tentava-se, pela intimidação de uma elevada pena, manter coesa a força militar, tão necessária para o controle das grandes manifestações sociais da esquerda, como também impedia-se, pela prisão cautelar e integral da pena, que os militares desertores pudessem encorpar a força inimiga.

Hoje, dentro de um estado constitucional e de direito, há que se ter, no crime de deserção, uma interpretação consentânea com os ares democráticos do país, máxime pela inexistência de um inimigo interno ou externo, através da qual se minorará os efeitos deletérios das penas elevadas, de uma prisão cautelar obrigatória e ainda da vedação à possibilidade de se obter o benefício do sursis .

²² FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar. *SciELO.Rev. Bras. Hist.* [online]. 2004, vol.24, n.47, pp. 29-60.

²³ FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de Illicitude*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.13.

Diante do exposto, em todas as lições construtoras do período militar, analisa-se a primordial essência do *jus puniendi* como valor na afirmação de poder exercido, através da arbitrariedade e a violência estatal no decorrer da história e das sanções aplicadas.

1.2 Histórico das sanções militares brasileiras

No percurso da história e evolução das penas militares, é imperioso asseverar que essas trazem consigo uma carga histórica que reflete os momentos vivenciados pela sociedade, cujos objetivos variaram proporcionalmente ao esgaçamento do tecido social e a necessária legitimação da autoridade militar.

Nessa senda, defende-se a idéia de que a prisão é o aparelho disciplinar exaustivo da sociedade capitalista, constituído para o exercício do *jus puniendi* mediante privação de liberdade, onde Foucault²⁴ sustenta que esse dispositivo funciona como aparelho jurídico que cobra a dívida do crime em tempo de liberdade suprimida e, como aparelho técnico disciplinar, programado para realizar a transformação individual do condenado.

Esse débito com o poder estatal, mencionado pelo doutrinador, se vislumbra através do sistema punitivo brasileiro e da coação por ele exercido sobre o indivíduo, onde, segundo Cirino dos Santos²⁵:

²⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. nascimento da prisão. 34. Ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2007, p. 213.

²⁵ SANTOS, José Cirino. *Direito Penal (a nova parte geral)*. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 223 *apud* Cirino dos Santos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. Ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008, p. 520

A pena criminal é definida como consequência jurídica do crime. E representa, pela natureza e intensidade, a medida de reprovação de sujeitos imputáveis, pela realização não justificada de um tipo de crime, em situação de consciência da antijuridicidade (real ou possível) e de exigibilidade de conduta diversa, que definem o conceito de fato punível.

Quando se analisa a evolução das penas, ressalta-se que, no século XVII, as penas impostas aos condenados consistiam num arsenal de horror e crueldade, principalmente pela imposição de penas físicas aos apenados, as quais eram aplicadas em praça pública, em forma de espetáculo, com o objetivo de demonstrar o poder e legitimidade do monarca. Com efeito, preceitua Foucault:

Uns podem ser condenados à força, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e serem enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebatados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebatados; outros a ser arrebatados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebatados, outros a serem queimados vivos [...] ²⁶

O transcurso da instituição das penas é, sem dúvida, mais cruel e alarmante que a própria narrativa dos delitos praticados, tendo em vista que, por mais bárbaros que se apresentassem, as violências produzidas pelas penas sempre alcançavam um patamar superior de desumanidade, sendo uma brutalidade delineada e consciente, preparada por muitos contra um indivíduo infrator²⁷, sendo uma demonstração de força do poder constituído.

A fim de melhor demonstrar o conceito e evolução das penas, com diferenciações significativas ao longo do tempo, impende fazer uma síntese histórica.

A história das punições e suas diversas formas inicia-se com a rudimentar ideia da chamada vingança privada, sendo essa fase constituída por penas impostas exercidas não apenas sobre a pessoa do acusado, além de apresentarem-se como sanções sem o ínfimo grau de proporcionalidade na

²⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. Ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2007, p. 30.

²⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 128.

ofensiva, já que poderia atingir pessoas que sequer praticaram a conduta criminosa.²⁸

Segundo Boschi²⁹, esta fase na evolução das penas correspondia ao período em que se buscava um responsável, na qual:

Ultrapassando a extensão e a gravidade da falta, a citada pena, ante a mobilização coletiva, podia acarretar a eliminação de inocentes, desde que indicados pela vítima ou, ainda, do próprio grupo a que pertencia o ofensor, não se estruturando sob noção, sequer mínima, de equidade ou de justiça.

Com o passar dos anos, a vingança de sangue foi suprimida por dois outros instrumentos representativos do poder estatal, as penas de expulsão do ofensor e a de banimento do próprio território.³⁰

Representada pelos institutos históricos e jurídicos do Código de Hamurábi e da Lei de Talião, surgiram as primeiras penas possuindo caráter proporcional ao delito cometido, as quais eram fixadas como base de retribuição do crime através da sanção, homenageando a expressão olho por olho, dente por dente.³¹ O código de Hamurábi ainda previa a pena de morte para os atos considerados de bruxaria e incesto, por exemplo, além de outras sanções cruentas, como cortar a língua, arrancar os olhos e cortar as orelhas.³²

Após a época em que vigorava a pena de Talião surge a composição, como método de aplicação das penas, as quais baseavam-se, essencialmente na reação do delito ao patrimônio do apenado e não mais se direcionava a violar a integridade física do indivíduo, dessa forma, eram pagas

²⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 93.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem.

³¹ DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>>. Acesso em: 08 de novembro de 2009.

³² FERNANDES, Newton. *A Falência do Sistema Prisional Brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2000, p.90.

indenizações as vítimas, em troca da liberdade do agente, sendo essas liquidadas através de dinheiro ou de bens como gados, armas, entre outros.³³

Posteriormente, representado pelo Código de Manu, inicia-se um período em que as penas eram fundamentadas na vingança divina, sendo caracterizadas por meio de repressivas barbáries cometidas em nome de Deus, onde a vingança “era exercida com redobrada crueldade, eis que o castigo tinha que estar à altura do Deus ofendido e seu propósito era purificar a alma do ofensor”³⁴.

Como fase da evolução penal, a vingança divina antecedeu a evolução da organização social e o surgimento da vingança pública, caracterizada por requintes de desumanidade na aplicação de sua pena, pois essa “visava resguardar a segurança do príncipe ou soberano, procurando intimidar por seus rigor e crueldade. Prevalencia o arbítrio do julgador, não havendo maior preocupação com a culpa ou com o ânimo subjetivo do infrator.”³⁵

Após as etapas de evolução das penas através da vingança, surge um novo período, a que se cognominou de Humanitário, e que nasceu com o intuito de combate à repressão penal absolutista, lutando pela execução das penas inumanas, ao reagir à administração penal e suas penas atrozes, desenvolvendo o chamado Movimento Científico ou Criminológico.³⁶

Nessa fase do Direito Penal Clássico, do ponto de vista político-criminal, vigorava a função da pena como poder punitivo do Estado, de ordem

³³ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 94.

³⁴ FERNANDES, op. cit. p. 91.

³⁵ Ibidem.

³⁶ DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>>. Acesso em: 08 de novembro de 2009.

divina ou ética, através da denominada teoria absoluta ou da retribucionista, a qual, segundo Luis Flávio Gomes,³⁷ afirma que:

Não interessa se a pena, ademais, cumpre outros fins, que seriam alheios à sua essência. A pena é retribuição, um mal que se comina e se aplica ao culpável para compensar o mal que este causou previamente[...]

Após as fases iniciais de desenvolvimento do Direito Penal como ciência punitiva, foram surgindo legislações aptas a regular os diversos setores da sociedade, como, por exemplo, a instituição da repressiva militar através da legislação penal própria, a qual era constituída pelas disposições contidas nos denominados Artigos de Guerra do Conde de Lippe, aprovados no ano de 1763, época em que vigiam as Ordenações Filipinas e que foram utilizados até a publicação do novo Código de Justiça Militar, promulgado em 1875.

Nesse contexto, eram aplicadas as penas degradantes, nas quais os militares estavam expostos a agressões como pancadas de prancha de espada, colocação de argolas de ferro em seus membros, fuzilamento e pena de morte, sendo estipuladas para os casos de falta ao serviço, traição e abandono de posto.³⁸

Já no ano de 1899, com a instituição do Código Penal para a Armada³⁹ constituiu-se um arsenal de penas aplicáveis, com a previsão das penas de morte por fuzilamento, a prisão simples, a degradação militar, a destituição e a perda do posto, bem como a prisão por trabalho e a demissão do militar condenado.⁴⁰

³⁷ GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 663.

³⁸ ASSIS, Jorge César de. A Evolução das Penas no Direito Penal Militar. *Revista Direito Militar*. n. 7, set/out de 1997, p.39-43 *apud* ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p.49-50.

³⁹ O Código Penal para Armada foi estabelecido pelo decreto 18, de 07 de março de 1891, sendo conseqüentemente aprovado e instituído por meio da Lei 612 de 29 de setembro de 1899.

⁴⁰ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 50.

De tal forma, estabelecia-se até então penas inumanas como forma essencialmente necessária de punição pelos crimes praticados. No entanto, a Constituição Federal Brasileira, no ano de 1937, veio dispor, em seu artigo 122, a exclusão das penas corporais até então aplicadas, embora atribuisse ao legislador o poder de estabelecer a pena de morte para crimes como o de homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade, suscitando assim, a clara inclusão da pena capital como sanção aplicável, só que agora com faculdade de utilização para delitos tipificadamente como não militares.⁴¹

Com o desenvolvimento da ciência penal, surgiu a necessidade de reforma do vigente Código Penal Militar de 1891, com acréscimo, dentre outras normas, de novas tipificações de sanções voltadas à caserna, resultando no novo diploma penal militar de 1944, segundo Jorge César de Assis⁴²:

Foram aceitas as principais penas estabelecidas no Código penal comum de 1940, e acrescentadas outras necessárias e compatíveis com a função militar do condenado, como a suspensão do exercício do posto e da reforma.

Igualmente, na seara comum do direito penal, houve alterações substanciais quanto às penas com o advento da primeira legislação codificada, Código Penal, que trouxe a necessidade da individualização das penas aplicáveis, a abolição da pena de morte e o surgimento do regime penitenciário de caráter correccional, com fins direcionados à ressocialização e reeducação do recluso.

Nessa fase histórica, a política criminal trasmuta-se através da não imposição da pena de caráter retributivo, mas sim de uma repressão baseada na prevenção especial negativa do delito, através da sentença proferida pelo juiz e da efetiva condenação e privação da liberdade como instrumento necessário para o não cometimento de novos crimes, além do tratamento psicológico a ele

⁴¹ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código ao Código Penal Militar*. Comentários-Doutrina- Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 138.

⁴² ASSIS, 2006, Op. cit., p. 51.

dispensado com o intuito de ressocializar o apenado, denominada prevenção especial positiva.⁴³

Em outra perspectiva, surge, do mesmo modo, outra teoria penal baseada na função de prevenção geral da pena cominada, com o escopo de evitar a prática de futuros delitos. De tal modo, segundo José Cirino dos Santos⁴⁴, a teoria da prevenção geral fundamentar-se-ia na idéia de que “o criminoso deve ser intimidado, o cidadão honrado há de ser fortalecido em seus bons propósitos, o cidadão duvidoso tem que se decidir pelo bem diante da ameaça e do medo da pena”⁴⁵.

Nota-se que em virtude do passar do tempo e a evolução das legislações, as alterações introduzidas na Lei Maior foram no sentido da inaplicabilidade de penas capitais, atozes e de caráter perpétuo, como as dispostas na Constituição de 1969, no artigo 153, § 11, o qual rezava que “não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de morte, fica ressalvada legislação penal aplicável em caso de guerra externa”, conferindo um viés mais humanizando, em consonância aos tratados de direitos humanos surgidos no período pós-guerra, à legislação pátria.⁴⁶

Há, assim, um discurso oficial de respeito aos direitos humanos, visto que a novel legislação é germinada no seio do regime de exceção, o que se contrapõe aos discursos de práticas de torturas e de medidas hostis por parte do governo constituído.

Surge, também, no ano de 1969, ano de grandes conflitos internos entre militares e civis, o vigente Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001), o qual

⁴³ SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008, p. 465.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 470.

⁴⁵ GOMES, Luis Flávio. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.669.

⁴⁶ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código ao Código Penal Militar: Comentários-Doutrina- Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 138.

ratifica as penas executas pela Justiça Castrense já apresentadas no código anterior, inovando, no entanto, no que concerne à modalidade de pena denominada de impedimento, aplicada ao crime de insubmissão, bem como na conversão da pena de suspensão do exercício do posto em detenção, nos casos descritos em lei, e na inclusão do instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*), ressalvados os casos previstos no artigo 88 daquele diploma legal, concernente à violação dos preceitos da caserna.⁴⁷

Nesse quadro interno e, ainda, dentro das novas concepções internacionalmente esperadas do Direito Penal, o legislador brasileiro visou dar uma feição mais realista ao Direito Penal Militar Brasileiro, a partir da adoção de um sistema penal misto denominado retributivo-preventivo, mediante a fusão das teorias da pena que defendiam a ideia de retribuição e prevenção geral e especial das sanções, onde através desse novo sistema o juiz, na fixação pena, deve atender ao que for suficiente para a reprovação e prevenção do crime, conforme preceitua o artigo 69, do Código Penal, tal como no direito penal comum.

