

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ
CENTRO DE EDUCAÇÃO DA UNIVALI EM BIGUAÇU
CURSO DE SEGURANÇA PÚBLICA**

MARCELLO WAGNER SCHLISCHTING

**O CRIME DE DESERÇÃO E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO
ÂMBITO DAS PRAÇAS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE
SANTA CATARINA**

Florianópolis

2006

MARCELLO WAGNER SCHLISCHTING

O CRIME DE DESERÇÃO E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DAS PRAÇAS
DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Segurança Pública pela Universidade do Vale do Itajaí, Centro de Educação Biguaçu.

Orientador: 1º Tenente PM Sancler Adilson Alves

Florianópolis

2006

MARCELLO WAGNER SCHLISCHTING

O CRIME DE DESERÇÃO E SEUS ASPECTOS PROCESSUAIS NO ÂMBITO DAS PRAÇAS
DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado e aprovado em sua forma final pela
Coordenação do Curso de Segurança Pública da Universidade do Vale do Itajaí, em 03 de outubro
de 2006.

Moacir José Serpa
Univali – CE Florianópolis
Coordenador (a) do Curso

Banca Examinadora:

Sancler Adilson Alves
Univali – CE Florianópolis
Professor Orientador

Marlon Jorge Teza
Univali – CE Florianópolis
Membro

Renato José Thiesen
Membro

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado:

A Deus, razão da minha existência.

Aos meus pais Osmar e Izabel, pelo constante apoio em todos os momentos de minha vida e em especial pelo incentivo e apoio durante o curso, bem como por todo o amor dispensado.

Aos meus irmãos André e Cristina por compreender minhas particularidades e pelo carinho incondicional.

AGRADECIMENTOS

À Polícia Militar de Santa Catarina.
Ao orientador, 1º Ten. PM Sancler Adilson Alves, pelo
acompanhamento pontual e competente.

RESUMO

O presente trabalho tem por fulcro fazer um estudo acerca do crime de deserção, ou seja, ausência injustificada do militar por mais de oito dias, bem como de seus aspectos processuais no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Neste sentido, há que se realizar uma abordagem relativa ao Direito Penal Militar, enquanto disciplina especial e autônoma do Direito Penal Comum, bem como conceituar e classificar o crime militar, diferenciando-o do crime comum. Através deste embasamento, será possível descrever o crime de deserção como crime propriamente militar que lesiona o serviço militar em função da conduta do militar que o abandona injustificadamente. O procedimento do crime de deserção enseja diversos atos de competência da Polícia Judiciária Militar, que culminarão no termo de deserção, o qual, a partir de sua lavratura e devida publicação, sujeitará o militar a prisão permanentemente, visto estar em constante estado de flagrante delito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar, Crime Militar, Deserção.

ABSTRACT

The present work has for fulcrum to make a study concerning the desertion crime, that is, unjustified absence of the military man for more than eight days, as well as of its procedural aspects in the scope of the praça's of the Military Policy of the State of Santa Catarina. In this direction, it has that to become fulfilled a relative boarding to the Criminal law to militate, while it disciplines special and independent of the Common Criminal law, as well as appraising and classifying the militar offense, differentiating it of the common crime. Through this basement, it will be possible to describe the desertion crime as crime properly to militate that injury the military service in function of the behavior of the military man who abandons it unjustifiedly. The procedure of the desertion crime tries diverse acts of ability of the Policy Judiciary to militate, that they will culminate in the desertion term, which, from its drafting and which had publication, will subject the military man permanently the arrest, seen to be in been constant of crime detected in the act.

Keywords: Military criminal law, Militar offense, Desertion.

LISTA DE ABREVIATURAS

APF – Auto de Prisão em Flagrante

CLT – Consolidação das Leis do trabalho

CPM – Código Penal Militar

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – Habeas Corpus

ONU – Organização das Nações Unidas

PMSC – Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Resumo

Abstract

Listas de abreviaturas

1 INTRODUÇÃO 11

1.1 Tema 11

1.2 Problema de Pesquisa 13

1.3 Perguntas de pesquisa 14

1.4 Objetivos 14

1.4.1 Objetivo Geral 14

1.4.2 Objetivos Específicos 14

1.5 Justificativa 15

1.6 Aspectos Metodológicos 16

1.7 Apresentação Geral do Trabalho 17

2 DIREITO PENAL MILITAR 19

2.1 Histórico do Direito Penal Militar 19

2.2 Histórico da Legislação Penal Militar no Brasil 20

2.3 Autonomia do Direito Penal Militar 22

2.4 O Crime Militar 27

2.4.1 Crimes Propriamente ou Impropriamente Militares 31

2.4.1.1 Crime Propriamente Militar 32

2.4.1.2 Crime Impropriamente Militar 33

2.5 Conceito de Militar 34

3 O CRIME DE DESERÇÃO 37

3.1	Histórico da Deserção	37
3.2	Aspectos Gerais do Crime de Deserção	41
3.3	Prescrição no Crime de Deserção	45
3.4	Deserção Após Ausência Autorizada	48
3.5	Atenuante e Agravante Especiais	51
3.6	Deserção Imediata	53
3.7	Concerto para Deserção	55
3.8	Deserção Após Evasão ou Fuga	57
3.9	Favorecimento a Desertor	58
3.10	Omissão de Oficial	59
3.11	O Crime de Deserção em Tempo de Guerra	60
4	O PROCESSO DE DESERÇÃO DE PRAÇAS NO ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA	61
4.1	Parte de Ausência	61
4.2	Despacho do Comandante	62
4.3	Inventário	63
4.4	Mandado de Diligência	63
4.5	Prazo de Graça	64
4.6	Parte de Deserção	65
4.7	Termo de Deserção	66
4.8	Da Agregação e da Exclusão	67
4.8.1	Da Agregação e da Reversão ao Serviço Ativo das Praças Estáveis	67
4.8.2	Exclusão e Reinclusão de Praça Especial e Praça Sem Estabilidade	68
4.9	Da Prisão do Desertor	69
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	73
6	REFERÊNCIAS	76
	ANEXOS	79

Anexo I – Parte de Ausência 80

Anexo II – Despacho do Comandante na Parte de Ausência 82

Anexo III – Inventário 84

Anexo IV – Parte de Deserção 86

Anexo V – Despacho do Comandante na Parte de Deserção 88

Anexo VI – Termo de Deserção 90

1. INTRODUÇÃO

1.1 Tema

Ao se estudar o crime de deserção e seus aspectos processuais, há que se fazer, em primeiro lugar, um enfoque holístico, abrangendo algumas considerações sobre o que seja um Direito Especial, diferenciando-o do Direito Comum. Além disso, especificar, dentro do Direito Especial, o que é o Direito Militar, determinando-o como Direito autônomo e, em seguida, caracterizar o Crime Militar em sua essência, fazendo-se as devidas classificações ditadas pela doutrina majoritária, diferenciando-o dos crimes tipificados no Código Penal Comum.

Desta forma, José Frederico Marques, apud Damásio de Jesus (1992), nos ensina que quando, para aplicação da norma, se faz necessário a utilização de órgãos jurisdicionais especiais previstos na constituição, estamos nos referindo, a um Direito Especial e, do contrário, quando não se exigir jurisdição especial, há que se falar em Direito Comum.

Neste viés, tem-se que no Brasil, a Justiça Penal Militar é o órgão que tem a incumbência de aplicar o Direito Penal Militar e, assim sendo, torna o Direito Penal Militar um Direito Penal Especial (DAMÁSIO, 1992). Entretanto, isoladamente, esta teoria não explica de forma suficiente a condição do Direito Penal Militar ser classificado como especial, mas, de forma bem mais satisfatória, o fato dos bens juridicamente tutelados, ou seja, as Instituições militares e suas bases (hierarquia e a disciplina), serem objetos específicos do Direito Penal Militar. (CAMPOS JÚNIOR, 2001, p.71 e 129).

Confirmando-se, então, a especialidade do Direito Penal Militar, continua-se a pesquisa trazendo breve definição do que seja o crime militar que, nos ensinamentos de Célio Lobão (2004, p.50) é:

a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

Isto posto, leciona ainda que tanto o civil quanto o militar podem ser agentes de um crime militar

quando este dizer respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar e ao serviço militar; e, quando atingirem à hierarquia e a disciplina militar, terão como agentes somente a figura do militar, nunca o civil. (LOBÃO, 2004).

Nesta esteira, a carta magna, em seu art. 5º, inc.LXI estabeleceu a classificação que a doutrina e as jurisprudências anteriores a 1988 já admitiam, ou seja, a divisão do crime militar em crime propriamente militar e crime impropriamente militar. (LOBÃO, 2004, p.72 e 73).

Pode-se ainda, doutrinariamente, chamar os crimes propriamente militares de puramente, meramente, essencialmente ou, ainda exclusivamente militares, visto estas expressões serem sinônimas, segundo o que nos ensina Célio Lobão (2004).

Conceitualmente este tipo de crime militar é, nas palavras de Célio Lobão (2004, p. 78),

A infração penal, prevista no Código penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar.

Em outro diapasão o crime impropriamente militar é, ainda nos ensinamentos de Bandeira, apud Célio Lobão (2004, p. 84) a espécie de “infração que o soldado comete como simples particular (...)”, ou ainda:

aquele que pela condição de militar do culpado, ou pela espécie militar do fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das forças armadas. (BANDEIRA, apud LOBÃO, 2004, p.92).

Encerrando este assunto, o próprio Lobão (2004, p. 92) leciona que:

Em conformidade com o direito material brasileiro, crime impropriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo específica e funcional da profissão do soldado, lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses.

Após todo este embasamento teórico, por fim, chega-se ao crime militar de deserção propriamente dito. É crime militar por força do que se compreende do art. 9º, inc I, 2ª parte do Código Penal

Militar (crimes definidos de modo diverso ou não previstos no Código Penal Comum), sendo considerado um crime propriamente militar por “tratar-se de infração penal específica e funcional do ocupante do cargo militar”. (LOBÃO, 2004, p.258).

Do art. 187 do CPM (BRASIL, 1969a), tem-se que a deserção consiste em “ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias”. A este delito, o Código determinou pena de detenção de seis meses a dois anos, sendo a pena agravada se o culpado for oficial.

Os procedimentos processuais adotados para o delito em questão são especiais para que ocorra uma maior celeridade em seus julgamentos e, de acordo com a lei 8.236/91, existem dois tipos de ritos: um para praças e outro para oficiais das forças armadas e das forças auxiliares (LOBÃO, 2004, p. 266). Para o presente estudo, tem-se como foco apenas o rito processual que diz respeito às praças com ou sem estabilidade e às praças especiais no âmbito da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

1.2 Problema de Pesquisa

De acordo com a Legislação Penal Militar, a Legislação Processual Penal Militar e a doutrina e a jurisprudência dominante, quais são as características do crime de deserção e quais as etapas de seu processo no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina?

1.3 Perguntas de Pesquisa

- O Direito Penal Militar é realmente um Direito Especial, autônomo do Direito Penal Comum? - Quais são as características que distinguem o Crime Militar do Crime Comum? - Quais são as classificações dos crimes Militares, segundo a doutrina majoritária e a divisão imposta pela Constituição Federal de 1988? - Quais são os aspectos legais e doutrinários do crime de deserção? - Quais são os aspectos legais e doutrinários do processo de deserção de praças no âmbito da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo Geral

- Caracterizar o crime de deserção e seus aspectos processuais no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

1.4.2 Objetivos Específicos

- Diferenciar o Direito Penal Militar do Direito Penal Comum, comprovando sua autonomia.
- Distinguir o Crime Militar do Crime Comum.
- Classificar os Crimes Militares, conceituando-os segundo a legislação vigente e a doutrina majoritária.
- Conceituar os aspectos legais, segundo a doutrina majoritária, do crime de deserção.
- Apresentar e conceituar as etapas do processo de deserção no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

1.5 Justificativa

Como bem explana Julio Fabbrini Mirabete, em prefácio da obra de Loureiro Neto (2001, p. 15):

Há muito que os aplicadores da lei penal militar e os estudiosos em geral reclamam do vácuo existente na doutrina pátria no que diz respeito a comentários sobre o vigente Código Penal Militar. A distinção entre crime comum e crime militar e, conseqüentemente, a competência para apreciá-

los, sujeitas a dúvidas ainda não de todo resolvidas, [...], bem como o estudo dos crimes militares puros, são temas que não mereceram até hoje um estudo mais apurado.

Também Eládio Pacheco Estrela (1997) sentiu esta dificuldade ao afirmar que a Legislação Militar Nacional estava defasada, principalmente aquela que tinha relação com a da Polícia Militar, visto que, segundo este doutrinador, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a legislação castrense perdeu grande parte de sua identidade própria, já que era, quase totalmente, baseada em leis e decretos federais que disciplinavam o sistema das forças armadas e, após a edição da *lex fundamentalis*, haveria de passar por imediata adequação às normas agora vigentes.

Nesta esteira, percebe-se que o tema em questão envolve-se com a uma parte que também foi pouco estudada por cientistas da área. Raras doutrinas dificultaram o trabalho e até mesmo causaram certos entraves para sua composição. Não obstante, o tema revela-se de extrema importância para a Polícia Militar, visto que, mesmo raros, já alguns casos de deserção foram relatados na Corporação. Além disso, objetiva-se, com este estudo, conceituar importantes áreas do Direito Penal Militar, como o conceito doutrinário de crime militar, bem como sua classificação doutrinária e jurisprudencial que, ainda nos dias atuais, é motivo de grande controvérsia e não raros casos de equívocos, mesmo entre os integrantes das forças armadas e forças auxiliares, revelando-se de suma importância seu estudo para que a Instituição Policial Militar tenha seus conceitos basilares reforçados.

1.6 Aspectos Metodológicos

O presente trabalho tem como tema “O Crime de Deserção e sua Processualidade no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina”, e, assim sendo, segue-se a metodologia utilizada para que se possa atingir os objetivos almejados e as respostas para as perguntas formuladas.

Desta forma, tem-se que segundo Fachin (2003, p.123):

Pesquisa é um procedimento intelectual em que o pesquisador tem como objetivo adquirir conhecimentos por meio da investigação de uma realidade e da busca de novas verdades sobre um

fato (objeto, problema). Com base em métodos adequados o pesquisador busca conhecimentos específicos, respostas ou soluções para o problema estudado.

Já nos ensinamentos de Gil (1996, p.19) pode-se definir pesquisa como “o procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”.

No que tange a classificação da atual pesquisa, pode-se estabelecer que, segundo seus objetivos gerais, ela se classifica como uma pesquisa exploratória, visto ter como principal objetivo o aprimoramento de idéias e o levantamento de hipóteses sobre um assunto pouco explorado (GIL, 1996), qual seja, o Direito Penal Militar e, em específico, o crime de deserção e seus aspectos processuais, quando praticado por praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina. Para tanto, far-se-á uso de levantamento bibliográfico do pouco material disponível sobre o tema.

Neste viés, a atual pesquisa pode também ser classificada como uma pesquisa bibliográfica, já que será concebida através da reunião de conhecimentos humanos reunidos em obras que se relacionem de alguma forma com o tema proposto. (FACHIN, 2003).

Também Gil (1996, p.48) afirma que “a pesquisa bibliográfica é desenvolvida através de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”.

Desta forma, a presente pesquisa, pode ser classificada como exploratória e bibliográfica.

1.7. Apresentação Geral do Trabalho

O presente Trabalho de Conclusão de Curso explanará sobre o crime de deserção e seus aspectos processuais no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, tendo sido dividido em quatro capítulos para que melhor se alcance tal desiderato.

O primeiro capítulo abordará o tema de uma forma genérica, buscando apenas introduzir o assunto de forma geral, para que, nos capítulos vindouros, cada tema abordado seja devidamente esmiuçado.

Abrangerá, o segundo capítulo, o histórico da legislação penal militar nacional, bem como a especialidade e autonomia do Direito Penal Militar. Também se estudará o crime militar, suas características e classificações.

