

Status de militar no crime de deserção: o que muda com a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar

Daniel Souza Nogueira

Bacharel em Direito pela Universidade
Federal de Mato Grosso do Sul

RESUMO: O objetivo do estudo é esclarecer o que muda com a inserção do supracitado artigo em relação ao processamento da ação penal militar, mais especificamente nos casos em que a condição de militar é essencial para o processo. Para tanto, a pesquisa buscará trazer um mínimo de conhecimento sobre o crime militar de deserção, além da evolução jurisprudencial das nossas Cortes Superiores. Por fim, buscar-se-á também dispor julgados sobre as condições de procedibilidade e prosseguibilidade da ação penal militar.

PALAVRAS-CHAVE: Condição de Militar. Procedibilidade. Prosseguibilidade.

ENGLISH

TITLE: Military status in the crime of desertion: what changes with the insertion of art. 34-A in the Military Service Act

ABSTRACT: The objective of the study is to clarify what changes with the insertion of the aforementioned article in relation to the processing of military criminal action, more specifically in cases where the condition of military is essential to the process. Therefore, the research will

seek to bring a minimum of knowledge about the military crime of desertion, in addition to the jurisprudential evolution of our Superior Courts. Finally, it will also be sought to have judgments on the conditions of procedurality and continuity of military.

KEYWORDS: Military condition. Procedure. Continuity.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conceito de crime – 2.1 Crime militar – 2.2 Crime propriamente militar e impropriamente militar – 2.3 Crime militar de deserção – 3 Condição de militar do agente – 4 Divergência sobre a condição de militar do agente – 4.1 Posicionamento do Superior Tribunal Militar – 4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal – 4.3 Posicionamento do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União – 4.4 Posicionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM) – 5 Lei do Serviço Militar (Art. 34-A) – 6 Considerações finais

1 INTRODUÇÃO

O direito militar é um ramo do direito público interno. É denominado também de direito castrense, palavra de origem latina, que designa o direito aplicado nos acampamentos do Exército Romano. Pode ser entendido como todo conjunto jurídico-militar relacionado às Forças Armadas e às Polícias Militares e aos Corpos de Bombeiros dos Estados e Distrito Federal.

O estudo do direito castrense abarca diversos ramos de especialização, entre estes destacam-se o Direito Penal Militar, o Direito Penal Processual Militar, o Direito Constitucional Militar, o Direito Disciplina Militar, o Direito Administrativo Militar e o Direito Previdenciário Militar.

Outro ramo do estudo jurídico-militar de grande destaque no cenário internacional é o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), que em linhas gerais, regula os conflitos beligerantes internacionais ou não internacionais, que por questões humanitárias, limita o direito das partes nos conflitos trazendo um mínimo de dignidade aos envolvidos.

O presente artigo tem como propósito trazer uma reflexão sobre a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar¹. A Lei 13.954, de 16 de dezembro de 2019, que reestruturou a carreira

¹ Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964.

dos militares da União, trouxe consideráveis modificações na legislação militar. Entre as alterações efetivadas pela referida lei, destaca-se a possibilidade de militares temporários, que respondem a inquéritos policiais comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, inclusive por crime de deserção, serem licenciados ao término do tempo de serviço a que estão obrigados.

Para alcançar o objetivo proposto pelo presente artigo, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica. Buscou-se também, a partir da análise pormenorizada de periódicos jurídicos, da doutrina e da jurisprudência, fundamentar a argumentação proposta trazendo aspectos importantes sobre a questão procedimental do crime de deserção.

Quanto aos objetivos, estes serão de categoria exploratória, baseados em dados disponibilizados na rede mundial de computadores, em especial no *site* do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Militar (STM), com delimitação de pesquisa pós Constituição Federal de 1988.

Neste cenário, construíram-se algumas questões que nortearam este trabalho e que serão importantíssimas para melhor compreensão do tema proposto, tais como: O que é condição de procedibilidade e prosseguibilidade no crime de deserção? Qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal Militar (STM) no que se refere ao *status* de militar? E o que muda com a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar? São estas as questões que se pretende responder com o desenvolvimento desta pesquisa.

