

A PRESCRIÇÃO NO DELITO DE DESERÇÃO: Uma Nova Interpretação*

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo

1. Introdução. O delito de deserção, um dos mais tradicionais na legislação castrense⁰¹, é crime propriamente militar, isto é, previsto *unicamente* no Código Penal Militar (CPM) e *só pode ser praticado por militar*, e tem tratamento todo *distinto e rigoroso*: no direito material, é *crime de mera conduta* que atenta contra o serviço e o dever militar, não é passível de suspensão condicional da pena, e, quanto à prescrição, possui regra própria e especial como veremos; no direito adjetivo, possui rito processual específico, passível do acusado responder preso o processo e cuja duração é legalmente diminuta, a situação de deserção é *crime permanente*, portanto, seu agente é passível de prisão enquanto perdurar o crime, além de outras formalidades processuais⁰².

2. Dessa forma, define o legislador que deserção é: "*Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias*: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada." (art. 187 do CPM).

Assim, o legislador, ao dispensar tratamento especial ao delito de deserção e ao tratar da prescrição, não deixou de dar-lhe características próprias e especiais, podendo-se dizer que a regra prescricional da deserção é exceção em nosso ordenamento jurídico diante do disciplinamento existente no CPM.

A prescrição, que é uma das causas de extinção de punibilidade, marca-se pelo *decurso de tempo*, impondo um *limite legal ao direito de punir* do Estado, que nasce quando o agente pratica um crime, ensejando a *relação jurídico-punitiva*, tendo num pólo o Estado com o *jus puniendi* e, noutro pólo, o réu, com o direito de resistir àquele para preservar o seu *status libertatis*.

Nessa relação jurídica, o tempo volta-se contra o detentor do *jus puniendi*, o Estado, que perde o direito de agir e, por outro lado, ao mesmo tempo, é contado a favor do acusado, que se beneficia com o desaparecimento da ameaça potencial, *vis inquietativa* constante, que o persegue, afligindo-o, desde a prática do crime.

É por isso que a prescrição, no sentido penal, é a extinção da iniciativa - ou direito - de punir, resultado da inércia, durante *certo lapso de tempo*, do poder público, na perseguição da infração ou na execução da sanção.

* Artigo publicado no livro "Temas de Direito Militar", de Ronaldo João Roth, Suprema Cultura, São Paulo, 2004, pág. 87/93.

Nota-se, então, *dois momentos* em que a prescrição pode incidir: antes da condenação (*prescrição da pretensão punitiva*), obstando a persecução penal ou a continuidade do processo, ou, depois da condenação (*prescrição da pretensão executória*), impedindo a execução da punibilidade do fato.

O *fundamento da prescrição*, sob vários prismas, foi assim resumido por Basileu Garcia, nas "Instituições de direito penal", 1952, v. I, tomo 11, p. 702: "Com o caminhar do tempo, modificam-se as condições pessoais do delinqüente que logrou subtrair-se à ação da Justiça. *A pena*, possivelmente, deixou de ser-lhe útil como processo regenerador. De certo modo, ele já sofreu um castigo, nas vicissitudes que teve de atravessar para se garantir a impunidade - antes relativa do que absoluta. O protraimento, sempre, arriscado e intranquilo, do seu ajuste de contas com o poder punitivo do Estado, equivale a uma indireta expiação da sua culpa. De outro lado, o alarma social, que o crime terá produzido, já se esvaneceu, com o lento perpassar dos anos. A pena já não teria exata correspondência no reclamo público de justiça, que é um dos esteios do direito penal, como força moralizadora - além de tutelar - do convívio social. E os longos intervalos entre a infração e o procedimento repressivo importam em incertezas perigosas na apreciação do fato. A prova toma-se difícil, precária. As testemunhas desaparecem, ou perdem a memória das circunstâncias essenciais. Surge a eventualidade de erros judiciários."⁰³

A regra prescricional da deserção tem como termo *ad quem* a idade do agente que comete o crime - como se falou, *crime permanente* -, e não a pena *in abstracto*, ficando esta modalidade de prescrição entre *o critério geral* de prescrição previsto na lei substantiva penal e *as excepcionalíssimas* hipóteses de *imprescritibilidade* criadas pela Constituição Federal de 1988: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis e militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, incisos XLII e XLIV).

