

A CONDIÇÃO DE MILITAR NA AÇÃO PENAL PELO CRIME DE DESERÇÃO

Ailton José da Silva
Promotor da Justiça Militar da União

Como é do conhecimento dos doutrinadores, juízes, membros do Ministério Público e advogados que atuam na Justiça Militar, constitui condição de procedibilidade para o início da ação penal pela prática do crime de deserção, a condição de militar do autor do fato.

Esta hipótese é uma exceção no direito castrense, pois em regra a ação penal é promovida pelo Ministério Público Militar de forma incondicional, ou seja, não exige qualquer manifestação de vontade das partes ou de outra autoridade.

Outras exceções estão estabelecidas no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar, quais sejam, art. 122 do CPM que exige requisição do Ministério Militar, hoje Comando Militar ou Ministério da Defesa, e para o crime de insubmissão, que o Código de Processo Penal Militar exige que o denunciado seja militar em atividade.

Vejam que em todas as exceções acima listadas o ordenamento jurídico castrense exige o atendimento das formalidades ou dos atos administrativos para o **início da ação penal**.

Nestes casos, como dito, temos o que a doutrina denomina de condição de procedibilidade, ou seja, procedimento que deve ser observado no momento em que se inicia a ação penal, alterando a classificação da ação penal, que na Justiça Militar é pública incondicionada, para ação penal pública condicionada.

Eis a descrição de tais situações pelo eminente autor Fernando da Costa Tourinho Filho, em sua obra Código de Processo Penal Comentado.: “O Estado, levando em conta a natureza e importância dos bens e interesses tutelados pelas normas penais, permite que, em certos casos, a atividade do Ministério Público, consistente em **promover** a ação penal, fique condicionada à manifestação de vontade do Ministro da Justiça, ou à manifestação de vontade do ofendido ou de quem legalmente o represente, chamada de representação. Tratam-se de exceções”.

Diante destas exceções o renomado autor assevera que uma vez iniciada a ação penal e atendida a condição de procedibilidade para sua constituição válida, em nada influenciará a retratação da representação ou a retratação da requisição do Ministério da Justiça, pois dispõe a lei que a representação é irreatável.

A única possibilidade de retratação, que tem reflexos no curso da ação penal, vem disciplinada na Lei nº 9099/95 que admite a retratação nos casos de lesões corporais leves ou culposas e em virtude do procedimento sumaríssimo, como dispõe o art. 79 da referida lei.

Todavia, esta lei não se aplica a Justiça Militar.

Assim, temos que atender a condição de procedibilidade ou condição específica da ação, posto que sem ela o processo penal não pode ser instaurado.

Por outro lado, a instrução e andamento do processo penal não ficam comprometidos pela sua retratação ou posterior mudança de estafo de fato.

De igual modo a ação penal pública incondicionada ou pública condicionada, uma vez satisfeita a condição, é regida pelo princípio da legalidade ou obrigatoriedade. Isto significa que o Ministério Público ao receber autos de inquérito ou peças de informação, tratando-se de fato típico, autoria conhecida e respaldo probatório, dará **início** à ação penal ofertando a denúncia.

Essa interpretação exsurge dos dispositivos legais que tratam da questão, quando relacionada às condições de procedibilidade.

No caso específico da deserção, temos que o Código de Processo Penal Militar autoriza o Ministério Público Militar a promover a ação penal (oferecer denúncia), o arquivamento ou o que for de direito, após a reinclusão ou reversão do desertor para a Força Armada da qual se ausentou, conforme o disposto no art. 457, parágrafo terceiro.

De igual modo todos os dispositivos que tratam do crime de deserção ou do cumprimento da pena, fazem referência a condição de militar tão-somente para efeito de início da ação penal, não tratando em qualquer dispositivo legal da situação de militar para efeito do cumprimento de pena.

Uma única exceção é feita quando se trata do crime de deserção praticado por oficial, situação esta em que o Código de Processo Penal Militar determina que o oficial será agregado até decisão transitada em julgado, nada mais estabelecendo quanto aos demais casos.