2 CONCEITO DE CRIME

Crime é toda ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados pelo Estado. O conceito de crime pode ser apontado sob dois aspectos principais: o material e o formal.

Sob a ótica material, o crime constitui toda a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena; é, pela ótica formal, crime é a conduta lesiva a bem juridicamente tutelado, merecedora de pena, devidamente prevista em lei.

2.1 Crime militar

Não muito diferente do conceito dado ao crime em seus aspectos gerais, o crime militar constitui-se também na conduta lesiva ao bem jurídico tutelado, merecedora de pena e com previsão em lei.

Segundo Loureiro Neto (2010, p. 17) “o nosso legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, não definiu, apenas enumerou taxativamente as diversas situações que define esse delito”, ou seja, de forma geral, são considerados crimes militares aqueles que a lei enumera, apesar de alguns pontos de divergências conforme assevera Lobão (2011, p. 31):

[...] crime militar 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.

Como bem destacado por Alves-Marreiro (2015, p. 57), “As infrações penais militares são as que, por mandamento constitucional (arts. 124 e 125, § 4.º, da CF), possuem previsão de existência, sendo norma em branco complementada pelos arts. 9.º (crimes militares em tempo de paz) e 10 (crimes militares em tempo de guerra) do CPM.”

2.2 Crime propriamente militar e impropriamente militar

Os crimes militares são classificados em duas grandes categorias: crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Saraiva (2014, p. 44) assevera que “Esta divisão tem eco constitucional basta uma rápida leitura do art. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, para que seja aferida a importância da distinção”.

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

LXI - 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; (grifo nosso)

Crimes propriamente militares seriam os que só podem ser cometidos por militares, pois consistem em violação de deveres que lhes são próprios. Trata-se, pois, do crime funcional praticável somente pelo militar, a exemplo da deserção (art. 187), da cobardia (art. 363), dormir em serviço (art. 203) etc (NEVES E STREIFINGERS, 2014, p. 93).

Em contraposição, os crimes comuns em sua natureza, praticáveis por qualquer pessoa, civil ou militar, são os chamados impropriamente militares. Como exemplo podemos citar o homicídio de um militar praticado por outro militar, ambos em situação de atividade (art. 9º, II,

a, c/c o art. 205), ou a violência contra sentinela (art. 158). A essa construção a doutrina especializada admite uma exceção, qual seja, o crime de insubmissão (art.183), considerado o único crime propriamente militar que somente o civil pode cometer. Note-se que, apesar de ser praticado por um civil, a incorporação do faltoso, portanto, a qualidade de militar, é condição de punibilidade ou de procedibilidade, nos termos do art. 464, § 2º, do CPPM. Vale dizer que, antes de adquirir a qualidade de militar, com sua inclusão nas Forças Armadas, não cabe ação penal contra o insubmisso (NEVES E STREIFINGERS, 2014, p. 93).

2.3 Crime militar de deserção

Nas palavras de Esmeraldino Bandeira *apud* Loureiro Neto (2010, 144) “Deserção vem de *desertio*, que por sua vez deriva de *deserere*, que significa abandonar, desamparar. *Deserere exercitum*, ou simplesmente *deserere*, significa desertar”.

No dicionário existem algumas definições aleatórias para o termo, abrangendo inclusive a definição específica de deserção militar, que pode ser entendida como “Abandono do serviço militar, sem licença, permanecendo por um tempo superior ao previsto” e ainda “abandono ou afastamento de um lugar que se frequentava ou de algo em que se participava por dever, compromisso, obrigação ou afinidade” (DESERÇÃO, 2009-2019, online).

No Direito Militar são duas as espécies de deserção:

a) A deserção Comum, identificada no art. 187 e 188 do CPM, que, em regra, ocorre quando o militar ausenta-se, sem licença, por mais de oito dias da sua Organização Militar ou lugar que deveria estar presente, não se apresenta no lugar designado, deixa de se apresentar a autoridade competente após agregação ou licença ou após declaração de estado de guerra ou de sítio;

Deserção

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

Casos assimilados

Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que:

I - não se apresenta no lugar designado, dentro de oito dias, findo o prazo de trânsito ou férias;

II - deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra;

III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de oito dias; IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.

b) A deserção especial prevista no art. 190 do CPM, que é quando o militar deixa de se apresentar no momento da partida do navio ou aeronave de que é tripulante ou do deslocamento da unidade ou força em que serve.