2. Desenvolvimento: A punibilidade penal é uma consequência do crime, no entanto, sujeita, quando de sua aplicação, à *inexistência de obstáculos legais para ser efetivada*; dentre esses obstáculos encontram-se as causas extintivas: a morte do agente, a anistia ou indulto, a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, a *prescrição*, a reabilitação, o ressarcimento do dano (no peculato culposo), etc.

A prescrição é instituto de direito material, porém, com reflexos no direito processual. Sob *o prisma material*, o Estado, em decorrência de certo elastério temporal, perde o direito ao *jus puniendi* ou ao *jus punitiois*, dada a extinção de exigência da punição. Sob *o prisma processual*, a passagem do tempo prejudica a colheita e qualidade da prova, possibilitando a existência de *sentenças injustas*.

Pois bem, o CPM elenca quando ocorre *a prescrição da ação penal* de acordo com *o máximo* da pena privativa de liberdade cominada ao crime, e, dentre as hipóteses previstas, o delito de deserção tem como prescrição o decurso de quatro anos, dado que sua *pena máxima* é de dois anos (inciso VI do artigo 125).

Logo depois, o legislador castrense previu, no artigo 132 do CPM, que a prescrição *no crime de deserção, embora decorrido o prazo de prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos, e, se oficial, a de 60 (sessenta)*.

Então, aqui cabe a seguinte indagação: qual dos dois dispositivos legais deve incidir para o crime de deserção?

Nota-se que *aparentemente* a regra do artigo 132 do CPM *exclui* a regra precedente do artigo 125 do mesmo *Codex*, questão esta que *é o cerne deste tema e que contraria a interpretação* de que os dois critérios legais - o temporal de quatro anos (artigo 125, VI) e o etário (artigo 132) -, *devem coexistir e se conciliar*, incidindo para a solução do fato, ou seja, o reconhecimento da prescrição. Se não, vejamos.

O *critério etário* estatuído no CPM corresponde ao tempo útil que o militar pode integrar o *serviço ativo* das Instituições Militares, logo, até o advento do mesmo, pode ser o militar responsabilizado criminalmente pelo delito de deserção.

Já dissemos que o crime de deserção *é crime permanente* e, por isso, permite a *prisão* ou *captura* do desertor enquanto não cessada sua atividade delituosa; da mesma forma cessa o crime quando da *apresentação voluntária* do agente à sua unidade militar.

Uma vez cessada a *prática do crime de deserção*, tem ensejo o *termo inicial* da prescrição, isso consoante a previsão da alínea "c" do § 2º do artigo 125 do CPM, todavia, este não incidirá se o agente já tiver alcançado a idade de quarenta e cinco anos, se praça, ou de sessenta, se oficial, abrindo-se verdadeira *exceção à regra da prescrição dos crimes permanentes*, pois o legislador considera a *contagem* de todo o tempo de permanência do crime, desde o momento do início de sua prática.

Adotando esse critério, o legislador castrense limitou a prescrição àquelas idades mencionadas, dependendo da qualidade do militar, e, com isso, impediu a imprescritibilidade dos crimes de deserção.

É por isso que *não há de se cogitar da aplicação* do critério temporal (quatro anos) quando o agente esteja na prática do crime de deserção, consoante expressa e inequívoca disposição do critério etário (artigo 132 do CPM) *e nem de se falar*, neste caso, *em coexistência ou conciliação dos dois dispositivos legais mencionados*.

Nota-se que o termo *desertor* engloba tanto aquele que pratica a deserção como o que cessou a prática delituosa, ambos *agentes do tipo penal* do artigo 187 do CPM, portanto, a dubiedade do termo, diante do tratamento prescricional a ele dispensado, levou a jurisprudência a *distinguir* o desertor do trãnsfuga. O *primeiro é o agente da deserção que cessou a sua atividade criminosa* e que, preenchidas as condições legais, será réu no delito de deserção; o segundo *é o agente que pratica a deserção*, ou seja, aquele que ainda está na prática do delito.