No capítulo vindouro, será feita uma leitura das principais características do crime de deserção,

englobando, além de um breve histórico sobre o delito em tela, os tipos de deserção que estão positivados no Código Penal Militar.

No quarto capítulo, far-se-á uma análise sobre a parte processual do crime de deserção, apresentando-se os diversos atos de responsabilidade da Polícia Judiciária Militar, dentre estes, a parte de ausência, o inventário do material permanente do Estado, o termo de deserção, a exclusão do estado efetivo do militar do Quadro de sua Unidade, ou seja, todas as formalidades exigidas pelo regramento processualístico castrense.

2 DIREITO PENAL MILITAR

É indispensável, antes de se fazer um estudo mais aprofundado do crime de deserção e de seus aspectos processuais, realizar um embasamento teórico das características que são próprias do Direito Penal Militar, uma vez que este crime é classificado pela doutrina como militar em razão do disposto no inc. I, 2ª parte, do art. 9º do Código Penal Militar. Além disso, doutrinariamente é considerado um crime militar próprio pelo fato de atingir o serviço militar diante da conduta do agente que o abandona, que se ausenta ou se afasta indevidamente do lugar em que serve ou do lugar em que deve permanecer por um prazo maior que oito dias.

2.1 Histórico do Direito Penal Militar

A doutrina majoritária classifica as fases pelas quais o Direito Penal Militar caminhou em: 1ª Fase – Antiguidade; 2ª Fase – Período Romano; 3ª Fase – Idade Média; 4ª Fase – Revolução Francesa. (CAMPOS JÚNIOR, 2001).

Na primeira fase, existiu o que se pode chamar de período embrionário do Direito Penal Militar, cujo maior legado encontra-se nas disposições mosaicas contidas principalmente no quinto livro da Bíblia Sagrada, o Deuteronômio, que discorria sobre o serviço militar e o direito de guerra.

Neste período, ainda não há que se falar em um Direito Penal e Processual Penal Militar, mas apenas disposições que se confundiam e se misturavam com o Direito Comum. (CAMPOS

JÚNIOR, 2001).

No que tange ao Período Romano, pode-se afirmar que se iniciou na época de César Augusto, sendo "inquestionável que as origens históricas do direito criminal militar, como em qualquer ramo do direito, são principalmente as que nos oferecem os romanos" (LOUREIRO NETO, 2001, p.20). Desta forma, a civilização romana deixou um legado de numerosos e variados textos sobre a matéria militar, servindo aos povos modernos como guia na legislação e na arte militar. (LOUREIRO NETO, 2001).

Também Célio Lobão (2004, p.44) faz menção do direito romano, afirmando que "a violação do dever militar alcançou noção jurídica perfeita e científica, o que se explica porque Roma conquistou o mundo com o rigor da disciplina militar.

Com a chegada da Idade Média, não só o Direito Militar como quase todos os ramos do direito e das ciências em geral forma envolvidas por um esquecimento que perdurou durante séculos. No entanto, pode-se perceber que houve uma modificação no sentido de que a jurisdição militar adquiriu o aspecto de foro privilegiado.

Neste sentido, Campos Júnior (2001, p. 99), leciona que:

Com a Idade Média, exsurge nebuloso o terceiro estágio do Direito penal castrense pois, como relata CARPENTER, 'A sombra da idade média tudo envolveu. O direito perdeu o seu brilho. A disciplina dos exércitos se entibou'. De outra parte, Astrosa HERRERA enaltece a seguinte característica: 'A jurisdição militar adquire o caráter de foro privilegiado, em favor da classe militar que era dirigente'. (Grifo do autor).

A última fase do Direito Penal Militar teve início com a chamada Revolução Francesa (1789), na Idade Moderna, formando-se um exército popular e sobrepondo-se as leis comuns à disciplina das obrigações militares (CAMPOS JÚNIOR, 2001), além de estabelecer, neste período, os princípios da jurisdição militar moderna, "despojando-se de seu caráter feudal de foro privilegiado, estabelecendo-se a restrição ao foro em razão das pessoas e da matéria, limitações que já havia acolhido o direito romano". (LOUREIRO NETO, 2001, p.20).

2.2 Histórico da Legislação Penal Militar no Brasil

Os vinte e nove Artigos de Guerra do Conde de Lippe podem ser considerados como a primeira legislação penal militar no Brasil, pois antes dela existiam apenas um amontoado de Ordenações, Regimentos e regulamentos militares oriundos da então metrópole, Portugal. (CAMPOS JÚNIOR, 2001).

Somando-se aos citados Artigos de Guerra de 12 de julho de 1763, existia também o alvará de 13 de fevereiro, que definiam e puniam os crimes militares, "sendo que o crime de deserção era punido pela Ordenança de 9 de abril de 1805". (COSTA, 1978, p.17).

Com o objetivo de uniformizar todo este aglomerado legislativo, em 1820 aprovou-se um Projeto de Código Penal Militar. No entanto, "Tal projeto não logrou êxito, não tendo entrado em vigor". (CAMPOS JÚNIOR, 2001, p.102).

Mais tarde, em 10 de setembro de 1866, o Conde d'Eu, presidente da Comissão de Exame da Legislação do Exército, apresentou novo projeto de Código Penal Militar cujo destaque está no fato de que para aplicação das penas, não se atentava para quaisquer circunstâncias atenuantes. (CAMPOS JÚNIOR, 2001, p.102). Entretanto, o Governo continuava negando-se a utilizar uma codificação adequada, persistindo em fazer uso de "leis especiais como a Lei 3.615 de 4 de agosto de 1875, que foi regulamentada pelo decreto 6.934 de 8 de junho de 1878." (COSTA, 1978, p. 18).

Desta forma, somente com o regime republicano que esta situação se modificou, ocorrendo a 1ª Codificação Penal Militar, através do Decreto 949 de 05 de novembro de 1890. Entretanto, adiada sua execução, o então Ministro da Marinha, Contra-Almirante Fortunato Foster Vidal, promoveu algumas modificações que culminaram no 2º Código Penal da Armada dos Estados Unidos do Brasil, através do decreto 18, de 07 de março de 1891. (CAMPOS JÚNIOR, 2001).

Após, em 24 de janeiro de 1944 é editado o 3º Código penal Militar, pelo Dec.-lei 6.227, que, nas palavras de Campos Júnior (2001, p. 103), serve como um "divisor de águas", sendo que, atualmente, vige o Dec.-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. No entanto, como ainda esclarece Campos Júnior (2001), existe, desde 1996, um Projeto de lei, mentalizado por Célio Lobão, que visa o aperfeiçoamento da atual lei castrense.

2.3 Autonomia do Direito Penal Militar

O assunto ora abordado por este subitem encontra-se eivado por diversas correntes doutrinárias,

divergindo opiniões no sentido de classificar ou não o Direito Penal Militar como um Direito Especial, autônomo do Direito Penal Comum. Também, a parte da doutrina que classifica o Direito Penal Militar como Direito especial diverge no motivo que leva este Direito ser classificado desta forma particular.

Assim sendo, destaca-se em desfavor da autonomia do Direito Penal Militar, países como França e Itália, onde diversos autores procuram "situá-lo como simples ramo do Direito Penal Comum, de caráter excepcional, despido das características próprias de um Direito especial" (COSTA, 1978, p. 11). No Brasil, pode-se destacar a figura do Dr. Esmeraldino Bandeira que afirmava ser, o Direito Penal Militar, uma mera especialização do Direito Penal Comum, pelo fato de que os princípios básicos deste último também são válidos para o primeiro. (LOUREIRO NETO, 2001).

Outra corrente menos radical, afirma que a jurisdição castrense deve manter-se apenas em tempo de guerra e ser restringida em tempo de paz. Países como França, onde a reforma da justiça militar de 1928 suprimiu a justiça militar em tempo de paz e a ampliou em tempo de guerra, e Argentina fazem uso deste pensar. (LOUREIRO, 2001).

Em diapasão diverso, há que se comentar acerca da corrente doutrinária que versa sobre a autonomia do Direito Penal Militar, embasando teoricamente os motivos que levam parte dos estudiosos da área a crer que este Direito é, em essência, um Direito Especial.

Desta forma, contribuindo para este sentido, pode-se fazer menção dos ensinamentos de Mayrink da Costa (1978, p.22):

[...] mais por comodidade do que por convicção científica, não são poucos os que ainda consideram o Direito Penal Militar como um simples satélite do Direito penal comum, destituído de condições necessárias para aspirar à consagração de uma disciplina jurídica autônoma. O Direito Penal Militar seria um mero direito profissional de aplicação limitada ou restringível aos membros das Forças Armadas. Este juízo, mais ágil do que científico, tem encontrado, em certos momentos de crise, apoio mais largo nos meios jurídicos e na opinião pública; [...]

[...]

Como as demais contribuições do Direito, as jurídico-militares nascem de realidades sociais incoercíveis, as quais, identificadas e classificadas, sub specie juris conduzem à configuração legítima de um ramo especial da ciência jurídica. Esta afirmação se apóia em elementos substanciais e objetivos, pouco importando a insistente objeção de que o Direito Penal Militar não se tenha consagrado na doutrina como disciplina autônoma. (Grifo do autor).

Considerando-se assim o Direito Penal Militar como um Direito Penal Especial, segue-se a fundamentação desta teoria.

Assim, Damásio de Jesus (1992, p.8) explica, de forma não convencedora, como veremos a seguir, a diferença entre o Direito Comum e um Direito Especial, da seguinte forma:

O critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. Como escreve José Frederico Marques, direito comum e direito especial, dentro do nosso sistema político, são categorias que se diversificam em razão do órgão que deve aplicá-los jurisdicionalmente. Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal norma agendi tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será de norma penal comum.

O mesmo Damásio (1992, p.8) encerra o assunto afirmando que no “Brasil, o Direito Penal Militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois sua aplicação se realiza por meio da justiça penal militar”.

Na realidade, esta corrente de pensamentos que afirma que a distinção entre o Direito Penal Comum e o Direito Penal Especial se encerra “em razão do órgão de aplicação jurisdicional não acarreta qualquer consequência prática de realce. O Direito Penal seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos inútil”. (FISCHER, apud CAMPOS JÚNIOR, 2001, p. 109).

Encerrando a discussão, Romeu Campos Barros, apud Célio Lobão (2001, p. 42 e 43), afirma que:

há crimes especiais que são processados e julgados na justiça comum, por determinação expressa da lei. A recíproca é verdadeira, excepcionalmente o delito comum pode inserir-se na jurisdição da justiça especial, como aconteceu com determinados crimes previstos no DL nº 898/69, na lei 1.802/53 e ocorre no Código penal Militar”.

Desta forma, chega-se “à conclusão de que o critério do órgão encarregado da aplicação do direito positivo não se presta para distinguir o direito penal especial do comum” (LOBÃO, 2001, p.42), ou seja, a autonomia do Direito Penal Militar não pode ser explicada, de forma simplista, pelo critério

do órgão encarregado por aplicar tal Direito, pelo fato de haver exceções já devidamente citadas. Nesta senda, faz-se necessário, expressar o real significado da expressão especial, tantas vezes avocada pelo Direito Penal Militar.

Assim, citando as palavras de Álvaro Mayrink da Costa (1978, p.33):

[...] o adjetivo especial é usado na doutrina do direito com variados sentidos. Na primeira acepção, indica uma lei que não está contida no código comum, mas que é integrativa. "Especial" significa substancialmente, complementar, contendo modificações ao Código penal comum (v.g. A lei de falências).

Num segundo significado, o termo "especial" vem a indicar uma lei que se aplica a uma determinada categoria de pessoas – qualidade ou especial condição jurídica (v.g. Código de navegação).

E, finalmente, é especial aquela lei que constitui species relativas a um genus (lei geral) e que contém em relação a estes elementos especializantes que se aplicam à norma geral. [...]

Nas três hipóteses aventadas, na primeira só quando se fala de lei especial; na segunda quando se fala de direito penal especial; e finalmente na terceira, quando de norma especial. (Grifo do autor).

Arrematando este assunto, o próprio Costa (1978, p.34) afirma que a Lei Penal Militar:

[...] é especial porque é complementaria do código penal comum; é especial porque, a máxima parte de sua norma, se dirige a uma determinada categoria de sujeitos; é especial, enfim, porque sua norma incriminadora contém dois elementos especializantes em relação à norma incriminadora comum. (Grifo do autor).

Entretanto, Campos Júnior (2001), afirma que, no que tange à primeira acepção de Costa quanto ao significado do termo especial, não é possível classificar as leis penais complementares ou extravagantes como especiais, visto serem perfeitamente enquadradas como normas de Direito Penal Comum, como por exemplo os delitos previstos na Lei de Tóxicos e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Sendo assim, este critério também não oferece condições de definir com a clareza necessária a especialidade do Direito penal Militar.

Quanto ao segundo aspecto levantado por Costa, Romeiro (1994, p. 4), neste mesmo diapasão, leciona que:

O direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis a sua defesa armada e à existência de suas instituições militares.

Célio Lobão (2004, p.44), concordando em parte com esta teoria, entende que embora o Direito Penal Militar seja aplicado predominantemente ao militar, pode, excepcionalmente, ser aplicado ao civil, "nos casos em que o objeto da tutela penal são bens e interesses das instituições militares relacionadas com sua destinação constitucional e legal (...)".

Logicamente, este entendimento serve apenas para a Esfera Federal, visto que no âmbito da Justiça Militar Estadual, um civil jamais poderá ser processado e julgado, face o exposto pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), in verbis:

Art. 125 Os estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta constituição:

[...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Neste viés, então, ao se fazer aplicação do Direito Penal Militar na Esfera Estadual, há que se levar em consideração o critério *ratione personae*, ou seja, a qualidade do agente em ser policial militar ou bombeiro militar. (CAMPOS JÚNIOR, 2001).

Daí é possível verificar que, um agente civil que cometer um crime militar em concurso com um militar integrante das Forças Armadas, por exemplo, o de deserção, ajudando-o a ausentar-se, estaria sujeito à aplicação da norma penal militar em seu desfavor na Esfera Federal. Entretanto, ao praticar este mesmo delito em concurso com um militar integrante das Forças Auxiliares (Polícia Militar e Bombeiro Militar), este estaria cometendo fato atípico, em virtude do que preceitua o art 125, § 4º da CRFB/88. (CAMPOS JÚNIOR, 2001 p.61 a 66).

Muito embora existam opiniões divergências, principalmente as proferidas por Campos Júnior

(2001, p.113 a 118), este critério, ajuda a explicar a autonomia do Direito Penal Militar, apenas ressaltando-se o caso do civil, que poderá ser julgado na Justiça Militar federal, mas nunca na Justiça Militar Estadual.

No que tange a terceira afirmação de Costa, Campos Júnior (2001) afirma, categoricamente, que a proteção da hierarquia e da disciplina militares, bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, são, exclusivamente, os fatores que tornam este direito um Direito Penal Especial.

Nas suas palavras, leciona que:

É interessante notar que o acerto quanto à delimitação da especialidade do direito penal Militar em função, apenas dos bens jurídicos por ele tutelados, bem como quanto à compreensão acerca da infinita relevância que coroa a disciplina e a hierarquia militares, haja vista o tudo que delas depende, além de nos tornar possível o convencimento quanto à sua configuração como um verdadeiro *juris singulare*, "(...) apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio", como diria Félix FISCHER, [...], igualmente têm o condão de sustentá-lo como uma disciplina jurídica autônoma.(CAMPOS JÚNIOR, 2001, p.175). (Grifo do autor).

Entretanto, para fins de que se sustente o Direito Penal Militar como um Direito autônomo, firma-se a teoria postulada por Célio Lobão (2004), que reúne a segunda e a terceira acepções de Costa. Assim, fazendo-se uso de suas palavras, tem-se que "O Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, como afirma Heleno Fraga, como também, pela natureza do bem jurídico tutelado". (LOBÃO, 2004, p. 43).