Art. 190. Deixar o militar de apresentar-se no momento da partida do navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve:

Pena - detenção, até três meses, se após a partida ou deslocamento se apresentar, dentro de vinte e quatro horas, à autoridade militar do lugar, ou, na falta desta, à autoridade policial, para ser comunicada a apresentação ao comando militar competente.

§ 1º Se a apresentação se der dentro de prazo superior a vinte e quatro horas e não excedente a cinco dias:

Pena - detenção, de dois a oito meses.

§ 2º Se superior a cinco dias e não excedente a oito dias:

Pena - detenção, de três meses a um ano.

§ 2º-A. Se superior a oito dias:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Aumento de pena

§ 3º A pena é aumentada de um terço, se se tratar de sargento, subtenente ou suboficial, e de metade, se oficial.

O CPM também prevê a deserção em tempo de guerra na presença de inimigo cuja pena capital é a morte.

Deserção

Art. 391. Praticar crime de deserção definido no Capítulo II, do Título III, do Livro I, da Parte Especial:

Pena - a cominada ao mesmo crime, com aumento da metade, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. Os prazos para a consumação do crime são reduzidos de metade.

Deserção em presença do inimigo

Art. 392. Desertar em presença do inimigo:

Pena - morte, grau máximo; reclusão, de vinte anos, grau mínimo.

A tipificação do crime de deserção visa à tutela do serviço militar e do dever militar como bens jurídicos essenciais das Forças Armadas, tamanha a gravidade do delito e do perigoso potencial de atingir os mais caros e basilares princípios castrenses, podendo comprometer a funcionalidade das tropas, tanto em tempo de paz, na guerra ou em conflitos armados (GALVÃO, 2015, p. 14).

3 Condição de militar do agente

A atividade militar é diferente de qualquer outra profissão, pois exige dos seus integrantes valores e condutas próprias. Nesse liame, ponto bastante divergente na doutrina e jurisprudência recai sobre a condição de militar – *status de militar* – para se ver processar.

Sobre o assunto, as Súmulas nº 8 e 12 do STM dispõem o seguinte:

SÚMULA Nº 8 - (DJ 1 Nº 77, de 24/04/95)

O desertor sem estabilidade e o insubmisso que, por apresentação voluntária ou em razão de captura, forem julgados em inspeção de saúde, para fins de reinclusão ou incorporação, incapazes para o Serviço Militar, podem ser isentos do processo, após o pronunciamento do representante do Ministério Público.

SÚMULA Nº 12 - (DJ 1 Nº 18, de 27.01.97)

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

O crime de deserção é único, e somente o militar em situação de atividade pode cometê-lo. É classificado como crime propriamente militar. O processo de deserção segue um rito especial sendo iniciado através da instauração de um procedimento específico, denominado de Instrução Provisória de Deserção (IPD), cujas regras gerais são previstas nos artigos 451 a 453 do Código de Processo Penal Militar.

Térmo de deserção. Formalidades

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

§ 1º A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á a zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar.

§ 2º No caso de deserção especial, prevista no art. 190 do Código Penal Militar, a lavratura do termo será, também, imediata.

Efeitos do término de deserção

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

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

Para a propositura da ação penal, as normas processuais impõem algumas condições, que podem ser genéricas ou específicas. As condições gerais de admissibilidade da ação penal, tal qual no processo civil, são a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimação *ad causam*. As especiais são aquelas exigidas pelas peculiaridades que apresenta o funcionamento da justiça penal, conforme o procedimento e a espécie de ação penal. As

condições gerais e especiais compõem as chamadas “condições de procedibilidade”, sem as quais a relação processual não pode ser iniciada² (SOUZA, 2013, p. 14);

Sobre as condições de procedibilidade, também denominadas de condições de admissibilidade do processo penal ou de pressupostos processuais, Oliveira (2013, *online*) destaca que “são aquelas necessárias ao início da ação penal militar, bem como para o conhecimento dos recursos dirigidos aos tribunais. Elas devem estar previstas em lei.”