A distinção é importante em face do duplo tratamento prescricional existente na legislação castrense para a deserção.

Respondendo à indagação acima formulada, temos *que os dois dispositivos legais incidirão no crime de deserção, porém, um excluindo o outro como já se falou*. Desse modo, conclui-se que o critério etário é o único que se aplica à hipótese do trãnsfuga, enquanto ambos, o critério temporal e o critério etário, aplicam-se *tanto no caso da prescrição da pretensão punitiva como no caso da prescrição da pretensão executória*, prevalecendo o critério que ocorrer primeiro.

Exemplifico: um Sd PM, com vinte anos de idade, desertou em 19 de janeiro de 1975 e foi capturado em 20 de janeiro de 2002, agora, contando com quarenta e sete anos de idade. Nesse caso, *a prescrição do crime de deserção já se operou*, pois, sendo praça, ela ocorreu quando o militar tinha quarenta e cinco anos de idade, portanto, extinguiu-se a punibilidade, de acordo com o artigo 132 do CPM.

Outro exemplo: um Cb PM, com vinte anos de idade, desertou em 29 de março de 1980 e apresentou-se voluntariamente em 30 de março de 2002, ou seja, vinte e dois anos depois, quando o agente estava com quarenta e dois anos de idade. *Não havendo óbice* em relação ao *critério etário* e uma vez reincluído ou revertido ao serviço ativo e *denunciado*, a prescrição, *não havendo mais a permanência do crime de deserção*, leva em conta agora *os dois critérios legais: o temporal, de quatro anos* e o critério de idade. Insta observar que, neste caso, o legislador não quis excluir um dos critérios, mas previu a incidência de ambos, preponderando aquele que for alcançado primeiro, até pelo princípio da especialização. *Logo, alcançada a idade de quarenta e cinco anos, o crime estará prescrito*. Adotando-se a interpretação conjuntiva, o crime estaria prescrito quando o agente completasse quarenta e seis anos de idade, o que, ao meu ver, colidiria com o espírito da norma do artigo 132 do CPM.

Quanto à aplicação dos dois critérios prescricionais⁴, assim tem se posicionado a jurisprudência. No Superior Tribunal Militar: 1. "Ementa: Crime de deserção. Prazo prescricional. Interpretação da regra especial ínsita no art. 132, do CPM, que tem por destinatário o trãnsfuga, o que permanece na condição de desertor. Apresentando-se, o agente, ou sendo capturado, passa à qualidade de réu em delito de deserção, sendo-lhe aplicável a regra geral prevista no art. 125, VII, do CPM. Acolhida a preliminar argüida pelo Relator, tendo sido declarada, *in casu*, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão majoritária." (Apelação nº 47.312-4 - PR - Rel., Min. Gen. Ex. Wilberto Luiz Lima). 2. "Ementa: Crime de deserção. Prazo prescricional. Coexistência e conciliabilidade das regras postas nos arts. 125 e 132 do CPM. Exegese da regra especial contida no art. 132 do CPM que, textualmente, tem por destinatário o trãnsfuga - aquele que permanece na situação de desertor.

Tratamento necessariamente diferenciado do militar reincorporado, a quem aplicável a regra geral fixada no art. 125, VII, do CPM. Precedente da Corte. Acolhimento da preliminar suscitada pelo Ministro Revisor, declarando-se extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão majoritária." (Apelação nº 47.213-6 - PR - Rel. Min. Gen. Ex. Antônio Joaquim Soares Moreira).