Em que pese, então, a infinita relevância da disciplina e hierarquia militares, o critério *ratione materiae*, isoladamente, não explica totalmente a autonomia do Direito Penal Militar pelo fato de que, na esfera da Justiça Militar Estadual, não é possível o processo e o julgamento de civil, por vedação constitucional já arrazoada, ou seja, torna-se impossível não levar em consideração, além do critério *ratione materiae*, o *ratione personae*.

Desta forma, para efeitos do presente Trabalho de Conclusão de Curso, considerar-se-á o Direito Penal Militar um Direito Especial, autônomo do Direito Penal Comum, sendo que, na esfera federal, isto ocorre em função do critério *ratione materiae* e, na esfera estadual, além deste mesmo critério, acrescenta-se o *ratione personae*, em virtude do embasamento teórico já exposto.

2.4 O Crime Militar

Como ponto de partida do referido subitem, faz-se necessário distinguir os crimes militares dos crimes comuns, pois, segundo as palavras de Campos Júnior (2001, p.69), “a cada um o seu processo”.

Desta forma, tem-se, nas palavras de Hélio Lobo, apud Campos Júnior (2001, p.70), o distanciamento que separa os delitos comuns dos militares:

Ao crime comum se opõe, conforme a lição clássica, o crime militar. Um regula-o, a lei comum; outro, a lei de exceção. Para aquele (sic), o direito do paisano; para este (sic), o direito do soldado. O primeiro tem sua repressão empreendida pelo código penal ordinário, é o homicídio, o ferimento, o furto. O segundo recebe uma codificação à parte, é o homicídio praticado por soldado, a deserção, o abandono de posto.

Prezando-se ainda mais pela citada diferenciação, afirma-se que o crime comum é aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa, enquanto que o crime militar exige “a ocorrência de determinadas circunstâncias, como sujeitos ativo e passivo militares, local do crime, época do crime, bem jurídico ofendido”. (LOBÃO, 2004, p.43).

Ainda, o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, pode ser citado como critério que extrema o crime militar da infração penal comum, pois, como dita a atual lei Maior em seu art. 124, são crimes militares aqueles definidos em lei. (LOBÃO, 2004, p.57).

Assim sendo, cuidando-se por um estudo um pouco mais aprofundado sobre o crime militar, pode-se considerar que desde a Constituição de 1946 que se utiliza o critério *ratione legis* para classificar um crime como militar, afirmando ser crime militar aquele que a lei considera como tal (LOBAO, 2004). Com a atual Constituição (BRASIL, 1988), esse critério ganhou força, consolidando-se em seu art.124, afirmando ser, a Justiça Militar, competente para “[...] processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

Desta maneira, o legislador pátrio não definiu o que seria o crime militar, “apenas enumerou taxativamente as diversas situações que definem este delito”. (LOUREIRO NETO, 2001, p.33).

Neste viés, ainda nos ensinamentos de Célio Lobão (2004, p.57):

[...] o CPM em vigor, seguindo o de 1944, e em obediência ao mandamento constitucional da época, que continua inalterado na atual Lei Maior (art. 124: "crimes militares definidos em lei"), adotou o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, na classificação do crime militar, sem, no entanto, dispensar outros critérios que, subordinados ao *ratione legis*, constituem elementos de caracterização do tipo penal impropriamente militar com definição idêntica no Código Penal Militar e no comum.

Estes "outros critérios", acima citados, subordinados ao *ratione legis*, face ao direito positivo brasileiro são: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis*. (LOBÃO, 2004, p.53).

Quanto aos critérios *ratione materiae* e *ratione personae*, Loureiro Neto (2001, p.31) explana que estes "dois critérios se articularam para a caracterização do crime militar", após a "instituição dos exércitos permanentes e do desenvolvimento da disciplina e do direito especial das forças armadas". Do *ratione materiae*, pode-se perceber que se sujeita unicamente a tutelar os bens juridicamente protegidos pelo CPM, quais sejam, a hierarquia, a disciplina, as Instituições Militares entre outros bens semelhantes. Entretanto, a utilização, por si só, deste critério, na visão de Célio Lobão (2004, p.65) tornou-se inadequada desde que houve uma "excessiva militarização dos crimes comuns, aliada à inclusão do civil como sujeito ativo dos delitos impropriamente militares", sendo imposto, então, substituição deste critério pelo *ratione legis*.

No que tange ao critério *ratione personae*, Célio Lobão (2004, p.64) afirma que é levado a baila quando:

o crime militar é o praticado pelo militar, independente de outra circunstância, sendo suficiente a condição de militar do sujeito ativo para que o delito receba a classificação de militar. Goza preferência do legislador em tempo de guerra, de comoção interna ou em circunstâncias excepcionais, como aconteceu no Império, com a lei nº 631 de 18 de setembro de 1851, ao considerar 'militares todos os crimes cometidos por militares nas províncias em que o governo mandar observar as leis para o estado de guerra e bem assim os cometidos por militares em território inimigo ou ocupado pelo exército'. (Grifo do autor).

Entretanto, a atual Constituição Federal acabou por omitir os sujeitos do delito militar, "deferindo ao legislador ordinário a atribuição de incluir ou não o civil como sujeito ativo do crime militar de

competência da Justiça Militar Federal" (LOBÃO, 2004, p.64), "ao passo que manteve, a nível constitucional, o militar estadual e o federal, como sujeito ativo do crime militar de competência da Justiça Militar federal e estadual, respectivamente". (LOBÃO, 2004, p.65).

Neste entendimento, o civil só poderá ser sujeito ativo de um crime militar, quando expresso na lei ordinária e, isto, somente na esfera da Justiça Militar Federal. No âmbito da Justiça Militar Estadual é majoritário o entendimento que o civil nunca poderá ser processado, visto a vedação imposta pelo art. 125, § 4º da lei Maior. (LOBÃO, 2004).

Ainda nos ensinamentos de Lobão (2004 p. 69-70):

A submissão do civil à justiça especializada, subtraindo-o de seu juiz legal resulta de disposição expressa de lei, mediante autorização constitucional, concedida à Justiça Militar Federal e não autorizada para a Justiça castrense estadual. A diferença é de clareza meridiana. A constituição delimitou a jurisdição da Justiça Militar estadual, restringindo-a, exclusivamente, aos crimes militares praticados por militar estadual, vedando desta forma, a ampliação dessa jurisdição especializada, pelo legislador ordinário e pelo intérprete, para alcançar o civil.

Como consequência, se o civil realiza determinada ação tipificada no Código Penal Militar, contra instituições militares estaduais, responde na Justiça comum, desde que sua conduta se ajuste a algum tipo comum da lei penal comum. Por exemplo, a violência contra policial militar, oficial de dia, praticada por militar e civil, em conjunto. O integrante da corporação estadual castrense responde na Justiça Militar estadual, pelo crime do art. 158 do CPM (violência contra militar de serviço), enquanto o civil será processado e julgado na Justiça comum por vias de fato (art. 21 da Lei de Contravenções) ou por lesão corporal ou por homicídio, se for alcançado um destes resultados.

Resumindo e concluindo os ensinamentos sobre a competência em razão da pessoa para julgar os crimes militares, Célio Lobão (2004, p. 72) é conciso e conclui o assunto da seguinte forma:

[...] o art. 124, da Lei Fundamental delegou ao legislador ordinário a competência para estender ou não o foro militar federal ao civil; o art. 125, §4º, da Lei Maior, por sua vez, limitou a jurisdição penal militar estadual, exclusivamente, aos integrantes das corporações militares estaduais : Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militares.

Quanto aos critérios *ratione loci* e *ratione temporis*, Loureiro Neto (2001, p.31) leciona que se relacionam respectivamente com aquele delito "praticado em lugar sujeito a jurisdição militar, como quartéis, navios etc. e também os praticados em situações anormais, como os de guerra, rebelião e de sítio".

Assis (2004, p. 38), concordando com a opinião de Loureiro Neto, afirma que “[...] o critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob a administração militar”, leciona ainda que, no caso do critério *ratione temporis*, são crimes militares “[...] os praticados em determinada época, como por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios”.

Concluindo de forma concisa este subitem, o crime militar é aquele previsto pelo Código Penal Militar, “com atendimento aos requisitos expressos nesse diploma penal, compreendendo os crimes propriamente e impropriamente militares” (LOBÃO, 2004, p.58) ou, fazendo-se uso do entendimento de Assis (2004, p. 37) “[...] é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares”. Assim, para existir o crime militar há que se fazer presente a tipicidade do ato, sua antijuridicidade e, além disso, deve atender aos ditames positivados no Código Penal Militar em seu artigo 9º.

2.4.1 Crimes Propriamente e Impropriamente Militares

Há muito que a doutrina e a jurisprudência proclamavam a classificação dos crimes militares em propriamente e impropriamente militares, sem, contudo, existir amparo legal na legislação brasileira. Entretanto, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal, Lobão (2004) entende que este dilema encontrou seu fim ao ser adotado, no art. 5º, inciso LXI, a tão clamada divisão, determinando que: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

Segundo palavras de Célio Lobão (2004, p.73), esta classificação, hoje imposta pela Lei Maior, também impede, "à autoridade militar, decretar, no curso do inquérito, a prisão provisória do autor de crime impropriamente militar".

Com relação às vastas expressões utilizadas para nomear estes dois tipos de crimes militares, Lobão

(2004, p.74) já asseverava que isto decorria da vontade dos diversos tratadistas em "dar cunho pessoal a seus comentários e, mais recentemente, ao desconhecimento da matéria, por parte de autores de decretos-lei e de projetos de lei".

Entretanto, o que ocorre, na verdade, segundo o mesmo Lobão (2004, p.74), acerca da disparidade da nomenclatura:

é que as expressões, puramente, meramente, essencialmente, exclusivamente militar são sinônimos de crime propriamente militar, denominação esta que recebeu acolhida na Lei Maior (art. 5º, inc. LXI). Quanto acidentalmente e crime misto, são sinônimos de crime impropriamente militar. Atualmente, as denominações de crime propriamente militar e impropriamente militar têm obtido mais aceitação na doutrina e nos tribunais.

2.4.1.1 Crime Propriamente Militar

Conhecido desde os romanos, o crime propriamente militar é aquele que é típico da figura do militar, ou seja, somente pode ser cometido pelo militar, nunca por paisano, pelo fato de que "consistem em infrações específicas e funcionais da profissão do soldado. (BANDEIRA, apud LOBÃO, 2004, p. 75).

Nas palavras de Lobão (2004, p. 78), crime propriamente ou puramente militar é "a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço militar e do dever militar".

Neste mesmo pensar, leciona Assis (2004, p.39) que:

crime militar próprio é aquele que só está previsto no Código Penal Militar e que só pode ser praticado por militar, exceção feita, ao de INSUBMISSÃO, que, apesar de só estar previsto no Código Penal Militar, só pode ser cometido por civil. (Grifo do autor).

Também Romeiro (1994, p. 68) afirma ser o crime propriamente militar "[...] aquele que só por militar poderia ser praticado, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhes são próprios".

Ou ainda "[...] aquele cuja ação penal só pode ser proposta contra militar". (ROMEIRO, 1994, p. 73).

Como crimes desta natureza, pode-se citar a insubordinação (art. 163), o desrespeito à superior (art.157) e o crime de deserção (art 187), objeto deste trabalho. Estes delitos, não necessariamente precisam ser cometidos em serviço ou no exercício da função militar ou ainda em local sob administração militar.

Ainda tomando como base os ensinamentos de Lobão (2004, p.80), pode-se afirmar que não é possível que um civil seja considerado agente de um crime essencialmente militar. Esta é a interpretação que emerge do art 5, inc. LXI, da Constituição (BRASIL 1988), que autoriza prisão sem flagrante delito ou sem ordem de autoridade judiciária, no caso de crime propriamente militar ou de transgressão militar. Nas palavras de Lobão (2004, p.80) "obviamente, a norma constitucional tem como destinatários exclusivos os militares, isto é, quem é autorizado a prender e quem está sujeito à prisão". O civil, embora excepcionalmente esteja sujeito à jurisdição militar federal, só pode ter sua liberdade cerceada em flagrante delito ou por decisão judicial.

Concluindo esta teoria, Lobão (2004, p. 80), afirma que "[...] a Constituição, a lei ordinária e a melhor doutrina, nacional ou estrangeira, só admite o militar como sujeito ativo do crime propriamente militar e não igualmente o civil".

Outrossim, nos crime propriamente militares há lesão a hierarquia, a disciplina, ou ao dever militar, "que somente podem ser ofendidos pelo militar e nunca, em hipótese alguma, pelo civil" (LOBÃO, 2004, p.81), ou seja, jamais o civil será submetido à Jurisdição Militar Federal por crime propriamente militar.

2.4.1.2 Crime Impropriamente Militar

O surgimento do crime impropriamente militar está, em um primeiro momento, ligado à necessidade de permanência, em terras longínquas, de exércitos permanentes, assegurando as conquistas da Roma antiga, sendo que, posteriormente, tem sua razão de ser após a institucionalização das Forças Armadas como braço armado permanente para defesa da pátria. (LOBÃO, 2004).

Nesta senda, os crimes impropriamente militares ganharam espaço nos códigos penais militares

"com a militarização dos delitos comuns que, desta forma, foram inseridos na jurisdição especializada independentemente do agente, civil ou militar". (LOBÃO, 2004, p. 85).

Sob esta luz, ao contrário do crime exclusivamente militar, o delito militar impróprio, não se baseia sempre na condição de militar do agente do crime, mas também no bem jurídico protegido, não se podendo, desta forma, excluir os civis de serem submetidos à Jurisdição Militar Federal, quando da prática de um delito desta natureza.

Nas palavras de Lobão (2004, p. 92), face ao direito material brasileiro:

crime impropriamente militar é a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão do soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses.

Também Assis (2004, p.38), concordando com Célio Lobão afirma que crimes militares impróprios:

São aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal Comum e, que, por um artifício legal tornam-se militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo.

Ainda, na lição de Lobão (2004, p.92-93) podem-se distinguir três tipos de crimes impropriamente militares no Código Penal Militar, "os previstos exclusivamente no diploma repressivo castrense; os definidos de forma diversa na lei penal comum; os com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal".

2.5 Conceito de Militar

Do art. 22 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969a) tem-se que:

É considerado militar, para efeito da aplicação deste código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada as forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição a disciplina militar.

Nas palavras de Jorge César Assis (2004, p.61), sobre o tema em tela:

Servidor público militar é o gênero, que apresenta duas espécies:

- a) Servidores Militares federais, que são integrantes da Forças Armadas e;
- b) Servidores Militares dos Estados, territórios e Distrito Federal, que são os integrantes de suas polícias militares e de seus corpos de bombeiro militares.

Atualmente, após a advinda da Emenda Constitucional 18, de 05 de fevereiro de 1998, o art. 42 e seus incisos, passou a tratar apenas dos militares estaduais, do Distrito Federal e dos Territórios e o art. 142, parágrafo 3º, disciplina agora a situação dos integrantes das Forças Armadas. (ASSIS, 2004).

No entendimento de Lobão (2004, p.96), militar é todo aquele que:

se encontra incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, mesmo afastado temporariamente do serviço ativo, por licença para tratamento de saúde, licença especial, férias, licença para tratar de interesse particular, etc. Enfim, o que interessa é o vínculo à instituição militar que desaparece com a exclusão do serviço ativo, por transferência para a reserva remunerada, por reforma, por demissão ou outros previstos no estatuto dos militares.

Para fins de que se apaguem quaisquer dúvidas quanto ao assunto em tela, necessário se faz transcrever a lição do professor Célio Lobão (2004, p.97) que dita quem são os agentes considerados militares ou civis para efeito da aplicação da lei penal militar, pela Justiça Militar Federal e pela Justiça Militar Estadual:

I - militar federal, (incorporado às Forças Armadas): militar, para efeito de aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal. Para este fim, somente ele, exclusivamente ele é considerado militar;

II - militar federal na inatividade (na reserva ou reformado): considerado civil para efeito de aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal, ressalvados os crimes cometidos antes de passar para a inatividade;

III - militar estadual, (integrante da Polícia Militar e o do Corpo de Bombeiros Militares): considerado civil para efeito de aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal;

IV - policial militar ou bombeiro militar na inatividade (na reserva ou reformado): considerado civil para efeito de aplicação da lei penal militar pela Justiça Militar Federal;

V - militar estadual, (integrante da Polícia militar e do Corpo de Bombeiros Militares): militar para efeito de aplicação da lei Penal Militar pela Justiça Militar estadual;

VI - militar estadual na inatividade (na reserva ou reformado): considerado civil. Desta forma não estão sujeitos a Justiça Militar Estadual, ressalvados os crimes cometidos quando se encontravam no serviço ativo.