Assim, para o início do processo por deserção, além das condições genéricas da ação penal, prevê o Código de Processo Penal Militar a reinclusão do militar que foi excluído e a reversão do militar que foi agregado (SOUZA, 2013, p. 14).

Sobre a reinclusão do desertor o Estatuto dos Militares dispõe o seguinte:

Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a consequente demissão *ex officio* para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.

§ 1º A demissão do oficial ou a exclusão da praça com estabilidade assegurada processar-se-á após 1 (um) ano de agregação, se não houver captura ou apresentação voluntária antes desse prazo.

§ 2º A praça sem estabilidade assegurada será automaticamente excluída após oficialmente declarada desertora.

§ 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar.

A reinclusão é o ato administrativo que importa no retorno do militar à caserna para que seja concluído o serviço militar interrompido pela deserção. Para Célio Lobão (2008, p. 380) a qualidade de militar é condição de procedibilidade da ação penal, sendo a perda desse *status* motivo para arquivamento da Instrução Provisória de Deserção (IPD), inclusive com a extinção do processo pelo conselho ou atacada por *habeas corpus*.

No crime de deserção a qualidade de militar da ativa é condição de procedibilidade. Se o agente perde essa qualidade, arquivar-se a instrução provisória de deserção (IPD). Entretanto, se for proposta, a ação penal será extinta, por decisão do Conselho ou por meio de *habeas corpus*, isentando o agente do processo condenatório ou do processo de execução de sentença”. Segue o autor argumentando que “Em nenhum outro crime militar ocorre fenômeno idêntico. Por exemplo, no crime de violência contra o superior,

² Conforme leciona Mirabete, “as condições de procedibilidade são as que condicionam o exercício da ação penal, têm caráter processual e se atêm somente a admissibilidade da persecução penal. Exigida uma condição especial, a admissão da ação penal, além das condições da ação (gerais), depende dessa condição específica”. Mirabete cita como exemplo de condições de procedibilidade, entre outros, a entrada do agente no território nacional no caso de crime praticado no exterior (art. 7º, § 2º, “a” do CP) e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes contra a honra do Presidente da República (art. 145, parágrafo único, do CP). (MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 126).

a condição de militar integra o tipo (art. 157 do CPM), mas se o sujeito ativo perde a qualidade de militar não impede a propositura da ação penal e seu prosseguimento até a decisão final (LOBÃO, 2009, p. 380).

Sobre as condições de prosseguibilidade, Oliveira (2013, *online*) dispõe que “são aquelas indispensáveis ao prosseguimento da ação penal, isto é, o processo está em andamento e a condição deve ser mantida e implementada para que o processo prossiga o seu curso normal.”

Neves (2017, p. 839) observa que essa visão, embora seja um argumento coerente e inovador, foge ao disposto estritamente da lei processual penal militar.

No caso de praça, uma vez recebida a denúncia, não há previsão na lei processual penal militar de que haverá a necessidade de que o réu (já denunciado e com denúncia recebida) continue a ostentar a condição de militar. Nos termos do § 3º do art. 457, reincluída a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida a reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. Após isso, o Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas. (NEVES, 2017, p. 839 - grifo nosso)

Segue Neves (2017, p. 839) afirmando que o *status* de militar não é condição de prosseguibilidade, sob pena de criação de causa de extinção de punibilidade não prevista no Código Penal Militar.

Em conclusão, portanto, ostentar o status de militar não é condição de prosseguibilidade trazida pela lei penal militar. O que há para oficial como condição de prosseguibilidade é a sua captura ou apresentação, ao passo que para a praça há uma condição de procedibilidade na reversão ou reinclusão, ou seja, retorno ao serviço ativo, mas isso deve ser verificado antes do oferecimento da denúncia, e não no curso do processo, quando será irrelevante nos termos da lei castrense. Assim, oficial ou praça, com processo já em curso, que percam a condição de militar pela demissão, exoneração etc., à luz da lei processual penal militar, continuarão a ser processados, sob pena de criação de causa de extinção de punibilidade não prevista no Código Penal Militar.” (NEVES, 2017, p. 839)

Na mesma linha de raciocínio, Alves-Marreiro (2015, p.1114) destaca a interpretação equivocada da súmula nº 12 do STM, criando-se com esse entendimento uma condição inexistente na lei de prosseguibilidade da ação.