Também deve-se observar que o Código de Processo Penal Militar determina que a não reinclusão é causa de isenção do processo, não dispondo se a ausência posterior ao início da ação penal tem qualquer interferência no seu andamento.

De maneira que, data maxima venia, pelos dispositivos legais e entendimentos doutrinários acima elencados, é de concluir que a condição de militar em atividade não é essencial para o desenvolvimento da ação penal pelo crime de deserção, pois a semelhança das demais condições de procedibilidade acima elencadas não deve admitir retratação ou alteração do estado de fato.

É claro que em virtude de entendimento de política criminal foram adotadas decisões nesse sentido, ou seja, exigir-se a condição de militar até o trânsito em julgado da ação, e até mesmo na fase de execução, pois o delito de deserção, como crime tipicamente militar, afeta frontalmente a disciplina e hierarquia, podendo inviabilizar a operacionalidade de uma Unidade Militar.

Todavia, essa interpretação, até por ser de política criminal, vem trazendo, hoje, transtornos insuperáveis à Justiça e às Unidades Militares.

Primeiro porque a Justiça não pode ignorar que em determinados casos os réus no crime de deserção já deveriam ter sido licenciados, e não o são por conta de uma ação penal, o que não encontra amparo legal.

Aliás, algumas decisões nesse sentido estão sendo proferidas Justiça Militar da União, as quais são de uma clareza solar, pois os diversos julgados trazidos a colação são irrepreensíveis, e reconhecem que as pessoas que terminaram o tempo de serviço militar obrigatório ou seu compromisso, ou seu tempo de carreira militar, não podem permanecer vinculados as Forças Armadas, sem a observância dos requisitos necessários, quais sejam, interesse das partes, e, no caso do término do tempo de carreira militar não há outra alternativa, que não a transferência para a reserva.

Por oportuno é de se observar que o Código de Processo Penal Militar em seus artigos 392, 393 e 394 tratam do assunto da seguinte forma.

Vejam os:

“Proibição de transferência ou remoção

Art. 392. O acusado ficará à disposição exclusiva da Justiça Militar, não podendo ser transferido ou removido para fora da sede da Auditoria, até a sentença final, salvo motivo relevante que será apreciado pelo auditor, após comunicação da autoridade militar, **ou a requerimento do acusado, se civil.**

Proibição de transferência para a reserva

Art. 393. O oficial processado, ou sujeito a inquérito policial militar, não poderá ser transferido para a reserva, **salvo se atingir a idade-limite de permanência no serviço ativo.**

Dever do exercício de função ou serviço militar

Art. 394. O acusado sôlto não será dispensado do exercício das funções ou do serviço militar, exceto se, no primeiro caso, houver incompatibilidade com a infração cometida.”

Como se verifica nos dispositivos transcritos o único que traz alguma restrição a dispensa do serviço militar é o 394.

Todavia a restrição informada evidentemente deve ser interpretada com os demais dispositivos que tratam do tema.

Se é possível dispensar até um oficial do serviço ativo em virtude da conclusão de tempo de serviço, como justificar a permanência de um recruta após término de tempo de serviço.

No mesmo sentido, como justificar a permanência de um 'contratado' – engajado ou temporário – após o término de tempo de serviço.

As restrições estabelecidas no código de processo penal militar, não podem alterar as disposições legais pertinentes à Administração no que pertine a sua organização, tanto que até as limitações de transferências de Unidade de denunciados são facultadas desde que comunicadas à autoridade competente.

Além desses aspectos teóricos jurídicos, temos questões de fato que vêm causando, como dito, grande transtorno à Justiça e às Organizações Militares.

O fato das Unidades Militares terem que manter réus acusados de deserção após o cumprimento de seus compromissos com a nação – serviço militar obrigatório – ou compromisso com a Força Armada, só causa dificuldades para ambas as partes.

O denunciado não pode resolver sua vida, pois vinculado ao serviço militar contra a sua vontade, o que lhe traz grande insatisfação e ausência de qualquer motivação para realizar qualquer tarefa.