Assim, quando, para efeitos do presente Trabalho, for mencionada a palavra Militar, refere-se aos integrantes das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, sendo "que os primeiros são assim considerados para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar federal, e os outros dois, para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar estadual". (LOBÃO, 2004, p. 97).

3 O CRIME DE DESERÇÃO

Sob a ótica do mundo civil, o abandono de emprego não constitui crime algum. Apenas enseja, de acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. Neste sentido, se o empregado deixa de comparecer ao serviço sem qualquer justificativa ou comunicado, por um período superior a trinta dias, supõe-se que não tem mais interesse em continuar mantendo o vínculo empregatício, e pode, a partir deste momento, ser dispensado de seu serviço por justa causa.

Entretanto, não é o que ocorre na caserna. O militar que, sem justa causa, ausenta-se da Unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias, é considerado criminoso do delito de deserção (art. 187/CPM), ficando sujeito a pena de detenção que varia de seis meses a dois anos.

Esta diferença abissal entre a legislação penal militar e a comum, para o que, em tese, tipifica a mesma conduta, ou seja, abandonar o serviço, justifica-se pelas suas especiais missões constitucionais, quais sejam, defesa armada e soberania do Estado (Forças Armadas), bem como preservação da ordem pública, policiamento ostensivo, entre outras (Forças Auxiliares). Além disso,

a sociedade militar é peculiar, possuindo *modus vivendi* próprio, calcado, sobretudo, na hierarquia e disciplina.

3.1 Histórico da deserção

No direito romano, havia uma clara diferenciação entre a figura do desertor e a do emansor, nas palavras de Ramagem Badaró (1972, p.52), “enquanto o emansor voltava pelos seus próprios meios e vontades, o desertor retornava coagido”. No mesmo sentido, Célio Lobão (2004, p.257), afirma que 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. (LOBÃO, 2004).

Ainda, conforme o Direito Romano existia o delito de tentativa de deserção para o inimigo, a qual era punida com pena de morte, pois se igualava ao delito consumado. (BADARÓ, 1972).

Também se punia com pena capital aquele que ocultasse conscientemente um desertor e, se o agente ocultante fosse proprietário do prédio onde se escondera o desertor, também havia a perda do imóvel. (BADARÓ, 1972).

Além disso, fazia-se menção, no Direito romano, a três espécies de deserção, as que eram cometidas em tempo de paz, em tempo de guerra e a deserção para o inimigo. A deserção em tempo de guerra era punida com pena de morte, sendo que a deserção para o inimigo, nas palavras de Ramagem Badaró (1972, p.53) “tinha como sanção a *exautoratio* (exautoração prévia), antes de sofrer morte infamante pela tortura, pelo enforcamento ou despedaçado por feras”.

Como regra geral da lei romana, deveriam ser observadas as diversas circunstâncias em que o crime de deserção foi praticado, não aplicando a todos a mesma pena, tendo como parâmetros para aplicação da sanção penal,

a dignidade, a graduação militar, o lugar, o cargo, a vida pregressa, ao tempo, ao estipêndio, a

deserção individual ou coletiva, ao cometimento de outro crime além do delito de deserção, a conduta posterior à deserção e a volta espontânea e não por necessidade. (BADARÓ, 1972, p.53).

Também, com o intuito de reprimir por todos os meios possíveis o crime de deserção, existia, na Roma Antiga, um oficial que tinha por função procurar e prender desertores, chamado de barrachel e, além disso, o Código Justiniano “dava a faculdade aos moradores das províncias para reprimir os desertores. E castigava os desertores que resistissem, com a pena de morte”. (BADARÓ, 1972, p.53).

No âmbito do Direito Francês, o delito de deserção resultava tanto:

da ausência do militar, sem licença legal, como quando não regressava ao seu corpo de tropa dentro de quinze dias, mesmo que tivesse se apresentado em outro corpo. Também, a deserção se dava quando o militar se afastava do quartel da sua companhia por mais de duas léguas quando o regimento estivesse acantonado no interior do país e em uma distancia de uma légua, estando a tropa acantonada nas fronteiras. (BADARÓ, 1972, p. 54).

Quanto à punição aos desertores, assinala-se que até o séc. XVII, todos os criminosos eram punidos com penas capitais e seus restos mortais eram exibidos em praça pública para que se servisse de exemplo. Aos que conseguiam fugir do castigo, tinham os bens confiscados e seus descendentes eram julgados como incapazes de receberem honrarias e dignidades, além de perderem qualquer tipo de herança, seja direta ou colateral. (BADARÓ, 1972).

Com a advinda do Code de Justice Militaire, no moderno Direito Francês, em seus artigos 231 e 243, houve a distinção entre a deserção para o interior, para o estrangeiro, para o inimigo ou em presença do inimigo, da deserção em conluio ou “complot” e do favorecimento e provocação da deserção. (BADARÓ, 1972).

Este mesmo código, em seu artigo 232, agravava a pena se a deserção era cometida em tempo de guerra ou em solo inimigo durante estado de sítio ou de guerra. Também era motivo para ampliação da pena as seguintes atitudes do agente do crime de deserção:

[...] ter o militar levado suas armas, objeto de seu equipamento ou do fardamento, ou seu cavalo; se estava em serviço ou se era reincidente em desertar (art. 232, nº 1, 2, 3); se desertou para o inimigo ou em presença dele (arts 238 e 239); se a deserção foi coletiva (art. 240). (BADARÓ, 1972, p.54).

No Direito Italiano, em seu Codice Penale por L'Esercito del Regno d'Italia, também se podia encontrar a distinção entre a deserção para o interior ou para o inimigo. Sendo que o mesmo acontecia com o Código Penal Militar Belga. No caso da lei norte-americana, no chamado Maximun punishment Code, em seu art 1º, as penas para o crime de deserção incluíam “a baixa desonrosa do militar; a perda de vencimentos e vantagens” (BADARÓ, 1976, p. 54). Também, com referência ao delito de deserção, segundo os Articulos of War, do The Military Law of United States, este era consumado quando havia “a ausência não autorizada do serviço militar por parte de um oficial ou de um soldado, com a intenção de não mais voltar (art 47)”. (BADARÓ, 1976, p. 54).

No caso da legislação brasileira, o crime de deserção pode ser verificado em diversas leis, sendo, cronologicamente, apontado:

Pelo capítulo 26 dos Artigos de guerra do Regulamento de 1763; pelo art. 14 de ordenança para os desertores em tempo de paz, anexa ao Decreto de 9 de abril de 1885; pela Lei de 26 de maio de 1835, que enfocava os crimes e as penas de deserção na paz e na guerra e dos que fugiam estando cumprindo as penas deste crime; a Lei nº 631 de 18 de setembro de 1851 (art 1º, parag. 1º, 2º, 3º e 6º); pelo Código Penal da Armada, de 7 de março de 1891 (arts 117 a 121), pelo Regulamento Processual Criminal Militar, de 16 de julho de 1895 (art. 131 in fine art. 163 a 173); pelo Regulamento anexo ao Decreto nº 6.947, de 8 de maio de 1908 (arts. 12, 57, 128 e parag. 1º e art. 129); pelo projeto de Código penal Militar de 1802, revisto pela Junta criada pelo decreto de 27 de maio de 1816, aprovado pelo Alvará de 7 de agosto de 1820, sancionado pelo Poder Real e nunca posto em vigência, pelos projetos de Código Penal Militar de 1860 e pelo de 1867; pelo projeto de Código de Justiça Militar de 1890 e pelo Esboço de Código Penal para a Armada Brasileira, de 1911. (BADARÓ, 1976, p. 54 e 55).

Com relação ao Código Penal Militar de 1891, no delito de deserção distinguiam-se dois grupos – o primeiro resultante de negligência, sem que se possa observar neste o animus delinquendi e o segundo, cujo elemento constitutivo do tipo era o propositum de se ausentar, sem causa justificada para tal. (BADARÓ, 1972).

Já o Código Penal de 1944 (art.163), não apontava, para a consumação da deserção, “a formalidade da declaração da ausência ilegal, para a contagem do tempo, após a decorrência do qual, a deserção se configurava, como era exigência da legislação anterior” (BADARÓ, 1972), desta forma, desde

que o militar “não se apresente no tempo devido, inicia-se a contagem do prazo para a presunção da deserção”. (BADARÓ, 1972).

No caso do vigente Código Penal Militar, de 1969, seu art. 187 reproduz o texto do art. 163 do Código Penal Militar anterior, com um acréscimo no agravamento da pena se oficial o agente do delito. (BADARÓ, 1972).

3.2 Aspectos Gerais do Crime de deserção

O crime de deserção pode ser classificado como crime militar em virtude do que se abstrai do inc. I, 2ª parte, do art. 9º do Código Penal Militar (BRASIL 1969a), ou seja, crime não previsto no Código Penal Comum. Nas palavras de Estrela (1997 p.284), “[...] as suas características, seus elementos objetivos e subjetivos, o tornam sem sombra de dúvidas, aquele que na definição reúne melhor a tipologia do crime militar”. No mesmo sentido, Chaves Júnior (1986, p.65), afirma que o crime de deserção “[...] é crime militar por excelência, *ratione materiae* e *ratione personae*”.

Além disso, é crime propriamente militar “por tratar-se de infração penal específica e funcional do ocupante do cargo militar” (LOBÃO, 2004, p.258), sendo assim “somente o militar legalmente incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares” (LOBÃO, 2004, p.259), podem ser agentes do crime de deserção, tendo como “sujeito passivo, as instituições militares” (LOBÃO, 2004, p.259). Chaves Júnior (1986, p. 65), também afirma que a deserção “é espécie do delito contra o serviço militar e o dever militar”.

Destarte, três são as modalidades de deserção. A primeira é aquela em que o militar ausenta-se sem a autorização devida, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. Na segunda modalidade, a ausência do militar é legal, mas, findando-se o prazo de afastamento autorizado, o agente deixa de se apresentar, também por mais de oito dias. A terceira forma de deserção, também chamada de deserção imediata, ocorre quando o militar não se apresenta no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve. (LOBÃO, 2004).

Com efeito, a definição do crime de deserção encontra-se no art. 187 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969a) que a considera como o ato de “ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias”. Aplica-se para tal conduta uma pena que varia de seis meses a dois anos de detenção.

Quanto à natureza do delito de deserção, há uma variedade de entendimentos, sendo que, na lição de Assis (2002), existe uma alternância de entendimentos doutrinários, no sentido de considerar a deserção ora como crime formal e ora como crime de mera conduta, ou ainda como formal e de mera conduta ao mesmo tempo e, por fim, um último entendimento afirma ser a deserção, crime formal, instantâneo e de mera conduta.

Contudo, modernamente, a mais aceitável é a classificação que o professor Célio Lobão (2004, p.258) nos apresenta, afirmando ser a deserção "crime de mera conduta e permanente, ensejando, por esse último motivo a prisão do desertor em flagrante".

Não é diferente o entendimento de Assis (2002 p.1), ao considerar a deserção crime

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

No tocante a teoria sustentada por Estrela (1997), afirmando ser a deserção um crime instantâneo, Assis (2002, p.1), discorda veementemente, entendendo que a

Eventual classificação da deserção como delito instantâneo é absurda, visto que o crime instantâneo, conforme leciona Júlio Fabbrine MIRABETE, é aquele que, uma vez consumado, está encerrado, a consumação não se prolonga. Isto não quer dizer que a ação não seja rápida, mas que a consumação ocorre em determinado momento e não mais prossegue. São exemplos, dentre outros, o homicídio e a lesão corporal, que se consuma no exato momento da morte ou da ocorrência do ferimento, pouco importando o tempo decorrido entre a ação e o resultado.

O núcleo do tipo é afastar-se ou ausentar-se o militar sem a devida autorização, ou seja, indevidamente, do lugar onde deve permanecer por mais de oito dias. Assim, o objeto da tutela penal é, nos ensinamentos de Lobão (2004, p. 258), "o serviço militar diante da conduta do militar que o abandona, apesar do dever legal de cumpri-lo até sua desvinculação na forma estabelecida em lei". Ainda, há que se fazer menção da proteção do "interesse da instituição castrense em contar com o efetivo estabelecido em lei, o que não acontece, se ficar a critério do militar, ausentar-se da

corporação, em desacordo com o preceito legal que trata da cessação do serviço militar”. (LOBÃO, 2004, p. 258).

Como elemento subjetivo do tipo, tem-se, segundo Lobão (2004) a vontade livre e consciente do militar de ausentar-se do local em que serve ou do lugar em que deve permanecer para execução do serviço militar, por um período superior a oito dias. Entretanto, divergindo desta opinião, Estrela (1997, p. 293), afirma ser, tanto a vontade livre e consciente (dolo) quanto a culpa

Circunstâncias que se constituem elementos subjetivos completamente irrelevantes para caracterizar o crime de deserção. A deserção é crime que independe da vontade do agente, porquanto o que interessa ao direito penal militar é a conduta de ausentar-se pelo período de graça ou além, ressalvadas as situações exculpantes, devidamente comprovadas.

Neste viés, como circunstâncias exculpantes, no crime de deserção, tem-se o "justo motivo para o afastamento por tempo superior ao fixado em lei” (LOBÃO, 2004, p.260). Na visão de Estrela (1997), situações que caracterizam o estado de necessidade, ou seja, situações que não se podem evitar ou impedir ou nas que ensejam um motivo de força maior e no caso fortuito, acabam por gerar acontecimentos que fogem ao controle e que podem culminar em uma ausência do militar por um período de tempo que, em tese, culminaria no crime de deserção, mas que, devido as circunstâncias de justo motivo, inexistente o delito.

Em sentido contrário, a ausência sem justa causa, pelo período descrito na lei, é suficiente para consumação do delito em tela. Nos ensinamentos de Estrela (1997, p. 285)

Tal ausência implicará sucessivos procedimentos administrativos militares, que culminarão, com a lavratura do termo de deserção, que é o início da instrução processual, por ser definido no CPPM (art. 452), como instrução provisória e suas conseqüências administrativas, como a exclusão do serviço ativo ou agregação, se praça estável ou oficial, conforme o diploma penal militar adjetivo.

Este prazo, conhecido como prazo de graça, “é o divisor entre o ausente (emansor do direito romano) e o desertor. Antes do transcurso deste prazo não há deserção, mas ausente, condição que sujeita o militar apenas a sanção disciplinar” (LOBÃO, 2004, p. 260).

Fazendo-se uso dos ensinamentos de Loureiro Neto (2001, p. 154), este prazo de oito dias:

é admitido em nosso direito desde a Ordenança de abril de 1805, variando em certos países. [...] na Alemanha o prazo é de três dias; na Bolívia o prazo é de três dias em tempo de guerra, de seis em tempo de paz e de dez dias quando finda uma licença determinada; no Chile o prazo é de 8, 4 e 3 dias conforme o caso. É como se vê um prazo variável, segundo a tradição do direito em cada país e parece ter sido estabelecido na Antigüidade, com duas finalidades: uma de permitir o ausente regressar a seu corpo através de longa jornada, a tempo de não ser considerado desertor e, outra, a de proporcionar tempo suficiente para o ausente arrepender-se e voltar às fileiras.

Com relação à tentativa no crime de deserção tem-se que é juridicamente impossível. Nas palavras de João Batista Fagundes, apud Estrela (1997, p. 288 e 289):

O prazo de OITO DIAS que antecede a deserção, sendo PRAZO DE GRAÇA, não pode ser confundido com um iter criminis, isto é, o caminho a ser percorrido para a consumação do delito.