A súmula não é equivocada em relação à lei, mas tem sido interpretada com alcance muito maior que sua redação e muito maior que a da lei, criando uma condição de prosseguibilidade inexistente na Lei processual e, com isso, impedindo o MP de exercer seu dever-poder previsto na Constituição de forma privativa: I – promover,

privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (ALVES-MARREIRO, 2015, p. 1114)

Citando conversa com o Dr. Carlos Frederico, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, Alves-Marreiro (2015, p. 114) levanta a importância do pré-questionamento perante o STF sobre o entendimento de que a condição de militar é pressuposto para o prosseguimento da ação, haja vista que a interrupção do serviço militar, que neste caso se deu por nova deserção, seja regra impeditiva para o processamento.

Aliás, em conversa recente com o Dr. Carlos Frederico, Subprocurador-Geral de Justiça Militar, ele levantou a importância do pré-questionamento desta questão, que foi, na verdade lembrada por ele, para que tais casos sejam levados ao STF em recursos extraordinários. Que casos são esses? São aqueles em que um militar, enquanto é processado por deserção, já com denúncia recebida e citado, deserta novamente antes ou depois do interrogatório. Na maioria dos casos o conselho acaba suspendendo o processo que estava em andamento por suposta aplicação da súmula citada. Mas notem que ela trata de condição para o oferecimento da denúncia, como, aliás, é o previsto na Lei (ALVES-MARREIRO, 2015, p. 1114).

Portanto, observa-se que não há nenhuma condição específica para a suspensão de processos em curso calcada em interpretação extensiva da súmula 12, mas sim uma condição para o oferecimento da denúncia somente. Dessa forma, entende-se que a condição de militar é necessária apenas para o início da ação penal não tendo relevância alguma para o prosseguimento da ação.

4 DIVERGÊNCIA SOBRE A CONDIÇÃO DE MILITAR DO AGENTE

A divergência sobre a condição de militar no crime de deserção apresentou e apresenta certos conflitos de entendimento. Sobre esse *status* observa-se que a jurisprudência não é estanque. Como parâmetro de pesquisa, em relação a essa condição específica da ação, ou seja, o *status* de militar, referenciaremos a evolução do tema desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até atualidade.

4.1 Posicionamento do Superior Tribunal Militar

O *status* de militar para o STM biparte-se em duas vertentes distintas. Uma afirma que a condição de militar do acusado é indispensável na persecução penal no crime de deserção, desde

o recebimento da denúncia pelo juízo competente, como condição de procedibilidade, até o trânsito em julgado, perfazendo assim uma condição de prosseguibilidade da ação penal.

Outra vertente vai ao sentido de que o *status* de militar da ativa constitui requisito de procedibilidade e não de prosseguibilidade da ação, ou seja, é verificada apenas no início da ação penal.

Sobre a primeira vertente aponta-se o seguinte:

EMENTA: DESERÇÃO. ACUSADO LICENCIADO DO SERVIÇO MILITAR ANTES DA CONCLUSÃO DO PROCESSO. AÇÃO PENAL PREJUDICADA POR FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. A deserção, visto se caracterizar como delito estritamente castrense, somente pode ser cometida por militar considerado em serviço ativo. Qualidade esta de qual depende, também, a propositura, bem como, o respectivo andamento, de ação penal havida contra desertor, posto a Lei Adjetiva Castrense, no peculiar rito que estabelece para sopesamento do referido crime, impor, à título de "conditio sine qua non", que o elemento denunciado por deserção mantenha o "status" de militar da ativa ao longo de todas as fases do concernente processo. Se, como "in casu", o imputado já não mais se encontra como militar da ativa observa-se, "juris et de jure", por falta de condição de procedibilidade para seguimento de processo respondido por deserção. Inteligência com lastro no § 2º do Art. 457 do CPPM. Apelação "in tela" não conhecida, determinando-se o arquivamento dos autos. Acolhimento de preliminar suscitada pelo Ministro-Relator. Decisão majoritária. (STM – Ap 2005.01.049930-1; Ministro relator : JOSÉ ALFREDO LOURENÇO DOS SANTOS; DJe: 16/02/2006)