Corroborando o acima exposto, o jurista Juarez Cirino dos Santos explica que:⁴⁸

A pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) prevenção especial *positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de prevenção especial *negativa* como segurança social pela *neutralização* do autor, e finalmente, (c) prevenção geral *negativa* através da *intimidação* de criminosos potenciais pela ameaça penal e prevenção geral *positiva* como *manutenção/reforço da confiança* na ordem jurídica etc.

Dispostas no bojo do Código Penal Castrense, dentro dessa visão, as penas principais tipificadas são as penas de morte, de reclusão, detenção,

⁴⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007, p. 21.

⁴⁸ SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. ver. e ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008, p. 470.

prisão, impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma.⁴⁹

Ressalta-se que hodiernamente a pena de morte é terminantemente proibida em sede constitucional, salvo nos casos de guerra declarada, como prevê o artigo 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da Constituição Federal⁵⁰. No âmbito da legislação militar tal medida capital encontra-se prevista nos artigos 707⁵¹ e 708⁵², ambos do Código de Processo Penal Militar, bem como no artigo 56 do código Penal Militar, o qual prevê tal modalidade de pena aplicável por fuzilamento do militar, permitindo assim que tais penas sejam cominadas apenas aos delitos cometidos em tempo de guerra, sob pena de inconstitucionalidade.

Vale asseverar que, através do legislador brasileiro, o Direito Penal Militar, também, manteve o conceito de fragmentação e intervenção mínima do Estado, inclusive, de forma positivada, como, por exemplo, no caso do furto.

Outrossim, repugnou-se no seio castrense, na década de 90, sob a justificativa de ser uma forma de descriminalização, a aplicação das penas restritivas de direito. Assim, entendeu-se que o efetivo cumprimento da pena privativa de liberdade em determinados crimes é a única hipótese de se evitar a prática de novos crimes.

No Brasil existe, ainda hoje, a falácia de que a criminalidade só será abrandada através do agravamento das sanções penais impostas, a austeridade de sua execução e da supressão dos direitos dos apenados, com o conseqüente crescimento de encarceramento dos condenados, sem um sistema penitenciário

⁴⁹ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 49.

⁵⁰ XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do Art. 84, XIX;

⁵¹ Art. 707. O militar que tiver de ser fuzilado sairá da prisão com uniforme comum e sem insígnias, e terá os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver de receber as descargas. As vozes de fogo serão substituídas por sinais.

⁵² Art. 708. Da execução da pena de morte lavrar-se-á ata circunstanciada que, assinada pelo executor e duas testemunhas, será remetida ao comandante-chefe, para ser publicada em boletim.

adequado e suficiente, o que vai de encontro aos inúmeros preceitos fundamentalmente considerados.⁵³

Abalizado pela idéia do Estado Democrático de Direito, mostra-se pertinente a adoção dos chamados substitutivos penais ou penas alternativas, ou seja, “aquelas sanções que não envolvem a perda da liberdade”⁵⁴ e que se apresentam como instrumentos eficazes na aplicação dos preceitos da intervenção mínima, aplicando a pena como medida apta e necessária a fortalecer a consciência jurídica da sociedade e o respeito aos bens jurídicos tutelados penalmente, preservando assim a liberdade dos cidadãos, valendo-se da pena privativa de liberdade aos crimes mais graves, considerando-se aqueles, em tempo de paz, no caso do direito penal militar, que violem a vida ou a integridade física ou aos criminosos considerados incorrigíveis.⁵⁵

Assim, as infrações penais cominadas com penas privativas de liberdade de curta duração e sem violência ou grave ameaça à pessoa, a substituição daquela por penas restritivas de direito ou, em última análise, por suspensão condicional da pena, mostram-se como meio mais eficaz de reinserção social, sobretudo pelo não afastamento do convívio dos sociais.

Portanto, mostra-se desarrazoada a vedação, como última medida, da suspensão condicional da pena no crime de deserção, tal como constante no art. 88, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar, por ter o referido crime a pena inferior ao máximo estipulado para a concessão do sursis e, sobretudo, por inexistir, em tempo de paz, qualquer ofensa a bem jurídico de tal relevância que imponha o afastamento do apenado do seio social e da possibilidade de crescimento educacional, máxime por ser esse tipo penal, em regra, praticado por jovens recrutas.

⁵³ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2000, p.12-13.

⁵⁴ Regras de Tóquio *apud* JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2000, p.28.

⁵⁵ JESUS, op. cit. p.25.

2 DESERÇÃO E DIREITOS CONSTITUCIONAIS

2.1 Crime de deserção e a vedação ao sursis

A Justiça Militar, desde sua instituição, vem despertando inúmeras discussões quanto ao rigor em sua legislação e preceitos institucionais na relação com os dispositivos da Justiça Penal Comum e princípios balizadores da Ordem Jurídica Nacional, uma vez que o Direito Penal Militar, além de contemplar fatos tipificados como crime que não se encontram tutelados pela Justiça Comum, prevê com excessiva severidade tais delitos constantes no bojo de seu Código Penal, os quais vão ao encontro dos fundamentos das Instituições Castrenses.

O Direito Penal Militar constitui hipótese de Direito Especial, que dispõe sobre tais condutas, aplicando as sanções a essas relacionadas, as quais advêm dos preceitos Castrenses herdados, principalmente, do período ditatorial, época de grande repressão e endurecimento das instituições militares, quando foi criado o Código Penal Militar brasileiro, o Decreto-Lei 1001, de 21 de outubro de 1969, que se encontra em vigor.

Quanto à seara militar, a Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre a competência dessa Justiça, instituiu em seu artigo 124⁵⁶ o critério *ratione legis*, conferindo ao legislador ordinário o poder de declarar a sujeição de crimes à Jurisdição Militar, gerando, assim, a distinção das espécies de delitos militares, os quais poderão ser cometidos por agentes militares ou civis “quer em virtude da matéria, quer do lugar ou do tempo, por força de lei”⁵⁷. Partindo dessa premissa, segundo entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, os delitos militares foram subdivididos em crimes impropriamente ou propriamente militares, estando dispostos no artigo 9º, do Código Penal Militar vigente.

Assim, para uma melhor elucidação dos delitos militares, faz-se mister a conceituação das espécies de crimes militares, dentre as quais se inserem os delitos impropriamente ou acidentalmente militares, tipificados tanto na legislação penal militar, como na comum e, que, segundo a definição de Romeiro⁵⁸ são:

Crimes comuns em sua essência, cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou militar), mas que, quando praticados por militares em certas condições de tempo, de lugar e de pessoas, a lei considera crimes militares.

Diferentemente dos crimes impropriamente militares, os delitos denominados crimes propriamente ou puramente militares, tipificados exclusivamente no Código Castrense, possuem dupla qualidade militar, quanto ao ato e quanto ao sujeito, já que os mesmos possuem exclusivamente como sujeito ativo, o militar, que o pratica em tempo de guerra ou de paz, bem como durante manobras e exercícios, em lugar sob administração militar.⁵⁹

⁵⁶ Art. 124 - À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

⁵⁷ FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de Illicitude*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.157.

⁵⁸ ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime Propriamente Militar. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, nº 61. p. 183-191, jul. de 1994, p.184.

⁵⁹ ASSIS, Jorge César de. Crime Militar e Crime Comum. *Jus Militares*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=22>>. Acesso em: 12 de junho de 2009.

Elencado dentre os delitos tipicamente ou propriamente militares, encontra-se o crime de deserção, como um dos mais tradicionais e importantes delitos militares, devido à tutela dos bens e interesses castrenses, como a hierarquia e a disciplina.

Deserção significa abandonar, fugir, desamparar⁶⁰. No Brasil, esse crime sempre esteve presente nas diferentes leis militares e atualmente encontra-se positivado no artigo 187, do Código Penal Militar, o qual reza:

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

Tal previsão permanece desde o Direito Romano, no entanto, para a configuração do crime de deserção era necessário que o militar se ausentasse sem autorização de sua unidade e somente regressasse a essa unidade por captura. Já aquele que se encontrava ausente e apresentava-se voluntariamente, era chamado de emansor.⁶¹

Como leciona Lobão⁶²:

[...] o emansor ou ausente era aquele que tendo se ausentado, regressava voluntariamente, enquanto o desertor era conduzido à força. Arremata o mesmo autor, utilizando as palavras de Esmeraldino Bandeira, que, 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 quando o agente ausentou-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.

⁶⁰BUENO, Francisco da Silva (Org.). *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: FENAME, [s.d.], p. 413.

⁶¹ROCHA, Eduardo Biserra. Apontamentos sobre o crime de deserção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2214, 24 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13213>>. Acesso em: 18 out. 2009.

⁶²LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2 ed., atual., Brasília: Brasília jurídica, 2004, p.257.

No entanto, no atual CPM, não se faz necessária a captura do militar para que este seja considerado desertor, uma vez que, para que haja a consumação do crime de deserção, é necessário, segundo o artigo 451, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, o transcurso dos oito dias da ausência do militar, ausência que se computa, para efeito da lavratura do termo de deserção, da zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar.

Nessa senda, excetuando a hipótese de deserção instantânea (art.190 CPM), o prazo de oitos dias disposto na legislação vigente, denominado prazo de graça, deve transcorrer em sua totalidade para que o militar da ativa seja considerado desertor, o que ocorrerá na zero hora do décimo dia da falta injustificada, tendo em vista que, não decorrido tal prazo, com o respectivo retorno do militar à unidade, este será considerado apenas ausente, incorrendo somente nas sanções disciplinares⁶³, conforme número 26 e 28, anexo I, do Decreto nº 4.346/2002⁶⁴.

É de suma importância, para uma melhor compreensão do crime em comento que seja feita uma análise de sua natureza jurídica, tendo em vista que existem diversas discussões doutrinárias a respeito. As divergências quanto à classificação do crime de deserção residem na falta de definição quanto a ser um crime formal, crime de mera conduta ou instantâneos de efeito permanente e de mera conduta.

⁶³ ASSIS, Jorge César de. Prazo para a consumação da deserção: afinal, são quantos dias?. *Jus Militaris*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=21>>. Acesso em: 04 de julho de 2009.

⁶⁴ 26. Faltar ou chegar atrasado, sem justo motivo, a qualquer ato, serviço ou instrução de que deva participar ou a que deva assistir; 28. Ausentar-se, sem a devida autorização, da sede da organização militar onde serve, do local do serviço ou de outro qualquer em que deva encontrar-se por força de disposição legal ou ordem;

Diversos doutrinadores, ao longo dos anos, defendem diferentes posições quanto à natureza jurídica do crime de deserção, como o jurista Chrysólito Gusmão⁶⁵, o qual lecionava que “ a deserção é um crime continuado e não instantâneo, cujos elementos formadores e consumativos continuam sucessiva e ininterruptamente a existir, uma vez passado o prazo de graça, quando existente”.

Vale destacar que o entendimento supracitado não se perfaz como posição dominante dentro do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, dentre a doutrina divergente, a classificação que ratifica os pressupostos e características da deserção, apresentando-se mais adequada, é a defendida por Jorge Cesar de Assis⁶⁶, que assim a explica:

É permanente porque a consumação se prolonga no tempo e somente cessa quando o desertor se apresenta ou é capturado. E é de mera conduta (ou de simples atividade) porque se configura com a ausência pura e simples do militar, além do prazo estabelecido em lei, sem necessidade que da sua ausência decorra qualquer resultado naturalístico. A lei contenta-se com a simples ação (deserção) ou omissão (insubmissão) do agente.

Desse modo, após o prazo de graça decorrido durante a ausência do desertor e configurado o delito de deserção, como diligência imprescindível a instauração do processo, determina-se que a autoridade competente efetue a lavratura do *Termo de Deserção*, o qual possui efeito de instrução provisória⁶⁷, autorizando para tanto a prisão do desertor.

Porém, faz-se necessário observar-se uma exceção no que se refere ao período de ausência nos casos de deserção especial ou instantânea, disposta no artigo 190, do Código penal Militar, o qual reza: “Deixar o militar de apresentar-

⁶⁵ GUSMÃO, Chrysólito de. Direito Penal Militar. Editora Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915, *apud* ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código ao Código Penal Militar: Comentários-Doutrina-Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 343.

⁶⁶ ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código ao Código Penal Militar: Comentários-Doutrina- Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.343.

⁶⁷ Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão

se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve”. Nesta hipótese de deserção, prevê o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 451, que a lavratura do termo de deserção é imediata⁶⁸.

Nesse contexto, é inegável a distinção no procedimento entre o crime de deserção e os demais positivados no Direito Penal Comum, uma vez que se nota a severidade com que dispositivo legal acima mencionado autoriza de imediato a prisão do desertor após a configuração do crime militar de deserção, determinando o encarceramento do ofensor como medida urgente e necessária aos fins da caserna.

Tal tratamento dispensado ao crime tipificado no artigo 187, do CPM, encontra-se fundamentado na autorização constitucional prevista na Constituição Federal de 1988, onde esta, em consonância com os preceitos castrenses, em seu artigo excepcionou os crimes propriamente militares da exigência de admissão da prisão apenas nos casos de flagrante delito ou com ordem judicial, possibilitando assim, a prisão imediata do desertor como medida de coerção⁶⁹.

Como é cediço, o delito militar de deserção exige, para uma melhor compreensão, o exame de aspectos de ordem militar, como penal e processo penal, bem como a legislação penal comum, constitucional e administrativa.

Nessa análise de legislações, encontra-se a discrepância na aplicação do instituto da suspensão condicional da pena (*sursis*) ao apenado por um crime propriamente militar, como a deserção, o qual fere os bens e interesses das Forças Armadas, e um crime comum, como o de lesão que fere a integridade física do indivíduo.