O crime de deserção, sendo um crime formal que independe do resultado pretendido pelo agente, não se inicia no dia da ausência, pois, ELE SE INICIA E SE CONSUMA AO MESMO TEMPO, ao se completar o OITAVO DIA DE AUSENCIA CONTINUADA. (grifo do autor).

Assim, a deserção consuma-se no primeiro minuto após as vinte e quatro horas do oitavo dia de ausência. A apresentação do militar, mesmo sob coação, antes que se finde o prazo de graça, enseja em transgressão meramente disciplinar, aplicando-se, para tanto, o Regulamento Disciplinar da PMSC. (ESTRELA, 1997).

3.3 Prescrição no Crime de Deserção

Prevista no Código Penal Militar, em seu art. 123, incisos I a VI, a prescrição é uma das causas de extinção de punibilidade do agente, juntamente com a morte deste, a anistia ou indulto, a retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, a reabilitação e o ressarcimento do dano no peculato culposo.

Assim, nas palavras de Assis (2002, p.45), "[...] a prescrição é definida como a perda do poder de punir do Estado, causada por decurso do tempo fixado em lei".

Positivada no art. 125 do CPM (BRASIL, 1969a), a regra geral da prescrição, aplicável a qualquer crime do Código Penal Militar, in verbis:

A prescrição da ação penal, salvo o disposto no § 1º deste artigo, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em trinta anos, se a pena é de morte;

II - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

III - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito e não excede a doze;

IV - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro e não excede a oito;

V - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois e não excede a quatro;

VI - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VII - em dois anos, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Entretanto, além desta, existe um preceito especial para a deserção, previsto no art. 132 do CPM (BRASIL, 1969a), que prevê que: "No crime de deserção, embora decorrido o prazo de prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta".

Neste entendimento, mesmo que haja extrapolado o prazo estabelecido no art. 125, VI, do CPM, deverá ter o criminoso a idade de 45 anos, se praça e de 60, se oficial, para que a punibilidade seja extinta.

Todavia, Assis (20002, p.46), afirma que não se pode deslembrar que:

[...] existe uma coexistência e concialibilidade entre a regra geral e a regra especial, bem como não se pode olvidar que a análise da ocorrência da prescrição deve ser feita, não só com os dispositivos isolados do art. 125, VI e 132 do CPM, mas – e principalmente tendo-se atenção para outros dispositivos complementares, igualmente importantes, como o termo inicial da prescrição (art. 125, §2º); os casos de concursos de crimes ou de crime continuado (art. 125, §3º); a suspensão da prescrição (art.125, §4º) e; os casos de interrupção da prescrição (art.125, §5º). (grifo do autor).

Também Roth (2002) concordando com Assis, afirma que existem dois critérios para a prescrição no crime de deserção, um que o autor denominou de critério temporal, positivado no art. 125, VI do CPM e o etário, previsto no art. 132 do mesmo código.

Segundo este doutrinador:

[...] 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. (ROTH, 2002, p. 89).

Nesta forma de pensar, estes dois critérios são coexistentes, ou seja, fazendo-se presente qualquer um destes, ocasionará a prescrição do delito de deserção.

Entendimento contrário possui Amorim Filho (2005, p. 28), afirmando que o que existe, na verdade, com relação ao art. 132 do CPM é uma postergação dos efeitos da prescrição como regra geral do art. 125, VI do mesmo código. Portanto, o efeito da prescrição só se faz presente quando o réu atinja a idade de 45 anos, se praça e 60 anos, se oficial; e isto quando a regra do art. 125, VI (CPM), já estiver sido cumprida.

Ainda em sua lição, não existe a coexistência e a conciabilityde dos critérios, devendo-se, em primeiro lugar, exaurir o critério presente no art. 125, inc. VI do CPM e, após, observar se é possível a protelação da prescrição, conforme regra do art. 132 do mesmo código. Assim, fazendo-se uso de suas palavras:

Temerosa a idéia de que a punibilidade se extinguiria simplesmente pelo fato de o desertor atingir a idade (45 ou 60 anos, conforme o caso). Se assim fosse, os militares, após atingir 45 anos (graduado) e 60 anos (oficial) não mais estariam sujeitos aos artigos 187 e 188. A denúncia sequer seria recebida pelo simples fato de ter o acusado idade superior às aqui mensuradas.

[...]

Aplicar-se o art. 132 e extinguir a punibilidade do desertor sem que ocorra a prescrição (quer pela pena em concreto, quer pela mais benéfica - a pena em abstrato) pelo simples fato de o réu completar os 45 ou 60 anos pode dar ensejo a inverter o pretendido exemplo de repúdio e exaltar a pseudo-impressão de impunidade por conduta tão gravosa.

Concluindo este raciocínio, o art. 132 não cria uma nova hipótese de ocorrência da prescrição. Ele estabelece, excepcionalmente, uma hipótese em que o legislador postergou o efeito primário da prescrição, já ocorrida e declarada, repita-se, para além dos 04 anos previstos para o máximo da pena em abstrato.

[...]

Concluindo, para se aplicar o artigo 132 é imperioso que se tenha reconhecido a prescrição nos termos do artigo 125, ambos do Código de Processo Penal Militar.

Acompanha este entendimento o Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais:

Consumado o crime em 29 de junho de 1996 e recebida a denúncia em 28 de maio de 2001, decorreu o prazo prescricional.

No específico delito de deserção, exige-se para o decreto da extinção da punibilidade, em decorrência da prescrição, que o desertor, quando praça, tenha atingido a idade de 45 (quarenta e cinco) anos.

É o que se depreende do art. 132 do CPM, “*verbis*”:

“No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”.

O apelante, Sd PM Adário Luiz Gomes, nasceu em 25 de agosto de 1971, e conta, nesta data, 31 (trinta e um) anos de idade, portanto, afastado da prerrogativa prescricional, em razão do tipo criminal cometido. (APELAÇÃO Nº 2.186, Relator: Juiz Cel PM Paulo Duarte Pereira).

Desta maneira, vislumbrando-se a jurisprudência e a melhor doutrina, tem-se que a prescrição no delito de deserção ocorre apenas quando reconhecida e declarada nos termos do art. 125, VI do CPM (BRASIL, 1969a), além disso, o réu deve ter 45 anos de idade, se graduado ou 60 anos, se oficial. No caso do desertor ausente, não há que se falar em contagem de prazo prescricional em quaisquer dos critérios estabelecidos pelo Código Penal Militar.

3.4 Deserção Após Ausência Autorizada

Em que pese o Código Penal Militar tratar os fatos delituosos transcritos no art.188 como casos assimilados ao crime de deserção, tratam-se, na verdade, de modalidades de deserção, "na qual o militar encontra-se legalmente afastado da efetiva prestação de serviço e deixa de se apresentar no prazo de oito dias, após haver cessado a ausência autorizada." (LOBÃO, 2004, p. 267 e 268).

Ainda nos ensinamentos de Lobão (2004), todas as hipóteses previstas nos incisos do artigo 188, com exceção da prevista no inciso IV, são idênticas a prevista no art.187, pouco importando a condição do militar antes de consumada a deserção, ou seja, "nenhuma diferença existe se o militar deixa de se apresentar após férias, licença, cumprimento de pena, por ter se evadido de prisão, ou, simplesmente, por ter se ausentado e não retornado à sua unidade". (LOBÃO, 2004, p.268).

Tal como acontece na deserção do art. 187, é crime de mera conduta e permanente, que, por isto, enseja a prisão em flagrante do agente ativo. Também em virtude do que se compreende do disposto no inc. I, 2ª parte, do art. 9º do Código Penal Militar, classifica-se como crime militar e como crime propriamente militar por se tratar de infração penal específica e funcional do ocupante do cargo militar. (LOBÃO, 2004).

Nesta senda, segundo o que decorre dos incs. I a III, "o militar encontra-se afastado da unidade onde serve ou do lugar onde presta serviço, por motivo de trânsito, férias licença, agregação, em cumprimento de pena, e deixa de se apresentar à unidade em que serve, depois de decorridos oito dias, contados do dia em que cessou o afastamento legal". (LOBÃO, 2004, p.269).

O inc.II, ainda, acrescenta, a ocorrência de uma situação anormal caracterizada pela declaração do estado de sítio (arts. 21, inciso V e 137 a 139 da CRFB/88) ou de guerra (art. 21, inciso II e 84, inciso XIX, da CRFB/88), nas quais, a não apresentação do militar por um período superior a oito dias, também culmina no crime de deserção. No entender de Lobão (2004), entretanto, a referência à declaração de guerra é perfeitamente dispensável, visto que, nesta situação, seriam editadas leis especiais que regulariam, entre outras coisas, a apresentação de militares ausentes e de reservistas.

Com relação à contagem do prazo de graça, após ser decretado estado de sítio ou de guerra, esta se inicia a contar da data de decretação do referido. Muito embora este dispositivo não seja aplicada para o estado de defesa (art. 136 e segs. da CRFB/88), é possível que a autoridade militar da região abrangida pelo estado de defesa opte por cancelar o afastamento (exceto para licença para tratamento de saúde própria), dos militares que servem na região. (LOBÃO, 2004).

Também segundo Lobão (2004), nos casos de estado de sítio ou de guerra, pode acontecer de ocorrerem dificuldades na apresentação do ausente, "em decorrência de deficiência nos meios de transporte, em razão de moléstia, de inundação ou de outro fator igualmente relevante" (LOBÃO, 2004, p. 271). Nestes casos, o militar não comete o crime de deserção, se, quando possível, "comunicar o impedimento a seu superior, ou se apresentar em outra unidade da mesma ou de outra Arma, ou perante qualquer autoridade civil, inclusive policial, a fim de que seja providenciada a devida comunicação". (LOBÃO, 2004, p.271).

Por ausência legalmente autorizada, entende-se: trânsito, férias, licença, agregação e cumprimento de pena. Entretanto esta enumeração não é exaustiva, havendo outros afastamentos legais que não foram contemplados pela lei, quais sejam: para contrair núpcias, por motivo de luto, em missão fora da unidade, dispensa de comparecimento à unidade após determinados serviços, entre outros. (LOBÃO, 2004).

Por trânsito compreende-se:

o lapso de tempo concedido ao militar, para se deslocar da unidade em que serve para outra em que irá servir. Férias é o afastamento do serviço concedido ao militar, para descanso, após um ano de exercício nas funções do cargo militar. Licença consiste na 'autorização para afastamento total do serviço, em caráter temporário, obedecidas as disposições legais e regulamentares' (art.67 do Estatuto dos Militares). (LOBÃO, 2004, p.270).

No que tange a agregação, também segundo o Estatuto dos Militares (BRASIL, 1980), em seu art. 80, "é a situação na qual o militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu Corpo, Quadro, Arma ou Serviço, nela permanecendo sem número", ao passo que a reversão, de acordo com o mesmo Estatuto (BRASIL, 1980), em seu art.86 "é o ato pelo qual o militar agregado retorna ao respectivo Corpo, Quadro, Arma ou serviço, tão logo cesse o motivo que determinou sua agregação".

Já com relação ao inc. IV, pesa o fato de não ser considerado, pela doutrina majoritária, como crime de deserção. Loureiro Neto (2001, p.156), considerando o delito como estelionato, afirma que:

Na hipótese de o agente criar incapacidade física para obter as vantagens financeiras proporcionadas pela situação de inatividade, a subsunção desse fato melhor estaria adequada como hipótese de estelionato, a exemplo do que ocorre com o delito disposto no artigo 171, § 2º, inciso V, do estatuto penal comum, que pune aquele que lesa o próprio corpo ou a saúde com o intuito de haver indenização ou valor de seguro.

Em diapasão diverso, Lobão (2004, p.272), leciona que esta conduta remonta a época do declínio do Império romano, "quando os pais cortavam o polegar dos filhos, incapacitando-os para os combates com as armas da época, espada, lança, escudo, etc".

Conclui o referido autor, que o crime do inc. IV do art. 188, é na verdade o de criar ou simular incapacidade e não o de deserção, porque, neste caso,

a prestação do serviço militar é interrompida temporariamente, até a apresentação espontânea ou coercitiva do militar, e no delito de criar ou simular incapacidade, o agente passa à situação de inatividade, com exclusão do serviço militar ativo, subtraindo-se permanentemente. (LOBÃO, 2004, p.273 e 274).

Com relação às duas condutas contempladas no dispositivo penal, tem-se: a primeira, quando o agente cria, por qualquer meio, uma deficiência que o torna incapaz para o serviço ativo. Pode compreender "a mutilação de parte do corpo, criar deficiência temporária ou definitiva de membro, de órgão, de músculo, da ossadura, a ingestão de substância que ocasione dano à saúde, irreversível ou não, incapacitando o agente para o serviço militar" (LOBÃO, 2004, p.275). Já na segunda hipótese, apenas existe a simulação de um quadro patológico, obtido por meio de "ingestão, absorção, de substância ou outro meio qualquer, levando a junta médica a considerá-lo incapaz para o serviço ativo". (LOBÃO, 2004, p. 275).

Outrossim, a exclusão deve ser definitiva e caso a Junta Médica considere a incapacidade temporária, não concedendo a exclusão do serviço ativo ou a inatividade, não há que se falar neste delito, podendo configurar outro crime. (LOBÃO, 2004).

Ainda de acordo com os ensinamentos de Lobão (2004), sobre o delito em tela é, diferentemente da deserção, um crime instantâneo e não permanente, sendo que sua consumação não se protai no tempo.

Neste sentido, ensina o mesmo professor que:

No crime de criar ou simular incapacidade, a consumação ocorre no momento em que o agente alcança a meta optada, ou seja, a exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade. A continuidade dessa situação constitui proveito do crime, da mesma forma como o indivíduo que, através de situação de incapacidade, logra receber pensão mensal de pretensão agressor. (LOBÃO, 2004, p.275 e 276).

Também, ao contrário do que ocorre no crime de deserção, a tentativa é juridicamente possível, quando o militar, por motivos alheios a sua vontade, não logra êxito em sua ação ilícita (LOBÃO, 2004).

No que tange a parte processual, apesar de ser crime equiparado ao de deserção, não há a lavratura

do termo de deserção nos moldes do art. 451 do Código de Processo Penal Militar. Apenas instaure-se o inquérito policial militar para apuração dos fatos, realização de perícia, seguindo-se a colheita de elementos suficientes para propositura da ação penal. (LOBÃO, 2004).

Além disso, como não se trata de crime permanente, não existe a autorização para prisão em flagrante do sujeito ativo.

3.5 Atenuante e Agravante Especiais

No que tange a atenuante especial, prevista no inc. I do art. 189 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969a), o legislador resolveu por bem diminuir a pena do agente que após abandonar as fileiras do serviço militar, arrepende-se e retorna à unidade em que serve. Atenua-se a pena em duas situações: na primeira, a diminuição é da metade da pena, quando a apresentação voluntária ocorre dentro de oito dias após consumada a deserção; na segunda hipótese, a atenuação da pena é de um terço, quando a apresentação voluntária ocorre após oito e até sessenta dias da consumação do crime.

Outrossim, segundo os ensinamentos de Lobão (2004, p. 277) "a apresentação deve resultar de ato de vontade do desertor e não sob coação, nem por haver sido capturado". Colaborando com este pensar, Loureiro Neto (2001, p.157), leciona que não há exigência legal de que a apresentação do desertor seja espontânea, mas sim voluntária. Não importando, desta forma, os motivos que levaram o desertor a retornar a sua unidade, seja este por temor de uma pena mais severa ou por motivos de natureza ética.

Também, não é possível que se confunda o prazo de oito dias descrito no inc I do art. 189, que se inicia a partir do dia seguinte ao da consumação da deserção, com o prazo de graça, que é estabelecido pelo mesmo número de dias e tem seu termo inicial a partir do dia seguinte àquele que se comprova a falta do desertor. (LOBÃO, 2004).