A Unidade Militar não pode atribuir a este indivíduo qualquer trabalho relevante, pois sabe que não será bem executado e trará problemas, bem como tem uma ou mais vagas de seu quadro de militares comprometido, uma vez que não pode substituir aquele militar que não tem mais nenhum interesse em atender ao serviço militar e a hierarquia e disciplina.

Tais circunstâncias podem ser constatadas nos inúmeros casos de deserção em que se apresentam as circunstância acima elencadas.

Quanto à Justiça, além da circunstância acima exposta, hoje tem-se entendimentos diversos causando o que se pode nominar de insegurança jurídica.

O estado quando quer vincular seu poder de persecutio criminis o faz expressamente, e no caso do desertor estabeleceu que para o início da ação penal o acusado deve ostentar a condição de militar em atividade, e parou por aí.

Não fez qualquer referência ao andamento da ação penal pelo fato do agente permanecer ou não ostentando a condição de militar.

Os doutrinadores no Direito Militar também não fazem qualquer referência a necessidade de que o agente que responde pelo crime de deserção deva ostentar a condição de militar em atividade durante a ação penal e na fase de execução.

Embora, como já exposto, a situação tenha até sido cotejada em várias decisões como política criminal, nos parece que a hodierna política criminal exige a mudança de paradigma, pois mais adequada à situação atual e à realidade da sociedade civil e militar.

Com este entendimento todos os questionamentos sobre o tema estariam superado.

O denunciado ou sentenciado poderia resolver sua vida exercendo a atividade que lhe aprouver, não se eximindo da ação penal.

O denunciado ou sentenciado não estaria mais vinculado às Forças Armadas e estas poderiam formar seus quadros com novos elementos atendendo suas necessidades.

A Justiça estaria sendo distribuída, pois adotando-se tal entendimento terminariam os casos de sucessivas deserções e ações penais capengas perante o Judiciário, bem como destinaria aos condenados às penas do Código Penal Militar atendendo o regime de cumprimento da legislação penal comum, no caso específico o regime aberto conforme já admite a jurisprudência do STF, RT 665/363; 674/354; e, STJ, RT667/345, e/ou penas alternativas que devem ser reconhecidas na Justiça Militar, principalmente para civis.

Também, data maxima venia, não se está afrontado qualquer súmula do E. Superior Tribunal Militar, uma vez que as súmulas que tratam do assunto não discutem a ação penal, mas seu início, o que vem expressamente estabelecido na de número 12, isto é.:

“A praça sem estabilidade não pode ser denunciada por deserçãosem ter readquirido o status de militar, condição de procedibilidade para a persecutio criminis, através da reinclusão. Para a praça estável, a condição de procedibilidade é a reversão ao serviço ativo”

Como se verifica, a Súmula impõe restrição quanto a denúncia, e não quanto ao andamento da ação penal, semelhante a qualquer outra condição de procedibilidade.

Por fim, tratando-se de tema controverso perante a Justiça Militar, não se esgotam as possibilidades de soluções da questão, todavia providências devem ser adotadas, e esta interpretação ora sustentada, data venia, contem algumas considerações sobre o tema para reflexão e aprimoramento da Justiça Militar.

Bibliografia:

1- Constituição federal, código penal, código de processo penal / organizador Luiz Flavio Gomes – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

2 – Legislação penal militar: Código penal militar, Código de Processo Penal Militar, Organização Judiciária Militar, Segurança Nacional, Legislação

complementar. Organização e notas / de / Edgard de Brito Chaves Júnior. 7ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

3 – Código de processo penal comentado / Fernando da Costa Tourinho Filho. – São Paulo: Saraiva, 1996.

4 – Código de processo penal comentado / Guilherme de Souza Nuci. 8ª edição rev. Atual. e ampli. 3ª tir. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

5 – Comentário ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores/ 6ª edição/ Jorge Cesar de Assis./ Curitiba: Juruá, 2007.