⁶⁸ Art. 451. Consumado o crime de deserção, nos casos previstos na lei penal militar, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente, ou ainda autoridade superior, fará lavrar o respectivo termo, imediatamente, que poderá ser impresso ou datilografado, sendo por ele assinado e por duas testemunhas idôneas, além do militar incumbido da lavratura.

⁶⁹ FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de Ilícitude*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 57.

Em nosso ordenamento jurídico, a Suspensão Condicional da Penal, também denominada sursis, é um instituto penal pelo qual decorre a suspensão parcial da pena privativa de liberdade de curta duração por período de tempo determinado, desde que cumpridas certas condições⁷⁰ elencadas no artigo 78, do Código Penal e 158, da Lei de Execuções Penais, bem como observados os requisitos subjetivos e objetivos previstos no artigo 77, do Código Penal, extinguindo-se a pena ao término do prazo.

Preceitua o art. 77 do nosso Código Penal:

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no Art. 44 deste Código

Dessa forma, o juiz, ao invés de determinar a execução da pena privativa de liberdade imposta na sentença, concede o sursis, ficando o condenado em liberdade condicional, por um lapso temporal denominado de período de prova, que pode variar de 02 (dois) a 04 (quatro) anos. O cumprimento das condições impostas e a vida em liberdade, sem delinquir, são, inegavelmente, uma prova efetiva de que o beneficiário sentiu os efeitos da condenação e de que não necessita recolher-se à prisão para emendar-se.⁷¹

Instituído na preocupação de impedir a prisionalização do condenado primário e não perigoso, diante dos efeitos do encarceramento que

⁷⁰ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: Parte Geral. vol 1. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 554.

⁷¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. V 1. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 632.

humilha, dessocializa e favorece a reincidência, a suspensão condicional da pena possui como corolário a permanência do condenado em seu ambiente social, como a família, trabalho e amigos, apresentando-se como uma alternativa à pena privativa de liberdade⁷². Assim, como assevera Cuello Calón, o instituto do sursis “não só constitui um substitutivo penal das penas privativas de liberdade, como também um meio de eficácia educadora, pois, durante o período de prova, o condenado se habitua a uma vida ordenada e conforme a lei”.⁷³.

Este benefício, previsto na Justiça Comum, constitui modalidade de execução da pena⁷⁴ e caracteriza-se como direito subjetivo do condenado, encontrando previsão também na esfera militar, embora com requisitos distintos. Essa suspensão da pena privativa de liberdade é concedida sob a égide de alguns requisitos, os quais se encontram dispostos no artigo abaixo transcrito:

Art. 84. A execução da pena privativa da liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, desde que: (Alterado pela L-006.574-1978)

I - o sentenciado não haja sofrido no País ou no estrangeiro, condenação irrecurável por outro crime a pena privativa da liberdade, salvo o disposto no § 1º do Art. 71;

II - os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Desse modo, presentes todos os requisitos exigidos para a concessão do benefício ao apenado, este será outorgado, segundo o artigo 85, do CPM, em sentença na qual irá estipular condições que o condenado ficará

⁷² BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 394.

⁷³ CALÓN, Cuello. *La Moderna Penología*, Barcelona: Bosch, 1958, p.638 *apud* BITENCOURT, op. cit. p. 619.

⁷⁴ STJ- REsp- Rel. Vicente Cernichiaro- RT 734/65).

subordinado⁷⁵, no período em que a pena estiver suspensa, podendo este variar de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

As referidas imposições estipuladas não se encontram dispostas no Código Penal Militar e sim no artigo 608, §2º, do CPPM, sendo o descumprimento motivo ensejador para a revogação do benefício. Em sentido contrário, se cumpridas todas as exigências legais no prazo concedido, o chamado prazo de prova, haverá a extinção da pena, segundo dispõe artigo 87, do Código Penal Militar.

No entanto, diferentemente do Código Penal Comum, há uma vedação expressa, apriorística, para a concessão do benefício em tela pela Justiça Militar, conforme reza o artigo 88, do CPM, restrição esta em total dissonância com o texto constitucional vigente.

Art. 88. A suspensão condicional da pena não se aplica:

I - ao condenado por crime cometido em tempo de guerra;

II - em tempo de paz:

a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, **ou de deserção**;

b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, ns. I a IV. [grifei e sublinhei]

Ora, a vedação no crime de deserção em tempo de paz, tal como outros delitos, não objetos do presente estudo, ferem o princípio da individualização da pena e, sobretudo, o da proporcionalidade, especialmente pela pequena lesividade do delito e, portanto, a desproporção à sanção aplicada.

⁷⁵ Art. 85. A sentença deve especificar as condições a que fica subordinada a suspensão.

A vedação encontrava respaldo no ano de 1969, período de grande conflito interno, no qual segundo o governo tinha-se a necessidade efetiva de se manter disposta a força armada na defesa da Pátria. Dessa forma, mantinha-se coerente aquele pensamento de um sancionamento elevado, e, sobretudo, um total aprisionamento do desertor, gerando um temor na prática do crime.

Ressalta-se que, no crime em questão, há uma prisão cautelar quando da captura ou da apresentação do desertor por 60 dias ou até o julgamento.⁷⁶ Tal prisão explica-se também pelos motivos acima expostos, visto que o procedimento é especial e tem tramitação rápida, em regra, inferior ao prazo supracitado, ou seja, o encarceramento era o objetivo.

Nunca é demais lembrar que a Justiça Militar encontra respaldo na hipótese de defesa da Pátria, de seus princípios disciplinadores e das Instituições Militares, os quais se resumem no respeito, sobretudo da hierarquia e disciplina militar.

Vigilante e inflexível, imparcial e serena, meticulosa na elaboração processual, rígida nos seus julgamentos e exata e exemplar nas suas sentenças, a nossa Justiça Militar vem concorrendo para que se não partam os elos da disciplina[...] como legítima expressão do seu poder militar e como genuína representantes dos princípios secularmente esposados e definidos pela sua nobre e invariável política internacional.⁷⁷

No entanto, o momento atual é outro, de paz, sob a égide de uma Constituição garantista, que tem como fundamento maior da República a dignidade da pessoa humana, cujo pilar se perfaz nos direitos e garantias fundamentais dispostos no artigo 5º e em todo o texto constitucional.

⁷⁶ CPPM. art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.

⁷⁷ SERRAT, Matheus Monte. A Justiça Militar. *Revista de Processo*. V.15. nº 57. Janeiro-Março de 1990, p. 215.

2.2 Afronta a princípios constitucionais no crime de deserção

O Direito encontra-se inserido na sociedade e sua cultura, desde os primórdios, através de normas vigentes que refletem as condições sociais da época e orientam as ações, as condutas e expectativas dos indivíduos, por meio de seus valores, fins e crenças formadoras de uma consciência jurídica, tornando o Direito um instrumento institucionalizador de comandos normativos.

Nessa seara normativa encontra-se o Direito Penal Militar, como direito especial regulador de condutas que afetem a hierarquia e disciplina da Instituição Militar, como também, garanta o bem-estar na caserna. Esse ramo do Direito caracteriza-se como item de extrema relevância do direito penal especial, notadamente, no que tange as suas penas, tendo em vista que, a partir da disposição e aplicação destas, o mesmo se insere no âmbito dos Princípios Gerais do Direito comum e dos direitos fundamentais, alterando suas aplicações de acordo com a particular função tutelar que cumpre.

No Brasil, tais direitos e princípios, sucessivamente, integram o bojo dos textos constitucionais e apresentam-se como balizadores da República Federativa, valendo ressaltar que, a efetividade desses, sempre foi condicionada estrutura política nacional do período histórico vigente⁷⁸. Tal assertiva, melhor vislumbra-se, no período em que o país vivia sob regime ditatorial, onde os direitos dos cidadãos eram discrepantemente infringidos à sombra das Constituições e Atos Institucionais constituídos pelos governantes militares, suscitando a estes um poder cada vez maior de punir, além de um absoluto antagonismo entre os textos constitucionais e os atos perpetrados.⁷⁹

⁷⁸ TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 13 ver

⁷⁹ *Ibidem* p.13.

Hodiernamente, não mais se permite, pela vigência de um Estado Democrático de Direito, que haja possibilidade de existência do Direito Penal Militar afastando-se do texto constitucional.

É latente, a discrepância do direito especial e a Lei Magna quando se analisa o delito militar de deserção, tipificado no artigo 187, do Código Penal Castrense, o qual em seu procedimento apresenta o instituto da prisão cautelar de forma apriorística e, no cumprimento da pena privativa de liberdade, em regime integralmente fechado e sem a possibilidade de se obter o benefício do sursis.

Anteriormente, as medidas penalizadoras impostas pelo Código Penal Castrense ao referido crime, encontravam respaldo na conjuntura em que este foi publicado, período esse de grande subversão interna. Assim, mantinha-se a ideia de rigor sobre os militares, com o intuito de evitar sua fuga para compor a força inimiga, o que suscitava um imenso temor quanto à reprimenda do delito, na esteira do que propugna as teorias da prevenção geral e especial da penal, as quais, em síntese, objetivam o impedimento da prática do crime (evasão militar), pelo temor da pena ao delinquente e a toda sociedade.

Nessa senda, corroborando a assertiva acima mencionada, vale mencionar, o entendimento doutrinário de Foucault⁸⁰, o qual, em sua obra *vigiar e Punir* preceitua que:

É preciso anular os efeitos das repartições indecisas, o desaparecimento descontrolado dos indivíduos, sua circulação difusa, sua coagulação inutilizável e perigosa; tática de antideserção, antivadiagem, antiaglomeração. Importa estabelecer as presenças e as ausências, saber onde e como encontrar os indivíduos, instaurar as comunicações úteis, interromper as outras, poder a cada instante vigiar o comportamento de cada um, apreciá-lo, sancioná-lo, mediar as qualidades ou os méritos. Procedimento portanto, para conhecer, dominar e utilizar. A disciplina organiza um espedro analítico.

⁸⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. Ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2007, p. 123.

No entanto, atualmente, o país vive outro período de sua história, baseado no respeito aos direitos e sociais de toda e qualquer pessoa e principalmente na paz social, cujos alicerces repousam na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa, na conformidade com texto constitucional.

Dentre os direitos retromencionados, a Constituição Federal assegurou, em sede criminal, tais garantias quais se apresentam imperativos na Ordem Jurídica Pátria, afirmação que se ratifica pelo entendimento jurisprudencial abaixo:

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se evitem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.⁸¹

Dessa forma, mesmo com a expressa proteção constitucional aos direitos fundamentais do cidadão e aos princípios constitucionais, no âmbito militar, ainda aplicam-se regras restringindo tais garantias, como é o caso da vedação da suspensão condicional da pena no crime militar de deserção, em tempo de paz, prevista no artigo 88, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar, dispositivo este, que fere os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, princípio da individualização da pena e, sobretudo, o da proporcionalidade e da razoabilidade, especialmente pela pequena lesividade do delito e, portanto a desproporção à sanção aplicada.

A referida vedação, imposta pelos diplomas legais militares, hoje em tempo de paz, afasta-se do fundamento hierárquico e disciplinador, ao situá-lo em primeiro plano na organização castrense, em detrimento da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e da individualização da sanção penal, ainda que

⁸¹ STF, HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006.

se possa admitir que, aqueles princípios, em conjunto com os instrumentos disciplinadores das tropas, se traduzam no espírito das Forças Armadas.

Não se quer descurar, que as Forças Armadas, segundo o artigo 142 da Lei Maior, constituem-se pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, possuindo preceitos e bens jurídicos próprios e exercendo função permanente e específica. Tal organismo militar age fielmente, segundo obediência hierárquica e disciplinar imposta aos seus soldados, mostrando-se, em necessários momentos, sem que haja generalização descontextualizada, capaz de superar a própria individualidade na defesa de seus preceitos, que aparecem como instrumento de controle, tendo em vista que, sem eles, considerar-se-iam inaptas a realização do dever de defesa da pátria, bem como da manutenção da lei e da ordem.⁸²

A aplicação dos mencionados princípios castrenses na ordem jurídica brasileira, estão regulados a partir da Lei 6.880/80, a qual dispõe, em seu artigo 14, caput que “a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.”

Assim, esses fundamentos institucionais, além de representarem os princípios gerais do Direito Militar, também se apresentam como poder-dever de punir, tendo em vista que, pela disciplina rigorosa e pelos deveres impostos aos militares pelo comando, considera-se a desobediência (artigo 301 do CPM) e insubordinação (artigo 163 CPM), crimes de grave ofensa perante as Instituições Militares.