Lobão (2004, p.277) esclarece esta situação, exemplificando da seguinte forma:

[...] o militar ausentou-se no dia 4; prazo de graça iniciado no dia 5; termo final do prazo de graça, às 24 horas do dia 12; deserção consumada logo após zero hora do dia 13. O prazo de oito dias para que o desertor se apresente e goze do benefício da redução da metade da pena inicia-se no dia 14 e termina a 21. Se não há apresentação, prossegue a contagem do prazo até o 60º dia, contados dia a

dia e não mês a mês, quando se escoar o lapso de tempo concessivo do benefício de redução de um terço da pena.

Já no que diz respeito a agravante especial, não prevista nas legislações anteriores (LOUREIRO NETO, 2001), mas contemplada no inc. II do art. 189 do CPM, a pena é aumentada de um terço quando o crime é praticado em unidade estacionada na fronteira ou em país estrangeiro.

Entende Lobão (2004, p. 278), que a deserção em unidade estacionada em fronteira ou país estrangeiro é:

[...] aquela cometida por militar que serve numa ou noutra unidade, independente do local em que o agente passou à condição de desertor. Por exemplo, militar que serve em unidade estacionada na fronteira ou em país estrangeiro, viaja para o interior do Brasil em gozo de férias e não retorna à sua unidade, no prazo de oito dias após o término das férias. Consuma-se a deserção na modalidade agravada do inc. II do art. 189.

A justificativa da primeira hipótese está no fato de haver necessidade de maior disciplina da tropa que esteja servindo em unidade estacionada em fronteira, mantendo-a em condições de reprimir possíveis ações de contrabandistas, traficantes e outros criminosos que atuam na região fronteira. (LOBÃO, 2004).

No que se refere à segunda agravante, tem-se que se fundamenta no fato de que uma tropa acantonada em país estrangeiro ficaria debilitada com a ausência do desertor (LOUREIRO NETO, 2001), bem como no interesse das Forças Armadas e Auxiliares em preservarem sua imagem, principalmente em missões da ONU, ocorridas recentemente. (LOBÃO, 2004).

3.6 Deserção Imediata (Especial)

A ementa do presente crime consta como deserção especial, o que, Lobão (2004, p. 282), considera nomenclatura totalmente infundada, devendo na verdade, ser considerada como deserção imediata, como também prevê o Código Italiano, que serviu de modelo para os dois últimos códigos penais militares do Brasil, pelo fato de que "a consumação do delito é imediata, com a ausência pura e

simples do militar, no instante da partida ou do deslocamento de sua unidade".

Assim como a deserção prevista no art. 187 do CPM, é crime de mera conduta e permanente, que sujeita o desertor à prisão em flagrante. Além disso, também é crime militar pelo disposto no inc. I, 2ª parte, do art. 9º do CPM (crime não previsto na lei penal comum) e crime propriamente militar por ser conduta típica e funcional do ocupante do cargo militar.

Segundo Lobão (2004, p. 283), "o objeto da tutela penal é o serviço militar, ao qual o militar não pode furtar-se na condição de membro da tripulação do navio ou de aeronave e de integrante da unidade ou da força". Como sujeito ativo tem-se somente os militares e como sujeito passivo, as instituições militares.

A conduta que levará a consumação deste crime é deixar o militar de estar presente, no navio ou aeronave do qual é tripulante, no momento da partida, ou quando do deslocamento de sua unidade ou da força em que serve. Caso, o militar, esteja presente no momento da partida ou do deslocamento, mas por estar sem fardamento ou acessórios adequados para o cumprimento da missão não possa partir juntamente com a tropa, responderá por outro delito (insubordinação, desobediência, conforme o caso). (LOBÃO, 2004).

Além disso, a deserção imediata pode ocorrer a qualquer momento do deslocamento, ou seja, tanto no início, quanto durante o percurso, em paradas intermediárias ou, ainda, no fim do deslocamento, quando a tropa se prepara para retornar ao local de partida. (LOBÃO, 2004).

A tentativa para esta conduta é juridicamente impossível. Nas palavras de Lobão (2004, p.285) "ou o militar não se apresenta no momento da partida ou do deslocamento e o crime se consuma, ou, apresentando-se, mesmo contra sua vontade, [...], o delito deixa de consumir-se".

Existem, para este tipo penal, assim como na deserção do art. 187 e a do art. 188, inc. I a III, atenuantes e agravantes especiais.

Neste viés, a pena é reduzida para o militar que retorna ou se apresenta a outra autoridade militar ou civil a fim de que seja comunicada sua intenção de reingresso à sua unidade. Os benefícios para este tipo de deserção são mais amplos do que o da descrita no art. 187 e na do art. 188, incs. I a III, pois há que se considerar que na deserção imediata não existe prazo de graça. (LOBÃO, 2004).

Assim, se a apresentação do desertor ocorre até 24 horas depois da partida ou do deslocamento, a pena varia de um mês (art. 58 do CPM) a três meses de detenção. Na segunda hipótese a apresentação se dá após 24 horas, mas não excede a cinco dias, com pena, então, variando de dois a oito meses de detenção. Para um terceiro caso, a apresentação ocorre após o quinto dia, mas não ultrapassa o oitavo, sendo a sanção, neste caso, de três meses a um ano de detenção. Quando a

apresentação se da após o oitavo dia, a pena será de seis meses a dois anos.

Aumenta-se a pena, também, de um terço para os desertores que possuem a graduação de sargento, subtenente ou suboficial, e da metade, se oficial. Explica-se este aumento, pelo fato de que estes militares, nas palavras de Loureiro Neto (2001, p. 158) devem dar "o exemplo de pontualidade e cumprimento de dever" e, além disso, há a "presunção de que sua ausência faça mais falta do que a de um soldado".

3.7 Concerto para Deserção

Elege-se como crime a conduta de, em conjunto, militares combinarem ou concertarem entre si para a prática da deserção, configurando-se no exato momento em que há a concordância de se alcançar o fim expresso na lei, por pelo menos dois militares. Consuma-se antes mesmo que se concretize a deserção propriamente dita, possuindo, este dispositivo, um caráter intimidatório, com o objetivo de inibir o convidado ou aquele que participa da reunião, evitando ao máximo a aceitação da proposta. (LOBÃO, 2004).

A consumação do delito ocorre, então, quando existe o consenso ou concordância de pelo menos dois militares para a prática de deserção em conjunto.

Sobre a tentativa do crime de concerto para a deserção, Lobão (2004, p.290) afirma:

A tentativa é juridicamente impossível. Ao concertarem, pactuarem, ajustarem, os militares cometem o crime do inciso I. Se não houver acordo ou se os militares desistirem do concerto, não há crime, nem tentativa. Se após o concerto os militares não lograram alcançar a deserção por motivos alheios à sua vontade, por exemplo, por terem sido impedidos de saírem do estabelecimento militar ou por terem sido capturados antes do prazo de graça, configura-se apenas o crime de concerto (inc. I).

Mencionando-se o termo "militares", o texto legal, não fixou um número exato de participantes, mas apenas determinou que fossem pelo menos dois agentes. Caso ocorra de somente um dos participantes da reunião ilícita desertar, este responderá, em concurso, pelo concerto (art.191, inc. I) e pela deserção (art. 187), enquanto que os demais, responderão apenas pelo concerto. (LOBÃO,

2004).

Exemplificando muito bem este tema, Lobão (2004, p. 288) se expressa da seguinte maneira:

Por exemplo, seis militares concordam em desertar e, efetivando o acordo, ausentam-se da unidade. Dois retornam no quarto dia de ausência, três são capturados no quinto dia de ausência, enquanto o sexto militar permanece ausente por mais de oito dias. Os cinco militares responderão somente pelo concerto para a deserção (inc. I), enquanto o sexto será julgado pelo concerto para deserção (inc.I) e pela deserção (art.187).

Ainda, a pena é agravada caso os agentes alcancem o fim do concerto. A pena, nesta hipótese, varia de dois a quatro anos de reclusão. Justifica-se esta qualificação, pela gravidade do ilícito e pela pluralidade de agentes que, agindo em conjunto, lesionam, de forma mais danosa, a disciplina da unidade militar. (LOBÃO, 2004).

No que diz respeito aos procedimentos nos crimes de concerto para a deserção e deserção mediante concerto, utiliza-se o procedimento ordinário, previsto nos arts. 384 e seguintes do Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969b). Entretanto, caso haja a deserção, é indispensável que seja lavrado o termo de deserção, que instruirá o inquérito policial militar.

O benefício de suspensão condicional da pena pode ser concedido ao agente do delito, visto que o art. 88, inc. II, a do CPM e art. 617, inc. II, a, do CPPM (BRASIL, 1969b), veda a suspensão condicional da pena apenas para condenados ao crime de deserção. Consequentemente, o “benefício pode ser concedido aos sentenciados pelo crime de concerto para deserção e vedado aos condenados pela deserção mediante concerto”. (LOBÃO, 2004, p.290).

3.8 Deserção após Evasão ou Fuga

Observa-se neste artigo que o militar, na condição de preso, foge e passa a situação de ausente e, perdurando por mais de oito dias, a ausência se transforma em deserção.

Lobão (2004, p. 292), esclarecendo de forma definitiva o tema, leciona que:

A interrupção do serviço ativo até então lícita em razão do recolhimento à prisão, com a fuga e

conseqüente ausência, transmuda-se em ilícito administrativo (disciplinar) e, esgotando-se o prazo de oito dias, assume o caráter de ilícito penal (deserção) [...].

Importante salientar que a conduta incriminadora não é o ato de fugir ou de se evadir, mas sim o de desertar, que se configura após ausência, por tempo superior a oito dias, contados a partir do dia seguinte ao que o militar praticou a fuga ou evasão.

O militar se evade ou foge da prisão, segundo o entendimento de Loureiro Neto (2001, p.159), em três ocasiões, a saber:

a) do poder da escolta; quando o detento militar tem que ser deslocado para outro lugar acompanhado por duas ou mais praças com a função de impedir sua evasão; b) do recinto onde se acha detido, seja do interior do quartel ou de penitenciária militar; c) fuga em seguida à prática do crime para evitar a prisão, ou seja, a prisão em flagrante. Se em conseqüência de quaisquer dessas situações, o militar se ausenta por mais de oito dias, consuma-se o delito de deserção.

A tentativa para este tipo penal é juridicamente impossível, visto que, se o militar retornar voluntariamente ou por meios coercitivos até o oitavo dia, a deserção não está configurada, mas, não havendo a apresentação, consuma-se o crime.

Pelo que dispõem o art. 270, § único, b, do CPPM (BRASIL, 1969b), o indiciado ou acusado do crime de deserção após evasão ou fuga, não tem direito ao benefício da liberdade provisória, visto mencionar de forma expressa o art. 192 do CPM (BRASIL, 1969a). Também não há que se falar em suspensão condicional da pena o condenado pelo crime em tela, pelo que se depreende do art. 88, II, a, também do CPM (BRASIL, 1969a).

3.9 Favorecimento a Desertor

Trata-se, na verdade, do crime de favorecimento pessoal, definido no art. 350 do Código Penal Militar (BRASIL, 1969a), in verbis:

Auxiliar a subtrair-se à ação da autoridade, autor de crime militar, a que é cominada pena de morte

ou reclusão:

Pena: detenção, até seis meses.

§ 1º Se ao crime é cominada pena de detenção ou impedimento ou reforma:

Pena: detenção, até três meses.

§ 2º Se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Concordando com este entendimento, Loureiro Neto (2001, p.159), leciona que este crime "trata-se do delito de favorecimento pessoal, disposto no artigo 350, mas em face do princípio da especialidade, aplica-se a norma em espécie".

Neste mesmo diapasão, Célio Lobão (2004, p.295), afirma que "O delito é de favorecimento pessoal, igualmente definido no art. 350 do Código Penal Militar". Mas, amplia a justificativa pela qual não se aplica ao agente do crime de favorecimento a desertor a norma geral do art. 350, entendendo que:

O Código Penal Militar classifica o favorecimento pessoal como crime contra a administração da Justiça Militar e os dispositivos que tratam desses delitos são inconstitucionais porque escapa da competência da Justiça castrense a tutela de órgão do Poder Judiciário.

Por esse motivo e por tratar-se de norma especial, o art. 193 afasta a incidência da norma geral do art. 350.

É classificado como crime impropriamente militar, podendo ter como sujeitos ativos tanto a figura do militar, em face do disposto no art. 9º, I, 2ª parte (crime não previsto na lei penal comum), como a do civil, em face do art. 9º, I, 2ª parte c/c o inc. III, a, 2ª parte (crime não previsto na lei penal comum contra a ordem administrativa militar) e como sujeito passivo a administração militar. (LOBÃO, 2004).

As condutas incriminadoras deste tipo penal são: dar asilo, tomar a seu serviço, proporcionar ou facilitar transporte ou meio de ocultação.

Por dar asilo, Lobão (2004, p. 296), explica que "é conceder abrigo ao desertor"; por tomar a seu serviço "importa em dar trabalho, permanente ou temporário, proporcionando meios de subsistência ao desertor"; por proporcionar ou facilitar transporte "é conseguir ou tornar fácil a locomoção do desertor" e; por meio de ocultação "importa em conseguir local ou criar condições para o desertor se

ocultar a fim de subtraí-lo das autoridades militares, com ou sem auxílio de terceira pessoa".

Punível apenas em nível de dolo, o delito em tela só se consuma com a consciência plena do agente em estar favorecendo um desertor, através dos meios descritos pela norma legal.

A tentativa é juridicamente impossível e, segundo Lobão (2004, p. 298) "Se não há favorecimento por motivos alheios à vontade do agente, inexistente o crime. Por outro lado, se apesar do favorecimento, o desertor vem a ser capturado, consumou o delito que prescinde do resultado da proteção".

O parágrafo único deste artigo prevê como exclusão de pena uma causa pessoal, beneficiando o ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do desertor que o favoreceu utilizando-se de alguma das condutas previstas no preceito legal. Também fazem parte deste grupo os que possuem parentesco por adoção e por união estável. (LOBÃO, 2004).

3.10 Omissão de Oficial

O crime de omissão de oficial, na ótica de Célio Lobão (2004), é, na realidade, o mesmo que o delito de favorecimento pessoal, que exige a condição de oficial do agente ativo. Entretanto, Loureiro Neto (2001, p.160) divergindo deste entendimento leciona que não concorda

[...] com a inclusão deste delito neste capítulo, que trata das diversas modalidades de deserção. [...]. Ademais, a hipótese pode constituir, conforme as circunstâncias, delito de condescendência criminosa ou inobservância de lei, regulamento ou instrução.

O núcleo do tipo é deixar de proceder, ou seja, deixar de tomar providências exigidas pela lei, como, por exemplo, deixar de prender em flagrante delito o desertor que se encontra sob seu comando. Portanto, é crime omissivo, pois o agente se omite, quando teria a obrigação imposta em lei para agir.

Delito punido a título de dolo, quando o agente tem pleno entendimento de que esta praticando a conduta típica.

Consuma-se o delito no exato momento em que o oficial toma conhecimento da presença do desertor e, de forma livre e consciente, deixa de prendê-lo ou de proceder as medidas cabíveis,

conforme a lei.

3.11 Deserção em Tempo de Guerra

Ao militar que pratica o crime de deserção definido no Capítulo II, do Título III, do Livro I, da parte Especial do Código Penal Militar (BRASIL, 1969a), em período de guerra declarada, sujeita-se a mesma pena cominada a este delito, porém aumentando-se da metade, caso não constitua crime mais grave (art. 391/CPM).

Nos casos de deserção em presença de inimigo, a pena, em seu grau máximo, será de morte e, no grau mínimo, de 20 anos de reclusão. A pena de morte, autorizada pelo art. 5º, inc. XLVII, a da CRFB (BRASIL, 1988), será executada por fuzilamento, conforme art. 56 do CPM (BRASIL, 1969a). E pelo art. 57 do mesmo código, depreende-se que após a sentença definitiva que condenou o desertor a morte, logo que passe em julgado deve ser comunicada ao Presidente da República e só pode ser executada sete dias após esta comunicação. Exceção a essa regra encontra-se no parágrafo único do citado art. 57, que autoriza a execução da pena capital imediatamente se o delito for praticado em zona de operações de guerra e, ainda, quando for estritamente necessário para o interesse da ordem e da disciplina militares.