No Supremo Tribunal Federal: "Ementa. *Habeas Corpus*. Penal. Militar. Deserção. Prescrição. O sistema do CPM configura duas hipóteses para a questão da prescrição em caso de deserção. A primeira se refere ao militar que deserta e posteriormente é reincorporado, porque se apresentou voluntariamente ou foi preso. A este é aplicável uma norma geral relativa à prescrição prevista no CPM, art. 125. A segunda é dirigida ao trãnsfuga, ou seja, aquele que permanece no estado de deserção. A ele é aplicável a norma especial do CPM, art. 132. Nessa situação, só gozará a extinção da punibilidade ao atingir os limites de idade. O prazo prescricional só se configura com o advento dos 45 anos para os

praças e 60 anos para os oficiais. *Habeas Corpus* deferido." (STF, 2a T., *Habeas Corpus* nº 79.432PR, J. 14.09.1999, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ. 15.10.99, pág. 00250).

Em outro exemplo, se um Cb PM desertou e foi capturado com a idade de quarenta anos, sendo processado, o fato do decurso de quatro anos, *sem que o réu tenha alcançado a idade de quarenta e cinco anos de idade*, ocasiona a prescrição da pretensão punitiva, visto que a limitação da idade, de que trata o artigo 132 do CPM, *só não considera o critério temporal quando o agente for o transfuga*, isto dada a natureza do crime de deserção ser permanente e o legislador abrir uma exceção, para a contagem do prazo prescricional somente ao critério etário. Essa interpretação parece-me que não foge da corrente adotada pelos arestos mencionados.

Outra questão que me parece interessante é a hipótese do desertor (réu no processo de deserção) que durante a instrução criminal venha a completar a idade geradora da prescrição sem no entanto ter decorrido o limite temporal de quatro anos, pela pena em abstrato daquele delito. Qual dos dispositivos legais deve ser aplicado?

Exemplifico: um Sgt PM deserta em 20 de março de 1985, com trinta anos de idade, e vem a se apresentar voluntariamente em sua Unidade em 21 de março de 1998, ou seja, treze anos depois, agora contando com a idade de quarenta e três anos de idade. Uma vez reincorporado e denunciado, vem o agente ser processado e, antes do trânsito em julgado da sentença, completa quarenta e cinco anos de idade.

Ora, a título de suscitar uma reflexão sobre tal situação, é de se verificar que as duas regras de prescrição para a deserção são conciliáveis, isso com respaldo doutrinário e jurisprudencial, logo, *conciliando as duas regras*, parece-me que, se o militar atingir primeiro o limite etário, é caso de reconhecer-se a prescrição da pretensão punitiva, pela aplicação do critério especial.

É que o CPM - em que pese a distinção jurisprudencial do *desertor* e do *transfuga*, já aludida -, não faz restrição à aplicação da regra etária quando o agente esteja sendo processado, e, desse modo, parece-me que *não se poderia restringir a interpretação para prejudicá-lo*.

Outro argumento em abono a essa interpretação é que não há interrupção da contagem da prescrição para o critério etário, diferentemente como ocorre para o critério temporal (§ 5º do artigo 125 do CPM).

Assim, tanto a regra geral como a especial aplicam-se para a hipótese da pretensão punitiva, daí apegar-me a essa exegese.

Veja-se que essa interpretação favorável ao agente encontra eco na hermenêutica de se interpretar restritivamente as disposições penais⁰⁴, e até no princípio do *in dubio pro reo*⁰⁵.

Resta, agora, enfrentar a ocorrência da prescrição da pretensão executória, daí se formulando a mesma indagação: qual daqueles dois dispositivos legais deve ser aplicado?

Ora, é de se registrar que com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *jus puniendi* em concreto transforma-se em *jus punitiois*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória.

Aqui, a distinção do *ius puniendi* e *ius punitiois* permite a identificação da *prescrição da pretensão punitiva* (denominada prescrição da ação) e da *prescrição da pretensão executória* (prescrição da pena), quando um daqueles direitos do Estado for extinto pelo decurso de prazo legal.

Pois bem, como a prescrição da pretensão executória caracteriza-se expressamente pela *pena concretizada na sentença condenatória definitiva*, regulando-se pelo decurso de prazo assinalado no critério geral da lei (artigo 126 do CPM), o problema, acima lembrado, pode novamente ocorrer, ou seja, o condenado completar uma das idades paradigmas, (45, se praça ou 60, se oficial) sem que a pena tenha sido iniciada.