Destarte, também dispostos no artigo 14, §§ 1º e 2º, da lei supracitada, apresenta-se indispensável conceituar hierarquia e disciplina, segundo o artigo abaixo colacionado:

§ 1º - A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se

⁸² FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de Ilícitude*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 21.

faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

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

Dessa forma, sem seus preceitos hierárquicos acima mencionados, as Forças Armadas não passariam de um bando armado, em que, a superioridade é imposta pelo direito da força, onde o subordinado poderia discutir a ordem do seu superior hierárquico, resultando em um perigo para a tranqüilidade do Estado, ao invés de ser a garantia de sua existência, como alude Sérgio Alves Confortto:

Só a disciplina mantém a coesão, possibilita a vitória sobre o medo. Só o respeito à hierarquia impede que alguém armado se transforme em uma besta-fera ou em um covarde ao ver companheiros caindo, explosões se sucedendo, gritos, desespero. São antigos os códigos legais relativos aos militares. Desde há muito tornou-se imprescindível que houvesse leis especiais que punam com rigor a deslealdade, a covardia, a rebelião, o medo. Como em qualquer agrupamento humano, encontra-se no meio militar bons (grande maioria) e maus elementos. Tal como na vida em sociedade de civis, é essencial coibir por meio das leis, processos, julgamentos e sentenças pré-codificados a ação do malfeitor no permanente interesse do bem comum.⁸³

No entanto, a existência desses princípios e sua efetivação não devem pressupor infringência constitucional, analisando-se o contexto vivenciado, como aquela abarcada pelo dispositivo que veda a suspensão condicional da pena ao desertor, ainda que se fundamente a restrição nos preceitos máximos da organização militar, não pode deixar o cidadão como bem jurídico secundário, em detrimento das FFAA, cominando-lhe uma rigorosa pena e restringindo a aplicação do referido benefício penal.

⁸³ CONFORTTO, Sérgio Alves. A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. *STM em Revista: Justiça Militar da União*. Ano 2. n.º 2. Jul- Dez de 2005, p 8.

Argumenta-se, ainda, na seara castrense, que o aprisionamento decorrente da aplicação da pena ao delito de deserção, é aplicável em decorrência da defesa dos interesses da caserna, tendo em vista que, o delito em estudo configura ofensa franca ao dever militar, não se prestando em momento algum, ao benefício da suspensão condicional da pena ao réu, divergindo da legislação comum.

Assim, segundo o acima exposto, tem-se na Justiça Militar, a indubitável justificativa para a desmedida punição, no contexto de que, o infrator é punido para que esta sanção sirva de exemplo a todos os soldados que se encontram sob o manto da disciplina, como forma de inibir a prática de outros delitos e colocar em xeque as regras da caserna.

Ocorre que, há que se ter a devida ponderação entre os princípios aparentemente contrapostos, notadamente em tempo de paz, através da aplicação do princípio da proporcionalidade nos casos concretos, até porque, em regra, está em jogo a liberdade, bem jurídico fundamental, cuja topografia na Carta Magna, só se encontra atrás do bem jurídico vida.

Desse modo, quando se trata de Direito Penal e Processo Penal Militar, embora seja notória a competência da Justiça Militar, quanto aos crimes tutelados e a devida mensuração da hierarquia e disciplina militares, insta ratificar que, estão inseridos numa ordem jurídica em que a Constituição é o diploma supremo, devendo assim, serem observados os direitos e as garantias basilares nela assegurados ao cidadão, seja ele civil ou militar, sob pena de tal norma configurar-se como inconstitucional ou não recepcionada pelo texto constitucional.

Não será por usar farda que, o militar sofrerá afronta a seus direitos e garantias constitucionais. Diante de tal afirmação Otto Bachof em seu livro Normas Constitucionais Inconstitucionais?, vem corroborá-la ao lecionar que:

Existe uma hipótese em que a norma da Constituição pode afigurar-se inconstitucional: quando ela contrariar princípios transcendentais supralegais, acolhidos pela Constituição.⁸⁴

Consoante tal restrição, faz-se mister observar que o magistrado ao aplicar a norma em comento omite-se quanto à devida interpretação constitucional, vez que a vedação a concessão de sursis ao condenado por crime de deserção, o qual possui pena inferior a dois anos de detenção, patamar geral, vai de encontro, aos fundamentos do Estado Democrático de Direito e a Supremacia da Constituição, especialmente à individualização e proporcionalidade da pena.

É notório que, o estado constitucional, por caracterizar-se como um sistema aberto, não se resume apenas a análise individualizada, de forma estanque, dos dispositivos constantes no texto da Lei Maior e a letra fria da Lei, mas sim, em outros aparatos jurídicos como os princípios já mencionados, os quais devem ser considerados como alicerces de um sistema, tendo como função, apresentar o sentido interpretativo das normas jurídicas previstas neste.⁸⁵

Para melhor entender a força normativa dos princípios constitucionais, precisamos entender, ainda, que superficialmente, o conceito de princípios. De tal modo, na acepção de Daniel Sarmento:

Os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por consequência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um colorido axiológico mais acentuado do que as regras,

⁸⁴ BACHOF, Otto. Normas Constitucionais Inconstitucionais? trad, José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra:atlântica, 1977. *apud* SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p.34.

⁸⁵MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 545 *apud* TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.42.

desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam⁸⁶.

No ordenamento jurídico brasileiro encontram-se dentre os princípios constitucionalmente considerados, os implícitos e os explicitamente dispostos no cerne desta e devem ser vistos como fatores de concepção valorativa do constitucionalismo. Tais preceitos apresentam-se como instrumentos reguladores de normas legislativas e do processo de institucionalização do Direito, tendo em vista que estes decorrem do próprio sistema em que estão inseridos.

Nesse sentido a Constituição Federal assevera em seu artigo 5º parágrafo 2º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados”

Desse modo, estes princípios, por possuírem força normativa e interpretativa, não precisam sequer estar expressamente relacionados ao texto constitucional, mas sim se apresentar como ponderação moral do ordenamento jurídico, em termos de se configurar em imperativos de eticidade básica, relacionados à legitimação da Constituição⁸⁷.

Destarte, ineficiente se apresenta a antiga a noção de que os princípios, por possuírem traços de indeterminação, possuem valor suplementar no Direito, aos quais se recorria apenas na hipótese de lacuna legal. Contrariando tal entendimento, a doutrina contemporânea ratifica ao extremo a função normativa destes princípios, ressaltando ainda mais sua multifuncionalidade no âmago da Ordem Jurídica.⁸⁸

Os princípios, assim, por serem abstratos possuem aplicação sobre todas as searas do Direito, inclusive no âmbito Penal Militar. Todavia, faz-se necessário destacar que por diversas vezes os princípios constitucionais não são

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p. 42.

⁸⁷ TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 58.

⁸⁸ SARMENTO, Op. cit., p. 54.

observados pelo aplicador do direito, quando se descarta do texto constitucional ora vigente, como analisa-se em relação a vedação objeto deste estudo.

Portanto, no que se refere a restrição apriorística disposta no artigo 88, inciso II, alínea “a” do Código Penal Militar, acarreta séria e fundamentada hipótese de discussão sobre a não-recepção pelo texto constitucional ora vigente (inconstitucionalidade) de tal dispositivo legal, tendo em vista a análise generalizada e muitas vezes desigual criada perante o sancionamento do delito e a não concessão do benefício do sursis, o que acarreta explícita violação, também, ao princípio da igualdade⁸⁹

Logo, a vedação em tela, ainda que criada antes da atual constituição republicana, deve ser adaptada ao texto maior, visto que todo ordenamento jurídico deve ir ao encontro aos fundamentos jurídicos da igualdade de direitos, bem como da dignidade da pessoa humana, principalmente porque a idéia de cumprimento da pena na prisão não deve resumir-se ao castigo, através do encarceramento.

Em sentido contrário ao castigo per si, atualmente defende-se a ideia de que devem ser aplicados procedimentos que reduzam significativamente a dessocialização, fenômeno implicitamente imposto nas penitenciárias atuais e, também nas militares, pelo afastamento do convívio social e do processo educacional formal, quando se depara com jovens soldados. utilizando-se para tanto, a prisão como último recurso.

Aplica-se, em delitos com menores penas e sem violência ou grava ameaça à pessoa, os chamados substitutivos penais⁹⁰, dentre os quais encontram-se o sursis, reduzindo assim os arbitrários efeitos da privação de

⁸⁹ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5. tir. Curitiba, Juruá, 2006, p.25-26.

⁹⁰ SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. rev. e atual.. Curitiba, ICP; Lúmen Júris, 2008, p. 616-617.

liberdade, orientando a “promoção dos valores humanísticos superiores, subjacentes a ordem constitucional”.⁹¹

Estes contornos de igualdade e dignidade da pessoa humana juridicamente tutelados e incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pela Constituição Federal de 1988, reconhecem em seu bojo, sua devida aplicação, não às pessoas de determinada classe, nacionalidade ou etnia, mas de todo e qualquer indivíduo, pelo simples fato de pertencer à espécie humana, sem excetar-se, qualquer indivíduo, independente da gravidade dos atos por ele praticados.⁹²

Corroborando o acima mencionado, Miguel Reale define brilhantemente o princípio da dignidade da pessoa humana ao asseverar que:

Na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. O ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele. Nesse sentido, a pessoa humana deve ser concebida e tratada como valor-fonte do ordenamento jurídico, como assevera Miguel Reale sendo a defesa e promoção da sua dignidade, em todas as suas dimensões, a tarefa primordial do Estado democrático de Direito.⁹³

Assim, mostra-se flagrante a violação à dignidade humana quando da não aplicação do sursis no delito de deserção, praticado em tempo de paz, tendo em vista que tal medida considera o cidadão como ínfima e irrelevante parte da sociedade podendo este ver seus direitos e interesses sacrificados em virtude dos do Estado e de suas instituições como as Forças Armadas.

Além disso, o Direito Penal deve ser aquilatado, sobretudo pelo presença das sanções mais gravosas existentes no ordenamento jurídico, pela sua característica de subsidiariedade, utilizando-o somente quando esgotado

⁹¹SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1 ed. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p. 57.

⁹² Ibidem, p. 60.

⁹³ REALE, Miguel. A Pessoa, valor-fonte fundamental do Direito, in Nova Fase do Direito Moderno. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 59-69 apud SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3ª tir. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003, p. 59.

todos os meios disponíveis para o enfrentamento do problema existente, cuja premissa deve ser estendida também na escolha da forma de execução da pena, a fim de se obter a paz social desejada sem comprometer os direitos fundamentais como a liberdade.

Assim, deve-se considerar que “as sanções de natureza penal atingem especificadamente a liberdade do réu - e, portanto, sua dignidade -, a aplicação generalizada e precipitada de tais sanções lesaria frontalmente os fundamentos da Constituição”.⁹⁴

A ponderação dos interesses sociais e valorização das garantias fundamentais através dos princípios constitucionais deve ser realizada casuisticamente como forma de efetivação de direitos e garantia da ordem jurídica.

A Carta Magna, não por outro motivo, além de assegurar os direitos e preceitos constitucionais, atua no legítimo interesse da justiça social como importante instrumentos da Ordem Jurídica brasileira na atuação da limitação ao *ius puniendi* estatal, cuja maior expressão encontra-se no princípio da legalidade, tendo em vista que Direito Penal como controle social formal, num Estado de direito, não pode ser desenfreado, arbitrário e sem limites. É evidente que esse controle deve estar submetido, no plano formal, ao dito princípio, ou seja, as condutas sancionadas devem estar subordinadas a leis gerais e abstratas que disciplinem as formas de seu exercício, devendo servir, no plano material, a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, como a liberdade.⁹⁵

Outro princípio a ser relevado quando se trata de Direito penal Militar e que figura como um dos fundamentos desse trabalho, é o da proporcionalidade ou da proibição do excesso, que tem apresentação na Ordem Legal, como um dos pilares da Justiça Penal brasileira, já que, é imperioso que se faça um juízo

⁹⁴ TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 136.

⁹⁵FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 51.

de ponderação entre o bem lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguma pessoa possa ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em conseqüência, uma inaceitável desproporção.

Assim, segundo Bento Faria:

A pena há de consistir na ameaça de um mal como meio tutelar a ordem jurídica com a finalidade de reprimir e prevenir a criminalidade. [...] adequada e idônea, isto é, psicologicamente proporcional ao crime. [...] A pena portanto nem deve ser excessiva, para não correr o risco de se transformar em crueldade ilegítima, nem demasiadamente branda para não se tornar ilusória, em detrimento da justiça [...] E o critério político para se obter esse equilíbrio [...] só encontra ampla superfície na individualização penal, ou seja, a personalização das penas⁹⁶.

O princípio da proporcionalidade tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, “pois é com os olhos nele que, tanto o legislador, como o juiz, realiza a aferição dos valores para uma razoável e adequada cominação da pena (o legislador) e uma necessária e suficiente fixação da pena (juiz)”.⁹⁷

A expressão proporcionalidade é uma exigência substancial em um Estado Democrático de Direito, possuindo um sentido literal de equilíbrio e um juízo implícito de relação harmônica entre duas grandezas, a severidade da pena cominada e a gravidade do ilícito em que incorreu o agente. Cabe ressaltar que, a proporcionalidade envolve-se em um manto ainda maior de abrangência, “atuando como fator limitador em duas etapas da criminalização: na atividade

⁹⁶ FARIA, Bento de. Código Penal Brasileiro (Comentado). Rio de Janeiro: Record, 1961.5-6 *apud* ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388/Princ%3%adpio_da_individualiza%3%a7%3%a3o_da_pena.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2009.

⁹⁷ ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. BDJur. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388/Princ%3%adpio_da_individualiza%3%a7%3%a3o_da_pena.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2009.

legislativa, onde se afere a proporcionalidade abstrata, e na atividade jurisdicional, onde se afere a proporcionalidade concreta”.⁹⁸

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, a instância excelsa das franquias democráticas, tem afirmado e consolidado, em centenas de julgados, a alta magnitude do princípio sob enfoque. Citem-se, para fins de ilustração, o elucidativo voto do Min. Gilmar Mendes:

A aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a um determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...)há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se, em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto a produzir o resultado almejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto).⁹⁹

Tal princípio condiciona uma função legiferante, através do exame das máximas, onde meios adequados para promover o fim, devem ser os menos restritivos aos direitos fundamentais e, as vantagens que promove, devem superar as desvantagens que provoca, evitando assim, que a pena traga consigo cargas punitivas e efeitos colaterais excessivos em relação aos resultados obtidos.¹⁰⁰

Em outras palavras, o também denominado princípio da proibição de excessos, funciona como meio controle dos atos estatais, para que haja a manutenção desses dentro dos objetivos da lei e sejam adequados aos fins colimados, devendo-se pautar a extensão e intensidade dos atos infracionais cometidos, levando-se em conta a gravidade da consequência, o que dará, a

⁹⁸ TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 152.