4 O PROCESSO DE DESERÇÃO DE PRAÇAS NO ÂMBITO DAS POLÍCIAS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA

4.1 Parte de Ausência

A Parte de Ausência (Anexo I), consiste em um documento de caráter meramente administrativo que, em si mesma, não possui nenhum valor processual penal, como tem o Termo de Deserção. (ESTRELA, 1997).

Sua finalidade precípua é verificar a falta comprovada ou injustificada, por, no mínimo, vinte e

quatro horas, de militar “que deveria estar, apresentar-se, ou permanecer na unidade, posto de serviço, ou subunidade em que serve, ou esteja a ela adido” (ESTRELA, 1997, p.295).

Ainda em termos de finalidade da Parte de Ausência, nas palavras de João Batista Fagundes, apud Eládio Estrela (1997, p. 296):

- a) dar conhecimento ao escalão superior de que um homem se acha faltando ao quartel;
- b) registrar o início da contagem do prazo de graça
- c) originar diligências do Comandante da Subunidade para evitar que se caracterize o crime de deserção;
- d) provocar a elaboração do inventário de bens deixados ou extraviados pelo ausente;
- e) desencadear as medidas administrativas no âmbito da unidade: alimentação, alojamento, instrução, soldo, etc.

Após a confecção da referida parte, bem como seu remetimento ao comandante da Organização Militar, há necessidade de dar-lhe publicidade, em virtude das conseqüências jurídicas dela advindas. Desta forma, o procedimento correto é sua publicação em Boletim, “para que se dê efeito à contagem do prazo de graça, [...]”. (ESTRELA, 1997, p. 296).

Ainda no despacho, o Comandante deverá designar um oficial para que seja feito o inventário dos bens do ausente. Desta determinação, lavrar-se-á o Termo de Inventário, que será inserido nos autos do Termo de Deserção, caso consume-se o crime de deserção.

Nesta senda, para a lavratura do termo de Inventário, de acordo com o art. 456 do Código do Processo Penal Militar, há que se fazer presente duas testemunhas instrumentárias, que assistirão a todas as diligências efetuadas pelo militar designado e as referendarão. (ESTRELA, 1997).

4.2 Despacho do Comandante

Despachos, em um sentido geral e fazendo-se uso do entendimento de Hely Lopes Meirelles (2003, p.181):

São decisões que as autoridades executivas (ou legislativas e judiciárias, em funções

administrativas) proferem em papéis, requerimentos e processos sujeitos à sua apreciação. Tais despachos não se confundem com as decisões judiciais, que são as que os juízes e tribunais do Poder Judiciário proferem no exercício da jurisdição que lhes é conferida pela Soberania Nacional. O despacho administrativo, embora tenha forma e conteúdo jurisdicional, não deixa de ser um ato administrativo, como qualquer outro emanado do Executivo.

No mesmo sentido, mas com sua atenção voltada para o âmbito da caserna, Estrela (1997, p. 297) se expressa da seguinte forma:

Despacho é o ato administrativo ordinário, no qual a autoridade executiva da Administração Policial Militar (Comandante, Chefe, Diretor, etc) profere em processos sujeitos a sua apreciação, as decisões sobre o conteúdo material.

Neste pensar, o despacho exarado na parte de ausência (Anexo II), é realizado pelo comandante ou chefe da respectiva organização em que o ausente serve e que, "ao proferi-lo, poderá fazê-lo de próprio punho no verso da parte de ausência, ou em apartado, determinando a publicação em Boletim [...]" (ESTRELA, 1997, p.297). Publicação, esta, que deve ser realizada em respeito ao princípio da publicidade, positivado no art. 37, caput, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

4.3 Inventário

O inventário (Anexo III) consiste em uma busca dos bens deixados pelo ausente e que pertencem à fazenda Pública Estadual, seus bens particulares deixados no quartel, inclusive o material extraviado, que deve ser colacionado, ou seja, deve ser feita menção de todo material que foi cargueado pelo ausente, mas que não foi encontrado.

Nas palavras de Estrela (1997, p.298), o inventário consiste:

na arrecadação criteriosa dos bens pertencentes à Fazenda Pública Estadual, e aos bens particulares deixados pelo ausente, tais como:

- Em relação ao material pertencente à Fazenda Pública Estadual, somente os sujeitos à devolução,

como: fardamento, equipamento, ou armamento e munição, sob sua carga (do ausente)

- O material de propriedade particular: todo e qualquer material deixado pelo ausente nas dependências do quartel;

Material extraviado deve, também, ser colacionado. Isto é, aquele material que tenha sido cargueado e não encontrado.

Este inventário deve ser assinado por duas testemunhas idôneas, além do responsável pela confecção do documento. Após, deve ser encaminhado como forma de anexo da Parte de Deserção ao Comandante da Unidade.

4.4 Mandado de Diligência

Nas palavras de Lobão (2004, p. 262), sobre as diligências para localização de militar ausente, formalidade obrigatória antes entrada em vigência da lei 8.236 de 91:

O art. 456, §2º do Código de Processo Penal Militar, com redação dada pela Lei nº 4.984 de 18 de maio de 1966, estabelecia que, durante o prazo de graça, 'o comandante da subunidade ou seu correspondente, em se tratando de militar, determinará, compulsoriamente, as necessárias diligências para a localização e retorno do ausente à sua unidade, mesmo sob prisão, se assim exigirem as circunstâncias'.

Desta forma, o delito de deserção não se consumava se existisse um não cumprimento da "determinação compulsória", ou seja, das diligências definidas na antiga redação do citado art. 456, § 2º do CPPM. Também inexistia o delito se as providências para localização do presumido desertor fossem meramente formais, pois se fazia necessário à realização de diligências eficazes no sentido de localizar o ausente. (LOBÃO, 2004)

Entretanto, com o advento da lei 8.236 de 20 de setembro de 1991, o mandado de diligência foi abolido, deixando de existir nulidade processual a omissão ou ineficiência no cumprimento de diligências para localização e retorno do militar ausente à sua Unidade.

Neste viés pressupõe-se, aos militares, um grau de maturidade suficiente para entender a

consciência do ilícito penal que cometeram ou que estão prestes a cometer, justificando-se, assim, a abolição do mandado de diligência. (ESTRELA, 1997).

4.5 Prazo de Graça

O prazo de graça, no entendimento de Estrela (1997, p.302) “consiste num lapso de tempo legal, de oito dias, que se concede ao ausente, como condição para que ele se apresente e não venha a consumir o delito penal militar de deserção”.

Neste viés, para fins de contagem deste prazo, vale a regra do art. 451, do CPPM, com nova redação dada pela lei 8.236/91, que dispõem da seguinte forma: “A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que foi verificada a falta injustificada do militar”.

Bem exemplificando este tema, Jorge César Assis (2005, p. 45), afirma que: “se a ausência injustificada ocorreu no dia 10, inicia-se a contagem do prazo dos dias de ausência à zero hora do dia 11 e consumir-se-á a deserção, a partir da zero hora do dia 19”.

Assim, esta questão, embora eivada de certas dúvidas, resolve-se apenas aritmeticamente, visto que :

Para consumir a deserção o militar terá que ultrapassar o prazo de oito dias (192 horas) de ausência injustificada, seja a ultrapassagem de um dia, uma hora ou um minuto e, tendo como parâmetro a zero hora, tanto do dia inicial como do dia final.

[...]

Assim se oito dias são iguais a 192 horas, a questão, a nosso sentir, é simplesmente aritmética, que é ciência absoluta, não admitindo prova em contrario sob pena de alteração do sistema calendário universal. (ASSIS, 2005, p. 46)

Neste entendimento, a expressão "mais de oito dias", não pode, de nenhuma maneira, ser entendido como um período de tempo de nove dias, como quer o STJ. Refere-se a qualquer período de tempo que exceda a oito dias, seja este, dias, horas ou, até mesmo, minutos, como, acertadamente entende o Superior Tribunal Militar (ASSIS, 2005).

4.6 Parte de Deserção

A Parte de Deserção (Anexo IV) é um documento que deve ser confeccionado pelo comandante da subunidade ou autoridade correspondente, tendo como teor a conduta do militar ausente que passa, a partir deste momento, a tornar-se suspeito do crime de deserção, e "terá como consequência jurídica tornar específico o dies a quo e o dies ad quem da contagem do prazo de graça e a consequente caracterização da deserção, para todos os efeitos legais". (ESTRELA, 1997, p. 305).

Após sua lavratura, oito dias após ser verificada a ausência do militar, a Parte de Deserção é encaminhada ao comandante ou chefe competente, acompanhada, em anexo, o Termo de Inventário, que é formalidade indispensável à instrução provisória.

Em decorrência desta parte, o comandante dará um despacho (Anexo V), de próprio punho ou auto apartado, que será juntado ao termo de deserção e publicado em boletim, designando um oficial, praça especial ou graduada, para que se lavre o termo de deserção. (ESTRELA, 1997, p. 307).

4.7 Termo de deserção

Logo após a lavratura da Parte de Deserção, o comandante da unidade ou ainda autoridade superior (no caso de oficial), tomará providência administrativa-processual penal militar, no sentido de formalizar a instrução do processo de deserção, determinando lavratura do termo em questão, que tem por objetivo fornecer elementos necessários a propositura da ação penal. (ESTRELA, 1997).

O Termo de Deserção (Anexo VI) será assinado por duas testemunhas idôneas e pelo comandante do militar. Recomenda a lei (art. 456, § 3º, CPPM) que estas testemunhas sejam preferencialmente oficiais, mas nada impede que praças idôneas exerçam tal mister, tendo como cuidado, apenas, que subordinados não venham a referendar documentos contra superiores hierárquicos, o que atingiria gravemente os dogmas das Corporações Militares. (ESTRELA, 1997).

Nesta esteira, ao se publicar o termo de deserção, o desertor ficará sujeito à prisão, visto que, a partir deste momento, o militar estará em permanente situação de flagrante. (LOBÃO, 2004).

Após estas formalidades, o comandante da unidade deve enviar o termo de deserção e seus anexos ao Comandante-Geral da corporação, que, via de regra, determina a Corregedoria-Geral para que verifique se houve alguma omissão de formalidade. Caso todas as formalidades tenham sido cumpridas a contento, o próprio Comandante-Geral efetuará a exclusão ou agregação do desertor, conforme o caso e fará publicar em Boletim do Comando-Geral o ato administrativo. Por derradeira formalidade, o termo e seus anexos são remetidos aos Juizes de direito da Justiça Militar. (ESTRELA, 1997).

4.8 Da Agregação e da Exclusão

Com a lavratura do termo de deserção, tem-se como consequência imediata a caracterização da consumação do crime de deserção.

Como providencia imediata, o desertor será agregado ou excluído. Para efeitos da lei penal castrense, serão agregados oficiais (art. 454, §1º, CPPM) e praças estáveis (art. 456, §4º, CPPM) e excluídos as praças especiais.

4.8.1 Da Agregação e da Reversão ao Serviço Ativo das Praças Estáveis

Agregação, no sentido empregado pela Corporação Policial Militar do Estado de Santa Catarina e de acordo com o art. 81 do Estatuto dos Policiais Militares (SANTA CATARINA, 1983), consiste na "situação na qual o policial militar da ativa deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu quadro ou qualificação nela permanecendo sem número".

O praça com estabilidade, ou seja, aquele que possui 10 ou mais anos de tempo de serviço, ao ser considerado desertor, será agregado por ato do Comandante-Geral da PMSC, de acordo com o art. 86 do Estatuto da PMSC (SANTA CATARINA, 1983) e assim, passará a não mais receber vencimentos na qualidade de policial militar e não mais concorrer a promoção.

Ao ser capturado ou apresentar-se voluntariamente, a praça com estabilidade será revertido ao serviço ativo e seu Comandante providenciará, com urgência, a remessa à Auditoria, da cópia do ato

de reversão ao serviço ativo.

Reversão, segundo o mesmo Estatuto (SANTA CATARINA, 1983), em seu art. 87:

É o ato pelo qual o policial-militar agregado retorna ao respectivo Quadro ou Qualificação, tão logo cesse o motivo que determinou sua agregação, voltando a ocupar o lugar que lhe competir na respectiva escala numérica, na primeira vaga que lhe ocorrer.

Também de acordo com o Estatuto (SANTA CATARINA, 1983), em seu artigo 88, a reversão das praças se dará por ato do Comandante-Geral da Corporação.

4.8.2 Exclusão e Reinclusão de Praça Especial e Praça sem Estabilidade

Nos casos em que praça especial ou praça sem estabilidade forem agentes do delito de deserção, após a lavratura do termo de deserção, estes deverão ser excluídos do serviço ativo, como reza a lei processual penal militar (BRASIL, 1969b), em seu artigo 456, § 4º.

A exclusão, neste caso, não é de natureza administrativa disciplinar, pois se assim fosse, o praça deveria ser submetido ao devido processo legal, de acordo com o art. 5º, inc. LIV, da Carta Constitucional (BRASIL, 1988); trata-se, na verdade, de ato administrativo-processual penal, visto preceder o processo de deserção, instaurado em razão da ausência da praça sem estabilidade, nos termos do art. 187 do CPM. (ESTRELA, 1997)

Este ato exclusório, realizado pelo Comandante-Geral ou por autoridade por ele delegada, deverá ser imediatamente publicado em boletim.

Após, o termo de deserção do praça que se fará processar deve ser encaminhado ao juiz de direito da Justiça Militar, acompanhado de todos os atos e assentamentos lavrados até o momento.

Caso o desertor se apresente voluntariamente ou seja capturado, determina a lei processual penal militar que este seja submetido a inspeção de saúde e se considerado apto para o serviço militar, será reincluído.

Caso o exame de saúde diagnostique a incapacidade definitiva do praça sem estabilidade para o serviço ativo, este será isento de reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados após o pronunciamento do Ministério Público.

Entretanto, sendo considerado apto e sendo efetivada sua reinclusão, o Comandante que fez exarar o ato, deve encaminhar, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à Auditoria de cópia do ato de reinclusão.

Também, embora omissa o Estatuto, é competente para assinar o ato de reinclusão, o Comandante-Geral, visto que "quem tem competência para excluir, também tem competência para incluir." (ESTRELA, 1997, p.319).

4.9. Da Prisão do Desertor

Pelo artigo 5º, inciso LXI da CRFB (BRASIL, 1988), a prisão de qualquer cidadão só poderá ser efetivada "em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

O crime de deserção, objeto do presente estudo, insere-se como modalidade de crime militar próprio e que, assim sendo, permite a autoridade militar prender o infrator em flagrante (ROTH, 1998). Também pelo art. 243 do CPPM (BRASIL, 1969b), a deserção, juntamente com a insubmissão, são crimes que ensejam a prisão do agente a qualquer momento.

Neste viés, a lavratura do termo de deserção, por ser ato pré-processual com caráter de instrução provisória, autoriza a prisão do desertor (art. 452/CPPM), aplicando-se, sempre, as normas previstas nos artigos 220 a 241 do CPPM, para prisão provisória. (ROTH, 1998).

Entretanto, na opinião de Ronaldo João Roth (1998, p.16), após o ato de prisão, faz-se necessário a lavratura do auto de prisão em flagrante, pois: "[...] uma situação é o ato de prisão efetuado contra o desertor, com base na autorização legal decorrente da lavratura do termo de deserção, outra é a formalização da prisão, homologada pela autoridade competente em auto próprio".

Desta forma, é imprescindível que se lavre o auto de prisão em flagrante pela autoridade militar, ou oficial de serviço, ou autoridade judiciária, "de forma que seja formalizada a prisão com oitiva do condutor, das testemunhas, e, principalmente, inquirindo-se o indiciado, tudo nos termos do artigo 245 do CPPM". (ROTH, 1998, p.15).