Ipsa facto, inclino-me mais uma vez pela *solução* da questão aplicando-se o critério mais benéfico ao réu, ou seja, reconhecendo-se a prescrição da pretensão executória, seja pelo *critério temporal* (artigo 125 do CPM), regulado pela pena em concreto, seja pelo *critério etário* (artigo 132 do CPM), *o que primeiro incidir*, como já se falou.

A conciliação e a coexistência entre os dois dispositivos legais sobre a prescrição, albergando os critérios temporal e etário, devem ser, ao meu ver, mitigados ante a ocorrência de um deles, quando a lei não excepcione, dado que essa interpretação seja a mais benéfica ao agente.

Essa interpretação encontra eco na lição de Kelsen: "O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.

Se por *interpretação* se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito Positivo no a todo órgão aplicador do Direito - no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa - não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral."⁰⁶

3. Conclusão. A prescrição, como uma das causas de extinção da punibilidade, é matéria de grande interesse, visto que seus efeitos vão além da seara penal e, no caso da prescrição da pretensão punitiva, ela não gera qualquer efeito quanto à eventual condenação, nem mesmo tem efeitos secundários e administrativos.⁰⁷

A extinção de punibilidade, quando do julgamento militar, é causa absolutória (artigo 439, alínea "f", do Código de Processo Penal Militar) e matéria de ordem pública,

devendo ser decretada de ofício pelo Juiz mesmo sem requerimento do Ministério Público ou do interessado.

A aplicação adequada da lei, *in casu*, exige a distinção do *trânsfuga* e do *desertor*, dado o duplo tratamento prescricional do legislador castrense ao crime de deserção.

O cotejo dos dois dispositivos legais, o geral (artigo 125, VI, do CPM) e o especial (artigo 132 do CPM), leva-nos a extrair as seguintes conclusões:

No caso do agente estar cometendo o crime de deserção - o *trânsfuga* - vigora unicamente o *critério etário* da lei.

Quando o agente sofre a ação penal, a contagem da prescrição leva em conta os dois critérios: o temporal e o etário, devendo prevalecer o que ocorrer primeiro.

Deve ser contado para a prescrição o tempo decorrido entre a cessação do crime de deserção e o recebimento da denúncia, pois este ocasiona a interrupção do curso da prescrição da pretensão punitiva.

Depois do trânsito em julgado definitivo, o *critério etário* ainda concorre com o *critério temporal*, com base na fixação da pena, para ocorrência da prescrição da pretensão executória.

Assim, a despeito da *coexistência* dos critérios prescricionais mencionados, a *conciliação* entre eles *não deve ser impeditivo* para a aplicação do *critério mais benéfico e justo*, isto é, o próprio valor fundamental do direito que é a *justiça*, isso diante da técnica legislativa adotada pelo CPM, acolhendo-se a exegese esposada.

Notas Bibliográficas

01. Roth, Ronaldo João - "O crime de deserção e a legislação militar", Revista "Literária de Direito", setembro/Outubro de 1998, pág. 21/24.

02. Roth, Ronaldo João - "Formalidades na captura do desertor", Revista "Direito Militar", AMAJME, nº 14, novembro/dezembro, 1998, pág. 15/18.

03. *Apud* Cretella Jr., José - "Comentários à Constituição de 1988", Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1990, vol. I, pág.483/484.

04. Maximiliano, Carlos - "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, 2000, pág.322/323.

05. Maximiliano, Carlos - "Hermenêutica e Aplicação do Direito", Forense, 2000, pág. 326/327.

06. *Apud* Oliveira, Luís Maurício Sodré de - "Notas sobre a interpretação do Direito", publicado no Caderno de doutrina, setembro 99, "Tribuna da Magistratura", pág. 157/164).

07. Roth, Ronaldo João - "A prescrição retroativa no Código Penal Militar e os seus efeitos", Revista "Direito Militar", AMAJME, nº 8, 1997, pág. 9/12.