⁹⁹ STF, Tribunal Pleno. IF 2915/ SP- Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 03/02/2003.

¹⁰⁰ TAIAR, Op. cit., p.153.

efetiva proporcionalidade entre a conduta examinada e a aplicação da norma infringida, usando essa, então, de modo sensato e objetivo.

No entanto, a referida moderação do meio empregado na reprimenda do delito, não se estabelece nos limites da pena do crime de deserção e na vedação, de forma absoluta, da concessão do sursis.

Não há dúvidas de que a idéia de proporcionalidade é constantemente sufragada quando da ação penalizadora no supramencionado crime, onde a utilização do cânone em apreço mostra-se em caráter subsidiário frente aos interesses castrenses, gerando invariavelmente, em tempo de paz, a aplicação de restrições de direitos constitucionalmente assegurados.

Na forma como está disposta a vedação do sursis, sem qualquer ponderação, revela-se os princípios castrenses, como bens superiores á vida e a liberdade, contrariando os preceitos da mínima intervenção penal na vida dos indivíduos, agindo de forma enérgica na constrição e direitos fundamentais dos cidadãos.

Colocando na balança da justiça, de um lado os interesses das Forças Armada e do outro dos cidadãos, inserido nestes a vida digna, faz-se necessária reavaliar a restrição da suspensão condicional da pena e seus efeitos perante a sociedade, como instrumento necessário a evitar a possível dessocialização gerada pelo aprisionamento.

Em razão de o Direito Penal se constituir no meio de controle social mais drástico do ordenamento jurídico, necessita ser regulado por critérios aptos a dosar os mecanismos sancionadores que o caracterizam. Nesse sentido, o princípio em comento deve figurar como efetivo instrumento na imposição de limites ao *ius puniendi* estatal, aplicando as regras gerais, relativas à concessão do sursis do crime militar de deserção, sob o aspecto da proporcionalidade, como meio de proteção dos direitos do cidadão, tanto na tipificação dos delitos, como no estabelecimento das penas correspondentes, de sorte a proteger os direitos

fundamentais, sobretudo a liberdade, de restrições abusivas ou desnecessárias.

101

No direito pátrio, além dos princípios supramencionados, é indispensável na aplicação da pena observar-se um outro preceito constitucional, o princípio da razoabilidade, o qual, intimamente ligado ao da proporcionalidade, foi incorporado pela Constituição Federal quando em seu corpo assegurou-se o direito ao devido processo legal, previsto no artigo 5º, inciso LIV deste diploma legal.

Implicitamente previsto na Constituição Federal, tal princípio encontra como alicerce, o desempenho do mesmo papel do princípio da proporcionalidade ou proibição do excesso na designação da pena, o de servir como instrumento limitador dos atos estatais arbitrários. Portanto, através dessa razoabilidade, a ser considerada um imperativo de ordem pública, se faz necessário a particular apreciação das condições pessoais das partes, como juízo razoável das ações da estrutura jurídica, principalmente, quando se trata de um Estado democrático de Direito baseado numa concepção garantista que defende um Estado penalmente mínimo (pena como *ultima ratio*).

Assim, o princípio supramencionado encontra fundamento na adequação e na menor ingerência possível na esfera de liberdade do indivíduo,, primando pela medida do justo e do razoável na formulação das normas penais, ponderando valores espirituais e morais intrínsecos à pessoa humana, carente de corrompidas influências e inspiração de âmbitos anacrônicos da comunidade jurídica.¹⁰²

O campo de aplicação do princípio da razoabilidade é muito extenso, podendo ser invocado não somente para garantir a harmonia da atividade

¹⁰¹ TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p.152.

¹⁰² ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. *BDJur*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388/Princ%c3%adpio_da_individualiza%c3%a7%c3%a3o_da_pena.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2009.

processual, como também, e inclusive, para o controle dos atos do Poder Público em geral. Essa razoabilidade, esperada na aplicação da pena a ser cominada, incumbe aos magistrados na análise de cada caso, como meio de suplementar a missão do legislador na incidência do direito positivado e suas sanções, aplicado-o conjuntamente com a medida necessária para torná-las legítimas e eficazes.

Como ensina Cesare Beccaria:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quando mais sagrada dor a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.¹⁰³

Nesta esteira, também se encontra o princípio da individualização da pena, uma vez que a mensuração da pena ao caso concreto se contrapõe às concepções abstratas e genéricas do *jus puniendi* estatal e afasta a possibilidade de expansão da pena de forma desnecessária e a extensão desta a pessoas estranhas ao delito. Neste mesmo diapasão, a individualização da pena, consiste no fato de que na condenação penal o juiz deve sopesar a pessoa do apenado em sua conjuntura, em seu contexto de vida, bem como, deve avaliar as circunstâncias essenciais do delito, impedindo que sobre o sentenciado sejam desferidos atos discriminatórios de qualquer natureza, como fundamento para exasperação da pena.¹⁰⁴

Como assevera Luis Flávio Gomes¹⁰⁵:

A pena é individualizada porque o Estado- Juiz, ao fixá-la, está compelido, por norma cogente, a observar as circunstâncias judiciais, ou seja, os fatos objetivos e subjetivos que se fizeram presentes à época do procedimento criminalmente condenável. Ela o é não em relação ao crime considerado abstratamente, ou seja, ao tipo definido em lei, mas por força das circunstâncias reinantes à época da prática. Daí cogitar o artigo 59 do Código Penal que o juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos,

¹⁰³ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002, p. 20.

¹⁰⁴ ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. *BDJur*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388/Princ%c3%adpio_da_individualiza%c3%a7%c3%a3o_da_pena.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2009.

¹⁰⁵ GOMES, Luis Flávio; Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 715.

às circunstâncias e conseqüências do crime, vem como ao comportamento da vítima, estabelecerá conforme necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, não só as penas aplicáveis dentre as cominadas (inciso I), como também o quantitativo (inciso II), o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade [...] e a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

A regra contida no Código Penal Militar, em seu artigo 88 inciso II alínea “a”, veda a suspensão condicional da pena privativa de liberdade na hipótese de condenação pelo delito militar de deserção de forma generalizada e descontextualizada, com os limites da pena, o que não se compatibiliza com o princípio da individualização da pena, constitucionalmente assegurado pelo artigo 5º, inciso XLVI da Carta Maior, tornando-se assim, regra inaplicável perante o ordenamento Jurídico Pátrio.

Além disso, o princípio da individualização da pena está intimamente ligado ao da proporcionalidade, onde a vedação em análise mostra-se em total afronta ao texto constitucional garantista, tendo em vista a necessidade de haver uma análise entre o bem objeto da lesão e a pena cominada ao indivíduo, cujo respeito se mostrará quando eleita a pena necessária e adequada ao caso concreto, dentro dos parâmetro mínimo e máximo da pena sancionada e, ainda, na forma pela qual será esta executada.

Numa outra vertente, mostra-se discrepante a idéia de que legislação militar considere o crime de deserção em tempo de paz, como delito de maior lesividade e importância dentre os demais militares, como é o caso, quando comparamos com o de tráfico ilícito de entorpecente, considerado pela legislação comum como hediondo, que se aplicada a pena mínima, possibilitará, inclusive, a suspensão condicional da pena.

Segundo essas diretrizes impostas pelos princípios constitucionais, mostra-se necessária e premente que o aplicador do direito possa interpretar o artigo em tela a partir do texto constitucional, o que possibilitara, em tempo de paz, a aplicação do sursis, em regra, nos processos penais em curso.

Nesta senda, como leciona o jurista Rogério Taia¹⁰⁶:

Nenhuma disposição legal, de qualquer hierarquia, pode ignorar as orientações guardadas na Constituição Federal, sob pena de gerar violação das piores ordens para o organismo estatal e a sociedade. As leis, em sua totalidade, são desdobramentos dos princípios constitucionais os quais perpassam o arcabouço jurídico desde a Carta Magna às disposições mais corriqueiras, dando coerência ao sistema.

Diante da complexidade contemporânea, a legitimação do Estado Democrático de Direito, deve suplantar a mera democracia formal para alcançar a democracia material, na qual, os direitos fundamentais devem ser respeitados, efetivados e garantidos, sob pena da deslegitimação paulatina das instituições estatais¹⁰⁷, principalmente dos processados criminalmente pela peculiar situação que ocupam.

Partindo do Direito Penal como ultima *ratio*, a regulamentação de condutas deve se ater a realização dos princípios constitucionais da Ordem Jurídica, impedindo assim violações as garantias penais que, se apresentam de suma importância para a compreensão de direito penal mínimo adotado pelo garantismo.

É irrefutável o argumento que se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que geradas institucionalmente pelo direito penal.¹⁰⁸

¹⁰⁶TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 55.

¹⁰⁷ ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 86.

¹⁰⁸ FERRAJOLI, Direito e Razão: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 343 apud ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 129

O aprisionamento do condenado além de sofrer com o isolamento da sociedade e família, ainda suporta os fatos decorrentes das deficiências prisionais, as quais acarretam ao encarcerado a falta de privacidade devido a superpopulação carcerária, deficiência de alojamento e de alimentação, maus-tratos verbais, condições deficientes de trabalho, além do ambiente com flagrante falta de higiene o que pressupõe a manifesta violação aos princípios constitucionais, principalmente no que concerne a dignidade da pessoa humanas e aos efeitos criminógenos da segregação de um indivíduo do seu meio social.¹⁰⁹

Por fim, vale ratificar que as normas, embora emanadas de uma Justiça Especializada, devem corroborar pilares do Estado Democrático de Direito presentes em nossa Lei Maior, trabalhando para que seja concretizado o ideal garantista de um Direito socialmente máximo e penalmente mínimo, onde as sanções não gerem sofrimento maior do que o necessário para a efetivação da necessária atividade punitiva.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.p. 156.

3. DAS PENAS E SUA EXECUÇÃO

3.1 Regras de Tóquio sobre Penas e Medidas Alternativas

A pena privativa de liberdade, desde sua origem, vem apresentando diversos problemas, principalmente no que concerne à violência, às condições insalubres das penitenciárias, à superpopulação carcerária, bem como a corrupção do sistema, fatores que suscitam a falência do sistema carcerário nacional, fazendo com que a pena, a qual deveria ter caráter ressocializador, acabe trazendo enormes prejuízos à recuperação do apenado, inclusive aproximando-o da prática de novos crimes, o que acaba por redundar na reincidência.¹¹⁰

Nesse sentido, a ilustre doutrina abaixo colacionada ratifica tal assertiva:

O Estado revela-se absolutamente incompetente diante da questão penitenciária.

¹¹⁰ ESTEVES, Maria Fernanda de Lima. Penas Alternativas e o Direito Penal Militar. *Jus Militares*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=168>> .Acesso em: 17 de Novembro de 2009.

É preciso anotar, ainda, que, modernamente, para punir os crimes mais graves a pena aplicada com maior freqüência é a de prisão, e, "ingressando no meio carcerário, o sentenciado se adapta, paulatinamente, aos padrões da prisão. Seu aprendizado nesse mundo novo e peculiar, é estimulado pela necessidade de se manter vivo e, se possível, ser aceito no grupo. Portanto, longe de estar sendo ressocializado para a vida livre, está, na verdade, sendo socializado para viver na prisão. É claro que o preso aprende rapidamente as regras disciplinares na prisão, pois está interessado em não sofrer punições. Assim, um observador desprevenido pode supor que um preso de bom comportamento é um homem regenerado, quando o que se dá é algo inteiramente diverso: trata-se apenas de um homem prisionizado".¹¹¹

Teoricamente a pena tem como características, além da função repressiva, os fins retributivo, humanitário e ressocializante do condenado. Todavia, da forma como as coisas caminham, hoje a pena é de ser tida apenas e tão-somente como expiação. Castigo severíssimo para determinadas infrações de menor gravidade. Portanto, de pouco sentido útil, já que desobediente aos dogmas ético, humano e ressocializador".¹¹²

Em decorrência dessa realidade que ocorre em nível mundial, novos contornos punitivos vêm surgindo, no cenário internacional, com o intuito de que sejam efetivamente reconhecidos e aplicados direitos que correspondem a um Direito Penal fundamentado nos Direitos Humanos, com a devida adequação aos preceitos da proporcionalidade, sobretudo, dentro do viés da necessidade, com a primazia das penas não-privativas de liberdade como sanção penal, em razão dos efeitos deletérios e regressivos da pena privativa de liberdade.