Neste sentido, a prisão de qualquer pessoa sem ordem escrita e fundamentada por autoridade competente, nas hipóteses previstas no inc. LVI do art. 5º da CRFB/88, não pode olvidar de sua formalização através de auto próprio, pois assim ficará "demonstrada pela autoridade que o preside

a sua convicção para homologação daquele ato constrictivo, bem como, a demonstração do asseguramento e observância dos direitos e garantias processuais e constitucionais". (ROTH, 1998, p. 15).

No caso do delito de deserção, além de ser imprescindível que haja a lavratura do auto de prisão em flagrante, há que se fazer esclarecimentos acerca da:

Ocorrência do crime, seus motivos, as diligências imprescindíveis como, por exemplo, a verificação, se possível, da existência do motivo de força maior alegado pelo desertor; a colheita de prova que demonstre descabida a versão do indiciado; o resultado da inspeção de saúde, etc) e, essencialmente, a remessa de prova do ato de reversão ao serviço ativo do militar. Quanto a esta última medida de procedimentalidade, a Polícia Judiciária Militar deve diligenciar sua efetivação o mais rápido possível e, depois, remeter o resultado da mesma ao Juízo, observando o prazo peremptório de cinco dias fixado pelo artigo 251 do CPPM. (ROTH, 1998, p.16).

Nesta esteira, o período de cinco dias serve para a Polícia Judiciária Militar ultimar as providências faltantes para o auto de prisão, além de subsidiar o Ministério público com informações úteis para o recebimento da denúncia. Após este lapso temporal, "a prisão de desertor poderá se delongar, ainda, por igual período, mas agora tendo o Ministério Público improrrogavelmente cinco dias para o oferecimento da denúncia (art. 79 do CPPM)." (ROTH, 1998, p.17).

Todos estes procedimentos devem ser realizados de forma rigorosa e solene, pois à luz da atual Lei Fundamental, não é admissível:

A prisão de alguém sem que lhe seja dado a oportunidade para ser ouvido, sem que o mesmo receba a nota de culpa, sem que se valore sobre a veracidade de sua versão, dentre outros procedimentos necessários para justificar a privação de liberdade de alguém. Caso contrário, ensejará a ilegalidade da prisão e, por sua vez, o seu relaxamento, [...]

Não é de se descurar que a oferta da denúncia com base exclusivamente nos elementos formais do procedimento da deserção (termo de deserção, comunicação da prisão, remessa a Juízo do resultado da ata de inspeção de saúde, como mormente se restringe a PJM, nos casos de deserção), tolhe o 'dominus lite' a apreciação do aspecto subjetivo do fato típico, ocorrência esta que ensejará a rejeição daquela peça pelo juiz.

[...]

Deste modo, a voz de prisão, as garantias constitucionais do preso, a entrega da nota de culpa, a realização do auto (com a oitiva de testemunhas e do próprio indiciado), a remessa deste após o seu encerramento e a comunicação da prisão, dentre outras, são formalidades essenciais na captura do desertor e permitirão, em seu todo, o oferecimento da denúncia não mais calcada no aspecto formal da deserção, mas sim nos elementos de prova do cometimento da infração penal. É curial, pois, o trabalho de persecução penal, incursionando-se para a comprovação do fato e da culpa do infrator. (ROTH, 1998, p. 17 e 18).

Entretanto, mesmo com este embasamento doutrinário, não é idêntica a opinião da jurisprudência dominante. Segundo esta "O termo de deserção, lavrado nos limites da lei, dispensa o Auto de Prisão em Flagrante do desertor, sujeitando-o, desde logo, à prisão". (HC, nº 1.216, Relator: Juiz Jair Cançado Coutinho, 20 de agosto de 2004).

No mesmo sentido, em decisão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, o HC, nº 1.371, (Relator: Juiz Jair Cançado Coutinho, 20 de agosto de 2004), afirma que sendo o crime de deserção um delito permanente, "o paciente está em plena flagrância delitiva, podendo, sim, ser preso a qualquer momento, não estando ele a sofrer nenhum constrangimento ilegal, com qualquer ordem ou procedimento a respeito".

Neste pensar, com a lavratura do Termo de deserção, nos moldes do art. 452, dispensa a confecção do Auto de Prisão em Flagrante, não sendo motivo para o relaxamento de sua prisão, pois sua ausência não acarreta nenhuma ilegalidade ou abuso de autoridade. (HC, nº 1.21, Relator: Juiz Jair Cançado Coutinho, 20 de agosto de 2004).

Assim, temos, no caso da prisão do desertor, divergência entre a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante. A primeira, afirmando a necessidade do APF para o crime de deserção, sendo que, sua ausência, acarretaria ilegalidade na prisão e, conseqüentemente, seu relaxamento. Já a segunda leciona que a não lavratura do APF, de forma alguma, pode ser refutada como justificativa para que se relaxe a prisão do desertor, visto que o Termo de Deserção, por si só, garante a possibilidade de prisão em flagrante do agente do delito, sem que, com isso, vislumbre-se qualquer vício de legalidade.

Também há que se salientar que o legislador, estabeleceu um prazo diminuto para processo do desertor, que é e sessenta dias (art. 453/ CPPM), "caso contrário ele será colocado em liberdade, relaxando-se a prisão, sem prejuízo do procedimento da ação penal". (ROTH, 1997, p.16).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho monográfico teve como fulcro delinear algumas considerações sobre o crime de deserção de praças e seus aspectos processualísticos no âmbito das praças da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Entretanto, para que se pudesse iniciar a pesquisa, embasando-a de forma científica, houve a necessidade de se fazer um esforço acerca do Direito Penal Militar, sua especialidade e autonomia em relação ao Direito Penal Comum. Também se fez necessário conceituar e classificar o crime militar, diferenciando-o do crime comum.

Neste diapasão, considerou-se o Direito Penal Militar como um Direito especial e autônomo do Direito Penal Comum, visto, a lei penal militar, tutelar exclusivamente os interesses do Estado e das Instituições Militares. Portanto, os cidadãos que nelas incorporam, passam a fazer parte de um grupo seletivo de pessoas que possuem especiais deveres para com o Estado, sendo indispensável à sua defesa armada, à sua soberania e à própria existência dessas Instituições. No Brasil, o caráter especial do Direito Penal Militar também advém da Constituição Federal, em seu capítulo III, que trata do Poder Judiciário, e que prevê a existência da Justiça Militar (art. 122), cuja competência é delimitada nos artigos 124 (Justiça Militar Federal) e 125, §4º (Justiça Militar Estadual).

Portanto, o Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos, mas também em razão da natureza do bem jurídico tutelado, quais sejam, os interesses do Estado e das instituições militares, bem como a hierarquia e a disciplina militares.

Com relação ao crime militar, tem-se que, o ordenamento pátrio adotou o critério *ratione legis*, ou seja, crime militar é o que a lei diz ser, através de critérios por ela apresentados. Essa é a exegese que se extrai do artigo 124 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), *in verbis*: “Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. O Código Penal Militar vigente, por sua vez, também não definiu crime militar, mas apenas enumerou taxativamente as diversas situações que o definem, trazendo em seus artigos 9º e 10º, respectivamente, os critérios que caracterizam o crime militar em tempo de paz e em tempo de guerra.

Desta forma, o crime de deserção é classificado como crime militar próprio, em virtude do que se abstrai do inc. I, 2ª parte, do art. 9º do Código Penal Militar, ou seja, crime não previsto no Código Penal Comum.

Deste modo, três são as modalidades de deserção positivadas no Código Penal Militar. A primeira é aquela em que o militar ausenta-se sem a autorização devida, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias. No segundo tipo, a ausência do militar é legal, mas, findando-se o prazo de afastamento autorizado, o agente deixa de se apresentar, também por mais de oito dias. A terceira forma de deserção, também chamada de deserção imediata, ocorre quando o militar não se apresenta no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve.

O delito de deserção, crime tipicamente militar, tem um tratamento todo especial no Código de Processo Penal Militar, principalmente após a advinda da lei nº 8.236/91 que deu nova redação a alguns dos dispositivos que dizem respeito a este crime. Isto feito para que os procedimentos para o julgamento do agente do crime de deserção sejam executados com mais celeridade.

Isto posto, o procedimento da deserção consiste na lavratura de diversos atos, quais seja, a parte de ausência, o inventário dos bens permanentes do Estado, o termo de deserção, a exclusão do estado efetivo do militar do quadro de sua Unidade e, por fim, publicação de todos os atos em Boletim Interno, encaminhando-o, após, a Justiça Militar.

Ultimando os procedimentos, tem-se o termo de deserção, que se constitui em ato pré-processual e tem caráter de instrução provisória, fornecendo elementos necessários a propositura da ação penal. Entretanto, há que se minutar que todos os atos praticados são rigorosamente solenes e, por isso, todas as formalidades devem ser severamente observadas, tendo-se como linha mestra o regramento processualístico castrense.

Lavrado e devidamente publicado, o Termo de Deserção coloca o agente em permanente estado delinqüencial, estando na iminência de ser preso ou capturado, de acordo com o artigo 243 do CPPM.

Não obstante, o Termo de Deserção ser instrumento pré-processual com caráter de instrução provisória, bastando-o para que seja efetuada a prisão do desertor em flagrante delito, há posicionamento doutrinário de que seja necessária a lavratura de APF para que se garantam os direitos fundamentais ao desertor, positivados na Constituição Federal. Entretanto, observada a jurisprudência dominante, percebe-se que a ausência de APF não acarreta, de forma alguma, ilegalidade ou abuso de autoridade. Portanto, após a prisão do desertor, não há obrigação, por parte da Polícia Judiciária Militar, de que se lavre o APF, pois sua ausência não gera qualquer ilegalidade com relação ao cerceamento da liberdade do desertor, bastando, apenas, o Termo de Deserção.

6 REFERÊNCIAS

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

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

_____. Prazo para consumação do crime de deserção: Afinal, são quantos dias? Revista jurídica Consulex. Ano IX, nº 192, Brasília, 15 de janeiro de 2005, paginas 45 a 48.

_____. A prescrição no crime de deserção. Revista Jurídica Consulex, Brasília, nº 127, 30 abr 2002. Disponível em: Acesso em 12 jun 2006.

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

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Código Penal Militar. Decreto lei nº 1001 de 21 de outubro de 1969a. Disponível em :<
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm> Acesso em 27 mar 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Código de Processo Penal Militar. Decreto lei nº 1002 de 21 de outubro de 1969b. Disponível em: Acesso em 27 mar 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Altera disposições do Código de Processo Penal Militar e da Lei da Organização Judiciária Militar. Lei nº 8.236, de 20 de setembro de 1991. Disponível em :<
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8236.htm> Acesso em 27 mar 2006.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Estatuto dos Militares. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Disponível em :<

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm> Acesso em 27 mar 2006.

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

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

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

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

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

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito penal. 1v., 16. ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 1992.

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

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

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

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Habeas Corpus nº 1216. Relator: Juiz Cel PM Paulo Duarte Pereira. Origem: Processo nº 15.039/1ª AJME. Julgamento: 10/09/1996. Publicação: 25/09/1996.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. HABEAS CORPUS Nº 1.371. Relator: Juiz Cel PM Jair Cançado Coutinho. Origem: IPM nº 22.530/2ª AJME. Julgamento: 05/08/2004. Publicação: 20/08/2004.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. APELAÇÃO Nº 2.186. Relator: Juiz Cel PM Paulo Duarte Pereira. Revisor: Juiz Cel PM Laurentino de Andrade Filocre. Origem: Processo nº 15.151/2ª AJME. Julgamento: 09/10/2001. Publicação: 04/12/2001.

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

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

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

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

SANTA CATARINA, Estado de. Assembléia legislativa. Estatuto dos Policiais Militares. Lei nº 6.218, de 10 de fevereiro de 1983. Disponível em :<
<http://200.192.66.13/ALESC/PesquisaDocumentos.asp>> Acesso em 27 mar 2006.

ANEXOS

ANEXO I

(Parte de Ausência)

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

(COMANDO INTERMEDIÁRIO)

(OPM)

Local e data,

Parte nº ____

Do Subcomandante

Ao Sr. Comandante

Assunto: PARTE DE AUSÊNCIA

Participo-os que o _____ (nome e graduação) acha-se faltando ao quartel desde a parada diária do dia __/__/__, completando na data de __/__/__, vinte quatro horas de ausência do local onde exerce as suas funções policiais militares.

Nome, Posto e Função

ANEXO II

(Despacho do Comandante na Parte de Ausência)

DESPACHO DO COMANDANTE

1. Nomeio o _____, para, com a assistência de duas testemunhas instrumentárias, inventariar os bens deixados ou extraviados pelo ausente;
2. Publique-se em BI a parte de ausência e o presente despacho.

Local e data,

Nome e Posto

Comandante

ANEXO III

(Inventário)

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

(COMANDO INTERMEDIÁRIO)

(OPM)

INVENTÁRIO

Aos _____ dias do mês de _____, do ano de _____, nesta cidade de _____, Estado de _____, no quartel _____, foi procedido o inventário dos bens deixados e/ou extraviados pelo _____, ausente conforme Parte n^o ___ de ___/___/___, feito por

mim, _____ (nome e posto), conforme designação contida na epígrafe _____, do BI _____, de _____, de _____ de 200____, com assistência de duas testemunhas _____ e _____, designadas no boletim supracitado, sendo verificado o seguinte:

A) MATERIAL PERTENCENTE A FAZENDA ESTADUAL:

1. Fardamento: (relacionar, se houver)
2. Equipamento: (relacionar, se houver)
3. Armamento: (relacionar, se houver)

B) MATERIAL DE PROPRIEDADE PARTICULAR: (relacionar, se houver).

C) MATERIAL EXTRAVIADO: (caso exista, enumerá-lo)

Nome, Posto

Testemunhas

ANEXO IV

(Parte de Deserção)

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

(COMANDO INTERMEDIÁRIO)

(OPM)

Local e data,

Parte nº _____

Do Subcomandante da Unidade

Ao Sr Comandante da Unidade

Assunto: PARTE DE DESERÇÃO

Anexo: Inventário

Cumprindo o que determina o art. 456, §2º, do Código de Processo Penal Militar, participo-vos que _____ filho de _____ e de _____, nascido em _____, natural de _____, estado civil _____, pertencente ao efetivo desta subunidade, tendo faltado à chamada do dia _____, consta nesta data, a zero hora, oito dias de ausência previstos no art. 187 do CPM, combinado com o art. 451, da supracitada lei adjetiva castrense, o que, para efeitos legais, participo-vos.

Nome e Posto
Sub-Comandante

ANEXO V

(Despacho do Comandante na Parte de Deserção)

DESPACHO DO COMANDANTE

1. Designo o _____ (nome do PM) para proceder a lavratura do termo de deserção, nos

termos do art. 456, §3º, do CPPM.

2. Publique-se.

Local e data,

Nome e Posto
Comandante da Unidade

(Termo de Deserção)

POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA

(COMANDO INTERMEDIÁRIO)

(OPM)

TERMO DE DESERÇÃO

Aos _____ dias do mês de _____ do ano de _____, nesta cidade de _____, Estado de _____, no quartel _____, estando presente o _____ (nome e posto), Comandante da Unidade, tendo como testemunhas o _____ (nome, posto e função), e o _____ (nome, posto e função), foi lida a Parte de Deserção, confeccionada pelo Subcomandante da Unidade da qual consta que o _____, filho de _____ e de _____, natural de _____, estado civil _____, esteve ausente desta Unidade desde a zero hora do dia _____, até a zero hora do dia _____, completando, assim, o prazo de ausência permitido sem sua apresentação. Para constar, lavrou-se este termo, para caracterizá-lo como incurso nas sanções penais militares do art. 187 (ou 188 e incisos), do Código penal Militar Brasileiro, a fim de venha a se fazer processado perante a justiça Militar do estado de Santa Catarina; este termo vai assinado pelo Comandante da Unidade e pelas testemunhas acima mencionadas. Eu,

_____ (rubrica) _____ (nome e posto ou graduação), servindo de Escrivão o escrevi.

Nome e Posto

Comandante da Unidade

Nome e Posto

Testemunha

Nome e Posto

Testemunha