Ao que tudo indica, entretanto, esse não tem sido o sentido histórico da política penitenciária nacional. O fato de que a esmagadora maioria dos recursos federais destinados para este setor tem sido gasta com a construção de novos presídios demonstra a prevalência de uma agenda bem mais estreita, preocupada antes de tudo com o confinamento de pessoas. Pode-se decorrer disso uma sensação imediata de maior segurança, mas os números dizem que essa é uma sensação meramente ilusória. Quando os níveis de reencarceramento ultrapassam a casa dos 60%, não há como negar que as prisões continuam sendo uma das maiores fontes de violência instaladas na sociedade brasileira,

¹¹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *O Crime e a pena na atualidade*. São Paulo : Ed. RT, 1983. p. 158 *apud* MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

¹¹² MARCÃO, Renato; MARCON, Bruno. Rediscutindo os fins da pena . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2661>>. Acesso em: 21 nov. 2009.

por mais que isso não seja claro quando de fora delas avistamos apenas muros e guaritas (Sá e Silva, 2007)¹¹³

Através dessa premissa, no dia 14 de dezembro de 1990, foi adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, através da resolução 45/110, as denominadas Regras de Tóquio, elaboradas a partir da discussão mundial sobre o apenamento dos delinquentes em meio aberto, com enfoque na preservação da liberdade, dentro da necessidade de elaborar regras eficazes no combate à criminalidade e reincidência, sempre em respeito ao binômio prevenção da criminalidade e aprimoramento no tratamento dos acautelados.¹¹⁴

Essas regras, também denominadas de Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, emergiram como forma de contraposição à antiga postura do sistema penal “que tratava o delito como uma ofensa ao Estado, punida de forma severa, funcionando a severidade da pena como fator inibidor da ocorrência de novos crimes e elemento retributivo, dirigido à pessoa do delinqüente”¹¹⁵.

Sendo notório o desrespeito aos homens, perpetrados pelos estados quando da deflagração da 2ª guerra mundial, houve a necessidade de se estabelecerem regras mínimas no tratamento dispensado aos seres humanos, as quais, no dia 10 de dezembro de 1948, dentro do consenso dos estados soberanos, foram aprovadas, na assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução de número 217 A (III) que proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual reconheceu a dignidade como pilar da liberdade, da

¹¹³ Ministério da Justiça. Diretrizes da execução penal. Disponível em: <www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID9DBD6DCA42934BBEB3799BE849A1AE82PTBRIE.htm>. Acesso em: 18 de novembro de 2009.

¹¹⁴ Resolução 45/110- Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Regras%20Minimas%20das%20Nacoes%20Unidas%20Regras%20de%20Toquio.htm>>. Acesso em: 16 de novembro de 2009.

¹¹⁵ CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. As regras de Tóquio e as medidas alternativas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3118>>. Acesso em: 19 nov. 2009.

Justiça e da paz, sendo um marco na seara internacional para a aplicação das penas alternativas.¹¹⁶

Desde então, foram aprovadas diversas resoluções consoantes ao tratamento dos reclusos, como, por exemplo, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966), as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (1955), a Resolução 8 do Sexto Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (1980), bem como a Resolução 16 do Sétimo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes (1985), as quais versam sobre métodos alternativos à prisão, redução do número de presos e a reinserção dos delinquentes na sociedade.¹¹⁷

Porém, as Regras de Tóquio configuram o documento internacional de maior relevância no que concerne a penas e medidas alternativas, fundamentando-se na ideia de que tais sanções, empregadas como formas de substituição da pena privativa de liberdade, estabelecem um “meio eficaz de tratar os delinquentes no seio da coletividade, tanto no interesse do delinquente quanto no da sociedade”¹¹⁸

Ao tratar das penas não-privativas de liberdade, faz-se imperioso a conceituação destas medidas punitivas a partir de uma visão doutrinária. Dessa forma, segundo Damásio Evangelista de Jesus¹¹⁹:

Seguiu-se a prática comum de denominar-se de “não-privativas de liberdade” ou “alternativas” as sanções e medidas que não envolvem a perda de liberdade. Isso, todavia, não deve ser interpretado como se

¹¹⁶ GOMES, Luis Flávio; Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 823.

¹¹⁷ Resolução 45/110- Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Regras%20Minimas%20das%20Nacoes%20Unidas%20Regras%20de%20Toquio.htm>>. Acesso em: 16 de novembro de 2009.

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 217.

significasse que a perda de liberdade ou a prisão seja a principal sanção penal e que as medidas ou sanções que mantêm o delinqüente na comunidade sejam secundárias ou menos importantes do que a prisão. Ao contrário, a evolução da opinião mundial com referência aos problemas relacionados às penas de prisão tem criado um crescente interesse em encontrar meios eficientes para ajudar os delinqüentes dentro da comunidade, sem recorrer à prisão.

Embora as regras em tela não possuam caráter de lei diante do ordenamento jurídico, faz-se necessário levar em consideração o relevante caráter interpretativo constante em suas normas e a imensa proeminência que essa possui na influência do Direito interno¹²⁰ brasileiro, máxime pelo comando do art. 7º do Código Penal Militar, abaixo:

Art. 7º Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira.

O próprio Ministério da Justiça reconhece o caráter de adesão do Brasil ao referido tratado e o devido reconhecimento que se quer dar aos preceitos nele descritos, conforme se extrai de informação constante do site próprio:

A aplicação das penas e medidas alternativas volta à pauta de discussões com a elaboração das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, as chamadas Regras de Tóquio, recomendadas pela ONU a partir 1990, com a finalidade de se instituírem meios mais eficazes de melhoria na prevenção da criminalidade e no tratamento dos delinqüentes.¹²¹

Corroborando a análise dos mecanismos internacionais relativos à matéria e ao acima descrito, cabe observar que, nossa Constituição Federal, como Lei Maior baseada na dignidade da pessoa humana e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, informa tais conteúdos, principalmente “na proibição da sanção capital e respostas penais degradantes, cruéis e perpétuas,

¹²⁰ GOMES, Luis Flávio; Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 825.

¹²¹ *Ministério da Justiça*. Penas Alternativas: evolução. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ47E6462CITEMID38622B1FFD6142648AD402215F6598F2P TBRNN.htm>. Acesso em: 18 de novembro de 2009.

sob as regras da individualização, proporcionalidade e racionalidade”¹²². Assim no artigo 5º inciso XLVI, a CF dispõe que:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

As regras em comento ratificam o entendimento de FOUCAULT, quando o mesmo afirma que o cárcere, além de não atenuar a taxa de criminalidade, provoca reincidência e ainda, patrocina a criação de uma verdadeira fábrica de delinquentes, que, excluídos da sociedade, organizam-se, com o intuito do cometimento de futuros delitos, fabricando criminosos, principalmente quando gera a miséria na família dos reclusos.¹²³

Nessa senda, as medidas não-privativas de liberdade apresentam-se como uma necessidade que emerge a partir do juízo de que:

Não restringem, tanto quanto a prisão, a liberdade do delinqüente. Este não precisa deixar sua família ou comunidade, abandonar suas responsabilidades ou perder seu possível emprego. Apesar disso, os delinqüentes submetidos a medidas não-privativas de liberdade podem ficar sujeitos a várias condições, restrições e exigências. Para executar uma medida não privativa de liberdade, as autoridades competentes devem ter o poder de exigir que os delinqüentes obedeçam determinadas condições e que se abstenham de certas atividades.[...]

¹²² JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 241-242.

¹²³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2007, p. 234.

Além disso, à desobediências as condições impostas pode ter graves conseqüências para o delinqüente, como, por exemplo, a prisão.¹²⁴

Desse modo, segundo as Regras de Tóquio, quando a autoridade competente substitui a pena privativa de liberdade por penas e medidas alternativas ao delinqüente, deve impor as seguintes medidas:

- a) Sanções verbais, como a admoestação, a repreensão e a advertência;
- b) Manutenção em liberdade antes da decisão do tribunal;
- c) Penas privativas de direitos;
- d) Penas econômicas e pecuniárias, como a multa e o dia de multa;
- e) Perda ou apreensão;
- f) Restituição à vítima ou indenização desta;
- g) **Condenação suspensa ou suspensão da pena;**
- h) Regime de prova e vigilância judiciária;
- i) Imposição de prestação de serviços à comunidade;
- j) Afectação a um estabelecimento aberto;
- k) Residência fixa;
- l) Qualquer outra forma de tratamento em meio aberto;
- m) Uma combinação destas medidas.¹²⁵ [Grifei]

Por conseguinte, a suspensão das penas ao apenado, segundo a resolução 45/110 da ONU, deve ter como fundamento as circunstâncias judiciais, como os antecedentes e a personalidade, por exemplo, os motivos e circunstâncias do delito.¹²⁶

No entanto, as penas não-privativas de liberdade, consideradas regras de vigilância, devem ser justapostas de acordo com o grau de necessidade do caso concreto, onde devem ser observados a privacidade do apenado e os direitos humanos, como fundamental preceito na busca da justiça social. Dessa forma, considera-se que:

Em conjunto, essas Regras estabelecem que a vigilância ou a supervisão, não deve ser levada a efeito de forma que moleste os delinqüentes, ameace sua dignidade ou constitua intromissão em sua privacidade ou privacidade de sua família. Não devem ser empregados métodos de supervisão que tratem os delinqüentes unicamente como

¹²⁴ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p 217-218.

¹²⁵ Item 8.2 Resolução 45/110 da Organização das Nações Unidas.

¹²⁶ Item 13.3 Resolução 45/110 da Organização das Nações Unidas

objeto de controle. Não devem empregados métodos de vigilância sem o conhecimento do delinqüente.¹²⁷

É preciso que haja a devida compreensão dos anseios esperados pelas disposições constantes nas Regras de Tóquio, sobretudo pela necessidade efetiva de se diminuir a reincidência criminal não conseguida com a pena privativa de liberdade, pela comunidade militar, com a devida aceitação e participação por parte dos militares na facilitação de operacionalização, como também no controle das condições impostas pelo juízo.

Nenhuma sanção criminal, seja a de prisão, seja a alternativa, pode ter qualquer prosperidades sem o efetivo apoio da comunidade, que deve compreender o delito não como um fundamento isolado e resultante de um ser anormal, senão como um acontecimento inerente à convivência social.¹²⁸

Além disso, essas regras mínimas foram fomentadas para que possam ser aplicadas em uma gama de sistemas jurídicos e, para fomentar a justa e equitativa aplicação das punições a cada delito praticado, utilizando-se o critério da proporcionalidade como principal pilar de aplicação de medidas não-privativas de liberdade, devendo os estados aderentes se esforçarem para introduzir em seus respectivos direitos internos “medidas não privativas de liberdade no intuito de proporcionar outras opções para a redução das penas de prisão e racionalizar as políticas de justiça penal, tendo em consideração o respeito dos direitos humanos, as exigências da justiça social”¹²⁹, bem como, para conscientizarem os aplicadores do direito da importância de novas formas de enfrentamento das questões criminais, inclusive em interpretar as regras já existentes no ordenamento jurídico dentro das concepções das normas de Tóquio.

¹²⁷ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 237.

¹²⁸ GOMES, Luis Flávio; Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.826.

¹²⁹ Resolução 45/110- Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Regras%20Minimas%20das%20Nacoes%20Unidas%20Regras%20de%20Toquio.htm>>. Acesso em: 16 de novembro de 2009.

Com a visão esperada da diminuição das penas privativas de liberdade aos delitos efetivamente violentos e agressivos aos bens jurídicos que coloquem em xeque os preceitos essenciais à sociedade, concretiza-se o preceito da intervenção mínima do sistema penal na vida social, onde:

Para respeitar os direitos e liberdades fundamentais, a intervenção do sistema de Justiça Penal deve ser a mínima necessária para proteger a sociedade. Em consequência, as Regras de Tóquio, recomendam que em todos os casos a punição escolhida seja a menos intervencionista possível.¹³⁰

Consoante as premissas do Direito penal mínimo, “incentiva-se a cominação e aplicação das “alternativas penais”, que não se confundem, por seu turno, com a busca abolicionista de alternativas ao Direito Penal”¹³¹. De outro lado, não se esquece o devido respeito “às garantias mínimas” das pessoas que a elas se submetem, corroborando assim o princípio do devido processo legal.

Dessa forma, assim como as penas privativas de liberdade, as medidas alternativas ao aprisionamento devem ser consagradas observando-se essencialmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, como meio de concretizar os direitos constitucionalmente tutelados, em especial a liberdade, e assegurar a convivência social do condenado, evitando assim a reincidência do apenado pela internalização no mundo diferenciado das penitenciárias e no ócio e, em consequência, o afastamento do meio social e das possibilidades de ascensão social.

Diante do acima exposto, legitima-se a cogente necessidade de penas que não restrinjam a liberdade dos condenados, apresentando as penas alternativas como:

¹³⁰ JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 231.

¹³¹ Cid moliné; José; Larrauri Pijoan, Elena. *Penas alternativas a La prisión*. Cit, p. 17, nota 10, citado por Luis Flavio Gomes, Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal*: Parte Geral. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 825.

Medidas não-privativas de liberdade (entre elas a suspensão condicional da pena de prisão, a liberdade condicional, a prestação de serviços à comunidade, a obrigação de comparecer no centro de tratamento e licenças) têm por finalidade propiciar orientação e assistência ao delinqüente para sua reabilitação. Essas medidas baseiam-se na vigilância e seu elemento importante é a relação pessoal entre o supervisor e o delinqüente.¹³²

Destarte, mostra-se de extrema importância que os procedimentos de aplicação dessa espécie de pena e vigilância do apenado repassem a este o caráter útil e a esfera de responsabilidade que o mesmo deve demonstrar no respeito e cumprimento das condições impostas pelo juízo, sempre em consonância com a necessidade e utilidade da sanção penal.¹³³

Nesse diapasão, resta salientar que as penas alternativas são aplicadas para que o condenado não tenha que passar pela pena de prisão e pelos efeitos deletérios que a mesma provoca, tendo em vista não ser conveniente, justo e nem proporcional a total restrição da liberdade, como é o caso do crime militar de deserção, devendo, ser reservada apenas àqueles criminosos considerados perigosos e incorrigíveis perante a sociedade.

Logo, a suspensão condicional da pena deve ser aplicada como meio de punição e ressocialização do condenado, mantendo-o no seio da sociedade dos normais, a fim de concretizar a concepção de um Estado Democrático penalmente mínimo e socialmente máximo.

¹³² JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas*: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998. 2. Ed.. São Paulo: Saraiva, 2000, p.251.

¹³³ Item 1.1 da Resolução 45/110- Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade.

3.2 Execução das penas privativas de liberdade na Justiça

Militar

Ao discorrer sobre o instituto da execução penal mostra-se necessário conceituar o fundamento da pena, segundo o doutrinador Damásio de Jesus, com propriedade, é a “sanção afliativa imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração, como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”.¹³⁴

Baseados na função da pena, o Código Penal Comum e o Código Penal Militar dispuseram expressamente nos artigos 59 e 69, dos respectivos diplomas legais, os critérios de aplicação da pena, que atenderá os limites suficientes para a concretização de sua função.

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

Destarte, após a cominação da sentença penal condenatória e seu trânsito em julgado, inicia-se uma nova etapa processual, a execução penal. A fase de execução consiste em etapa do procedimento processual penal em que

¹³⁴ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5. tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 44.

se exerce a cominação constante “na sentença condenatória penal, impondo-se, efetivamente, a privativa de liberdade, a pena restritiva de direitos ou a pecuniária” cominada ao apenado.¹³⁵

Essa nova fase jurisdicional demonstra-se imprescindível, tendo em vista que concretiza os objetivos da pena e torna efetiva a pretensão punitiva do Estado. Assim reza Renato Marcão:

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. objetiva-se por meio da execução, punir e humanizar.¹³⁶

Desse modo, a pena deve retribuir, prevenir e ressocializar, sendo aplicada sempre em consonância com os Princípios Gerais do Direito e os direitos e garantias fundamentais previstos em nossa Lei maior, como forma de prevenir os arbítrios cometidos pelos órgãos punitivos.

Corroborando tal entendimento, Nucci leciona que:

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até porque, para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se, no Estado democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da retroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, com todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros).¹³⁷

Após o trânsito em julgado de sentença condenatória que impuser a pena privativa de liberdade, constituindo-se em título executório, (594, do Código de Processo Penal Militar e 674 do Código de Processo Penal) o juiz ordenará a

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 940.

¹³⁶ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

¹³⁷ NUCCI, op. cit. p. 944.

expedição da carta de guia para o cumprimento da pena, instrumento este que garante que a execução não ultrapassará os limites traçados.

Tanto na Justiça Comum, como na Justiça Militar, no que concerne à extração da carta de guia, sabe-se que, esta será extraída pelo escrivão e assinada pelo juiz (auditor), devendo comumente conter a data de início da execução da pena,¹³⁸ bem como sua duração e a qualificação do condenado, sendo remetida à autoridade competente para a execução da sentença, a qual deverá se restringir a esta.¹³⁹

Vale salientar que, no momento da expedição da carta de guia deve-se observar se o réu encontra-se em fase de cumprimento de outra pena anteriormente imposta, tendo em vista que a execução desta nova sanção só poderá ser iniciada após o término da outrora cominada.¹⁴⁰ Nesse contexto, deverá ser retificada a respectiva carta de guia, pela modificação dos elementos concernentes à carta de guia, como o início da execução e término da pena a ser aplicada, além de enviá-la ao Conselho Penitenciário, sendo concernente tal hipótese no âmbito da justiça militar, quando houver cumprimento de pena em estabelecimento prisional civil e o condenado não fizer jus ao sursis.¹⁴¹

Quanto ao condenado a que sobrevier doença mental, cabe salientar que, ratificada mediante perícia médica, aquele será internado em manicômio judiciário ou, à falta desse, em outro estabelecimento correspondente, onde lhe assegurem tratamento e custódia. Na hipótese de urgência, a autoridade correspondente tem a faculdade de decidir pela remoção do condenado,

¹³⁸ Na Justiça Comum, ao referir-se a carta de guia, o artigo 676, do Código de Processo Penal exige, além dos critérios previstos no diploma castrense, que conste a instrução, se constar, o número do registro geral do Instituto de Identificação e Estatística ou de repartição congênere.

¹³⁹ Vide art. 595 do Código de Processo Penal Militar e art. 676 do Código de Processo Penal.

¹⁴⁰ Vide art. 676, parágrafo único, do Código de Processo Penal e art. 597 do Código de Processo Penal Militar.

¹⁴¹ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5ª tir. Curitiba, Juruá, 2006, p.63.

comunicando tal providência ao juiz que, com base no laudo médico, ratificará ou revogará a medida.¹⁴²

Cumprida ou extinta a sanção, por meio de alvará judicial, o apenado será posto, imediatamente em liberdade, salvo nos casos em que, por motivo legal, seja indispensável mantê-lo preso.¹⁴³

No procedimento supradescrito, segundo Renato Marcão, nota-se que no âmbito da execução da pena:

A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal, constitui corolário lógico da integração existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.¹⁴⁴

No entanto, quando se trata de execução penal, o Direito Penal Militar apresenta regras que não convergem às aplicáveis aos crimes cometidos na seara comum, notadamente as vinculadas à progressão da pena. Há resistência dos operadores do direito penal militar na modificação do entendimento para que possa harmonizar a concretização da pena com os institutos mais garantistas da lei penal comum, sobretudo pela primazia que se dá à hierarquia e disciplina militares.

Inobstante, a Lei Federal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, denominada Lei de Execução Penal, estabelece em seu bojo o cumprimento das penas cominadas e a progressão de regime dessas, estabelecendo tal fase de aplicação penal, essencialmente nos crimes balizados pela Justiça Comum. Entretanto, vale salientar que tal diploma legal, embora divirja em alguns pontos, também surte efeitos no âmbito nas justiças especializadas, ao preconizar em seu

¹⁴² Vide art. 682 do Código de Processo Penal e art. 600 do Código de Processo Penal Militar.

¹⁴³ ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5. tir. Curitiba, Juruá, 2006, p. 64.

¹⁴⁴ MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p.6.

artigo 2º sobre sua incidência na Justiça Militar quando o cumprimento se der nas prisões comuns.

Assim, o artigo 2º, parágrafo único, da LEP dispõe:

Art. 2º - A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

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

Neste diapasão, o dispositivo supracitado, refere-se aos efeitos executórios da lei no condenado militar que cumprirá a pena imposta em estabelecimento de caráter civil. Tal regra insere-se na polêmica questão da progressão de regimes na esfera militar.

Na esfera da Justiça comum, como direito inerente à liberdade do apenado, encontra-se prevista, no ordenamento jurídico pátrio, a progressão de regime, que versa sobre a execução da pena privativa de liberdade de forma linear onde o apenado tem a possibilidade de passar do regime fechado, considerado o mais severo, aos regimes mais brandos, como o semi-aberto (colônia agrícola, industrial ou similar) e o aberto (prisão-albergue), através do cumprimento de pelo menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anteriormente fixado, além do bom comportamento carcerário.¹⁴⁵

Diferentemente dessas regras, a Justiça castrense não prevê, em seus diplomas legais, regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, interpretando-se que o regime imposto é o integralmente fechado. Diante desse contexto, podia-se afirmar que a Lei dos Crimes Hediondos¹⁴⁶, na interpretação literal do conteúdo da lei, equiparava-se na execução da pena aos crimes militares, pela também vedação da progressão de regime na individualização da pena.

¹⁴⁵ Vide artigos 91, 93 e 112 da Lei de Execução Penal - Lei 7.210/84.

¹⁴⁶ Lei dos Crimes Hediondos- Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Ocorre que o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, decidiu, por maioria, na interpretação que se espera, qual seja, a da lei a partir do texto constitucional, que a vedação à progressão da pena nos crimes hediondos ia ao encontro dos preceitos garantistas da Carta Magna, máxime por afastar a individualização da pena, desrespeitar a dignidade humana e ainda ser uma medida que poderia no caso concreto ser desproporcional.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90

Porém, em diferentes decisões relativas ao crime militar de deserção, o Superior Tribunal Militar reiterou a posição da impossibilidade da progressão de regime na seara castrense, fundamentando tais julgados, primeiramente na vedação legal referente ao crime de deserção e, posteriormente, na inexistência de dispositivo concernente à progressão na legislação militar, como se analisa conforme matéria abaixo colacionada:

DESERÇÃO. SOLDADO DO EXÉRCITO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRIDA. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA.

1. Restando o crime de deserção caracterizado, provado e confessado, inexistindo em favor do réu qualquer causa excludente de culpabilidade e/ou de ilicitude, não há que se falar em absolvição.

2. O militar condenado pelo crime do artigo 187 do CPM não se beneficia do "SURSIS", por expressa vedação legal. **Cumpra a pena que lhe é imposta em regime fechado nas prisões existentes nos quartéis,** cuja execução da sentença é de competência do Juiz-Auditor por onde correu o processo, **não se beneficiando das regras de progressão de regime** previstas na Lei de Execução Penal. Tal só ocorre quando o preso é recolhido a estabelecimento sujeito à Jurisdição Ordinária. Negado provimento ao apelo da Defesa, para manter a Sentença "a quo". Decisão unânime. (STM, Apelfe, 2007.01.050726-6 UF: PR,

decisão: 14/11/2007, DJ 19/12/2007, Ministro Relator Everaldo de Oliveira Reis, revisor Aldo da Silva Fagundes) [grifei e sublinhei]

Deserção. Regime prisional. Crime de Mera Conduta e instantâneo, inteiramente comprovado. Inconformismo da defesa, calcado única e exclusivamente, na forma do cumprimento da pena. Porém, diante de expressas vedações legais (parágrafo único do artigo segundo da LEP e artigo primeiro do CPM), não podem ser aplicadas ao recolhido em OM condenado pela Justiça Castrense, as disposições contidas na Lei número 7.210/84. APELO NÃO PROVIDO. DECISÃO UNANIME. (STM, Apelfe, 1993.01.047055-9 UF: SP, decisão: 07/10/1993, DJ 25/11/1993)

No entanto, faz-se mister ressaltar que o argumento apresentado pelo STM de inexistência de prévia cominação legal quanto à progressão de regime nos crimes cometido na caserna, não deve prosperar, tendo em vista que a própria legislação militar prevê no artigo 3º, do Código de Processo Penal, a possibilidade de aplicação de outras fontes do Direito nos casos de omissão da Lei, como dispostas abaixo:

Art. 3º CPPM : Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

Não convence o argumento pela ausência de lacunas na legislação castrense para que pudesse haver a aplicação analógica das regras progressivas do Código Penal comum, visto que essas só se foram positivadas no ano de 1984, momento em que se mudou no mundo o entendimento quanto à necessidade imperiosa da pena privativa de liberdade, inclusive no seio da Organização das Nações Unidas, o que fez surgir medidas alternativas e a progressão da pena naquela pena privativa.

26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

27. As críticas que em todos os países se tem feito à pena privativa da liberdade fundamentam-se em fatos de crescente importância social, tais como o tipo de tratamento penal freqüentemente inadequado e quase sempre pernicioso, a inutilidade dos métodos até agora empregados no tratamento de delinqüentes habituais e multirreincidentes, os elevados custos da construção e manutenção dos estabelecimentos penais, as conseqüências maléficas para os infratores primários, ocasionais ou responsáveis por delitos de pequena significação, sujeitos, na intimidade do cárcere, a sevícias, corrupção e perda paulatina da aptidão para o trabalho.

28. Esse questionamento da privação da liberdade tem levado penalistas de numerosos países e a própria Organização das Nações Unidas a uma "procura mundial" de soluções alternativas para os infratores que não ponham em risco a paz e a segurança da sociedade.

29. Com o ambivalente propósito de aperfeiçoar a pena de prisão, quando necessária, e de substituí-la, quando aconselhável, por formas diversas de sanção criminal, dotadas de eficiente poder corretivo, adotou o Projeto novo elenco de penas. Fê-lo, contudo, de maneira cautelosa, como convém a toda experiência pioneira nesta área. Por esta razão, o Projeto situa as novas penas na faixa ora reservada ao instituto da suspensão condicional da pena, com significativa ampliação para os crimes culposos. Aprovada a experiência, fácil será, no futuro, estendê-la a novas hipóteses, por via de pequenas modificações no texto. Nenhum prejuízo, porém, advirá da inovação introduzida, já que o instituto da suspensão condicional da pena, tal como vem sendo aplicado com base no Código de 1940, é um quase nada jurídico.

30. Estabeleceram-se com precisão os regimes de cumprimento da pena privativa da liberdade: o fechado, consistente na execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; o semi-aberto, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; e finalmente o aberto, que consagra a prisão-albergue, cuja execução deverá processar-se em casa de albergado ou instituição adequada.¹⁴⁷

¹⁴⁷ Exposição de Motivos do Código Penal Militar- Decreto-lei 1.001.

Ressalta-se, ainda, que, da leitura da exposição de motivos do Código Penal Militar, fica clara a preocupação do legislador em ter um regramento parametrizado com as disposições do Código Penal comum, a fim de se evitar tratamentos disformes.

O acompanhamento dos trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal Comum teve por objetivo dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das novas leis penais em todo o território nacional.

Nota-se, ainda, na exposição, um alinhamento na parte das penas com a Constituição vigente na época e ainda uma correlação com o Código Penal Comum, que não previa, naquele tempo, os regimes de cumprimento da pena.

Penas Principais

Art. 55. As penas principais são:

- a) morte;
- b) reclusão;
- c) detenção;
- d) prisão;
- e) impedimento;
- f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função;
- g) reforma.¹⁴⁸

É importante também lembrar que já havia preocupação pelo legislador com a política criminal, no sentido da devida ressocialização do apenado e o caráter utilitário da pena

¹⁴⁸ Vide art. 55 do Código Penal Militar.

9. Medida de política criminal de largo alcance é a introdução da suspensão condicional da pena no novo direito penal militar.

Embora não seja aplicável em casos que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares, a sua aceitação no novo Código se fazia urgente. Ao caráter repressivo da pena imputa-se acrescentar o princípio utilitário da recuperação do criminoso, sem, todavia, lhe executar a pena. Este princípio da recuperação já era, aliás, reconhecido no direito vigente, através de instituto do livramento condicional. O sursis, agora adotado no Projeto, longe de ferir o princípio de disciplina, essencial às Forças Armadas virá estimulá-lo, pela obrigação da conduta exemplar do beneficiado pelo referido instituto¹⁴⁹

Assim, mostra-se possível afirmar que as regras da progressão, se existissem à época, seriam incorporadas ao Código Penal Militar, pela preocupação de uniformidade e pela política criminal voltada à utilidade da pena, tanto que, em 1978, houve uma modificação nos artigos 61 e 62 a fim de adequá-los às regras ordinárias.

Art. 61. A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

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

Tal disposição, notoriamente, infringe o princípio da isonomia¹⁵⁰, já que os civis têm direitos e garantias albergados sob o direito executório, ao contrário dos militares, os quais, por possuírem a condição de militar e terem uma punição penal imposta cumprem a sanção de forma mais severa do que um cidadão comum, que será alcançado pela progressividade do regime prisional, estabelecida pela Lei de execução Penal.

¹⁴⁹ Exposição de Motivos do Código Penal Militar- Decreto-Lei 1.001.

¹⁵⁰ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A acepção da não aplicação da progressão de regime na Justiça Militar só se convalidaria em um regime de exceção, em tempo de guerra ou em estado de sítio¹⁵¹, tendo em vista que só assim as garantias constitucionais permaneceriam suspensas, sendo constitucionalmente igualitário, razoável e proporcional a aplicação da pena em regime totalmente fechado, sem direito a benefícios como a progressão.

Afora a vedação à progressão, a legislação castrense não contempla a possibilidade da remissão da pena pelo trabalho e, no crime específico de deserção, o livramento condicional pelo tempo máximo da pena ser inferior a dois anos.

Diante do exposto, ressalta-se a importância dos Direitos e Princípios Fundamentais na aplicação da execução penal militar, podendo equiparar-se, em tempo de paz, aos princípios da ressocialização do indivíduo, partindo-se da premissa de que, se não estamos em regime de exceção, devendo prosperar a idéia de um tratamento jurisdicional que preconize pela liberdade e pela igualdade entre os apenados, considerando os preceitos de razoabilidade, proporcionalidade, individualização penal e, sobretudo, a utilidade da sanção penal.

¹⁵¹Vide art. 138 da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a evolução política e social do país, sobretudo pela formação de um Estado Democrático de Direito, pode-se constatar a nítida evolução das penas, as quais, surgidas a partir de um vasto processo de vingança privada, evoluíram até os tempos atuais, com o surgimento de um sistema punitivo moderno, consubstanciado na aplicação de penas alternativa, e na conseqüente tendência de restrição da pena privativa de liberdade aos delitos de maior lesividade e periculosidade do agente ativo.

Embora a especificidade da vida militar justifique a existência de uma Justiça especializada, como também a existência de um direito e um processo penal militares, não se pode descurar a força motriz do texto constitucional, o que obriga a conformidade de toda norma infraconstitucional com a lei magna e ainda que haja a interpretação daquelas normas a partir do texto constitucional.

Assim, faz-se necessária uma nova leitura da legislação castrense, a qual deverá primar pela primazia das regras insertas na Constituição Federativa, em especial, as referentes aos direitos e garantias fundamentais.

Não se quer com isso sobrepujar os princípios basilares da vida militar, quais sejam, hierarquia e disciplina, apenas harmonizá-los, dentro da ponderação necessária e casuística, com a dignidade da pessoa humana, quando se mostrarem aparentemente contrapostos.

A ponderação desejada deve ser, até uma revisão pelo Poder Legislativo dos Códigos Penal e Processual Penal Militares, que datam de 1969, executada pelos operadores de direito, com a compreensão da interpretação axiológica e histórica do pretendido pelo texto da lei e a sua adequação ao contexto atual.

A vedação da concessão do benefício do sursis aos desertores, além da impossibilidade do livramento condicional e progressão da pena, em tempo de paz, obriga uma análise detida da necessidade do aprisionamento integral do transgressor, considerando-se a preservação dos valores essenciais das Instituições Militares de disciplina e hierarquia, a dignidade da pessoa humana e os fundamentos da pena, notadamente a ressocialização.

Nesse contexto, a própria exposição de motivo do Código Penal Militar informou que a suspensão condicional da pena não se contrapõe à preservação da disciplina e hierarquia militares.

Dessa forma, o alicerce do dever de punir estatal, justificado na necessidade de defesa e conservação das suas instituições, não pode sobrepor ao viés centrado na dignidade humana e na existência de uma política criminal voltada à ressocialização do apenado e, até mesmo, no racionamento dos gastos públicos.

Ao ter valorizados os fundamentos supramencionados, deve o operador de direito centrar-se na devida individualização e proporcionalidade da pena. Com isso se encontrará a pena justa e necessária ao jurisdicionado, sem critérios apriorísticos e descontextualizados com o fato praticado e as consequências advindas, além da própria pessoa infratora.

Em recente decisão na 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, na cidade de Santa Maria-RS, processo nº 502/09-1, considerou-se não recepcionada pela carta magna a alínea “a”, do artigo 88, do Código Penal Militar, concedendo ao condenado o benefício penal da suspensão condicional da pena privativa de liberdade pelo prazo de 02 (dois anos), a partir da incidência do artigo

84 do mesmo diploma legal, com fundamentos nos princípios constitucionais vigentes, como aduz parte da sentença ora transcrita:

Ao vedar a concessão de sursis a determinados crimes, entre eles a deserção, o Código Penal Militar dá tratamento diferenciado e, pior, mas drástico a estes delitos os quais, quando comparados àqueles hediondos, se mostram de muito menor potencial ofensivo.

Ou dá para aceitar que um perigoso marginal, condenado por crime de tortura ou de tráfico internacional de entorpecentes possa ter direito a regime de progressão, chegando até o aberto, enquanto um simples soldado, por ter deixado sua OM por mais de oito dias, tenha que cumprir seu apenamento em regime fechado?

Dessa forma, entendem os julgadores que a alínea “a” do inciso II do artigo 88 do CPM encontra-se revogada por não ter sido recepcionada pela Carta Política de 1988, uma vez que sua aplicação feriria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena.

O Ministério Público Militar, em evento ocorrido em 2009, baixou o enunciado de número 6, no qual expressa também o inconformismo com a vedação generalizada para aplicação do sursis no crime de deserção, rezando que “a vedação à suspensão condicional da pena prevista no inciso II do art. 88 do CPM viola o princípio constitucional da individualização da pena”.¹⁵²

Por tudo exposto, mostra-se de caráter imperioso e urgente a atualização da legislação penal militar no que se refere à adaptação da norma concernente à aplicação da suspensão condicional da pena no delito militar de deserção, pela necessidade de se ter uma visão das normas infraconstitucionais a partir da leitura do texto constitucional.

¹⁵² Oficina. Crimes Propriamente Militares. Ministério Público militar. Evento realizado na Procuradoria da Justiça Militar em Porto Alegre/RS, no período de 12 à 14 de maio de 2009. *Jus Militaris*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=307>>. Acesso em: 12 de novembro de 2009.

Porém, pela despreocupação dos legisladores com o campo penal e processual penal militar, é preciso que haja a devida análise do artigo 88, do Código Penal Militar, em tempo de paz, em conformidade com os princípios constitucionais da individualização e proporcionalidade da pena e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Vicente Leal de. Princípio da Individualização da Pena. *BDJur*. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/8388/Princ%c3%adpio_da_individualiza%c3%a7%c3%a3o_da_pena.pdf?sequence=4>. Acesso em: 07 de setembro de 2009.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código ao Código Penal Militar: Comentários - Doutrina - Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores*. 5 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

ASSIS, Jorge César de. Crime Militar e Crime Comum: conceito e diferenças. *Caderno Jurídico*, São Paulo, vol. 6, nº 3, p. 75-88, jul./dez., 2004.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed.rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007.

ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Claudia Rocha. *A execução da sentença na Justiça Militar*. 2. ed. 5. tir. Curitiba, Juruá, 2006.

ASSIS, Jorge César de. Prazo para a consumação da deserção: afinal, são quantos dias?. *Jus Militar*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=21>>. Acesso em: 04 de julho de 2009.

Atos Institucionais. *Wikipédia*. Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Atos_Institucionais>. Acesso em 12 de outubro de 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e Das Penas*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. v 1. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BUENO, Francisco da Silva (Org.). *Dicionário Escolar da Língua Portuguesa*. 8. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: FENAME, [s.d.], p. 413.

CALICCHIO, Vera; FLAKSMAN, Dora. Atos Institucionais (AI). *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em:
<http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/5744_1.asp>. Acesso em: 12 de outubro de 2009.

CAPPI, Carlo Crispim Baiocchi. As Regras de Tóquio e as Medidas Alternativas . *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3118>>. Acesso em: 19 de novembro de 2009.

CONFORTO, Sérgio Alves. A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas. *STM em Revista: Justiça Militar da União*. Ano 2. n.º 2. Jul- Dez de 2005, p 8-9.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do Direito Penal. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=932>>. Acesso em: 08 de novembro de 2009.

ESTEVES, Maria Fernanda de Lima. Penas Alternativas e o Direito Penal Militar. *Jus Militares*. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=168>>. Acesso em: 17 de novembro de 2009.

FERNANDES, Newton. *A Falência do Sistema Prisional Brasileiro*. São Paulo: RG Editores, 2000.

FICO, Carlos. *Além do Golpe: versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar*. Rio de Janeiro: Record, 2004.

FICO, Carlos. Versões e controvérsias sobre 1964 e a Ditadura Militar. *SciELO*. Rev. Bras. Hist. [online]. 2004, vol. 24, n.47, p. 29-60.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. *Excludentes de Ilícitude*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 34. ed. Petrópolis- RJ, Vozes, 2007.

FRANCO, Alberto da Silva. *Crimes Hediondos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luis Flávio (Coord); Molina, Antonio García-Pablos. *Direito Penal: Parte Geral*. v. 2 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio E. de. *Penas Alternativas: anotações à lei n. 9714, de 25 de novembro de 1998*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. 2. ed., atual., Brasília: Brasília jurídica, 2004.

MAIA, Clarissa Nunes [et al] (Orgs.). *História das prisões no Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MARCÃO, Renato. *Curso de Execução Penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ORDOÑEZ, Marlene; QUEVEDO, Júlio. *História*. São Paulo: IBEP, [s.d.].

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral*. vol. 1., 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

REIS, Daniel Aarão; RIDENTI, Marcelo; MOTTA, Rodrigo Patto Sá. *O golpe e a ditadura militar: quarenta anos depois (1964-2004)*. Bauru - SP: EDUSC, 2004.

ROCHA, Eduardo Biserra. Apontamentos sobre o crime de deserção. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2214, 24 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13213>>. Acesso em: 18 de outubro de 2009.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime Propriamente Militar. *Revista Ajuris*. Porto Alegre, nº 61. p. 183-191, jul. de 1994.

_____. Crime Puramente Militar e Próprio Militar e o Perdão Judicial no Código Penal Militar. *Revista Ajuris*. Porto Alegre. nº 37, p. 245-255, jul. de 1986.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Decisão Penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006.

ROSSETO, Enio Luiz. *Do Processo e do Julgamento na Justiça Militar em Primeiro Grau: uma abordagem crítica*. Caderno Jurídico, São Paulo, vol. 6, nº 3, p. 31-43, jul./dez., 2004.

ROTH, Ronaldo João. Deserção: Aspectos Penais, Processuais e Administrativos. *Caderno Jurídico*. São Paulo, vol. 6, nº 3, p. 141-153, jul./dez., 2004.

SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 3. ed. ver. ampl. Curitiba: ICPC; Lúmen Juris, 2008.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

SILVA, Angela Moreira Domingues da. Ditadura militar e justiça castrense no Brasil: espaço de legitimação política e de contradições . In: I Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa - ABED, 2007, São Carlos - SP. *Anais do I Encontro Nacional da ABED*, 2007.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História Militar do Brasil*. vol. 40. Editora civilização Brasileira: Rio de Janeiro, 1965.

SOARES, José Celso de Macedo. Os militares na Formação Brasileira. *Carta Mensal - Confederação Nacional do Comércio*- vol. 53, n.627,p. 3-28. Rio de Janeiro, junho de 2007.

TAIAR, Rogério. *A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo: SRS Editora, 2008.

VERMEERSH, Paula. Arte e Atos Institucionais. *Revista Direito GV*. *Scielo*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a11v4n2.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2009.