EMENTA: Apelação. Deserção (CPM, art. 187). Preliminar, de ofício. Nulidade. Ausência de condição de procedibilidade. Ata de Inspeção de Saúde com data anterior à apresentação voluntária do desertor. Processamento do feito em desconformidade com a lei e em descompasso com a jurisprudência do STM que exige que a praça sem estabilidade ostente o status de militar como pressuposto à *persecutio criminis*. Preliminarmente, de ofício, declarada a nulidade do processo, a partir da denúncia, inclusive, sem renovação, com fundamento no art. 500, IV, do CPPM. Unânime. (STM - Ap 0000020-47.2009.7.11.0011; Ministro relator: FRANCISCO JOSÉ DA SILVA FERNANDES; DJe: 18/11/2010).

APELAÇÃO. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO. *STATUS* DE MILITAR. CONDIÇÃO DE PROSSEGUIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. O licenciamento de militar que responde processo na Justiça Castrense prejudica a prosseguibilidade da *persecutio criminis*, uma vez que, além de existir vedação expressa no art. 145 do Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar), ele não pode mais voltar à atividade. Preliminar acolhida, ensejando a concessão de Habeas Corpus de ofício, para anular a sentença penal condenatória recorrida e determinar o arquivamento do feito. Decisão majoritária. (STM – Ap 0000008-39.2014.7.11.0211; Ministro relator ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, DJe: 04/12/2014).

De forma geral, a Corte castrense defende que a condição de militar, além de essencial de procedibilidade da ação, também se estendia para a prosseguibilidade do feito, ou seja, caso o militar tivesse seu tempo de serviço interrompido por qualquer motivo, durante o decorrer do processo criminal, seria este extinto ou arquivado por falta de legitimidade passiva.

Com a evolução jurisprudencial, a partir de 2016, o STM passou a admitir nova interpretação sobre a condição de militar, mudando o entendimento, até então adotado, para considerar que aquela condição é essencial apenas para iniciar-se o processo, não guardando relação com o trâmite processual, independentemente de posterior interrupção.

APELAÇÃO. DESERÇÃO (ART. 187 DO CPM). PROCESSO EM CURSO NA 2ª INSTÂNCIA. ACUSADO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR PELO LICENCIAMENTO DO SERVIÇO ATIVO DO EXÉRCITO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE SUPERVENIENTE. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. MÉRITO. CONDUTA TÍPICA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTES DE TIPICIDADE, ILICITUDE E CULPABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Informação aportada aos autos, oriunda do Juízo a quo, noticiando que o Apelante não ostenta mais o status de militar, em face de licenciamento por término do serviço militar obrigatório, não inviabiliza o prosseguimento do Feito. No caso em questão, cabe ressaltar que não se discute as condições de procedibilidade, uma vez que o processo já teve início, mas, sim, de prosseguibilidade do Feito, tendo em vista o atual status de civil do Réu, e não se vislumbra na Lei Adjetiva Castrense qualquer dispositivo que iniba o prosseguimento no julgamento do presente Recurso. Preliminar de não conhecimento por perda do objeto rejeitada. Decisão majoritária. 2. No mérito, verifica-se que estão comprovadas nos autos a autoria e a materialidade do delito previsto no art. 187 do CPM, não sendo demonstrada qualquer causa excludente de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade, devendo a Sentença absolutória ser reformada. Decisão unânime (STM – Ap 0000104-69.2013.7.09.0009; Relator Ministro LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, DJe 06/02/2015).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. PERDA DO *STATUS DE MILITAR*. AUSÊNCIA. CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. REJEIÇÃO. PROVIMENTO DO APELO. A condição de procedibilidade nos delitos de deserção é a reinclusão do trânsito, para fins de oferecimento da Denúncia. Tal conditio, a despeito de resultar na concessão do *status de militar* ao agente, com ele não se confunde e é a única exigência feita pela norma, inexistindo a necessidade de o réu mantê-la para o feito persistir, por não configurar pressuposto de prosseguibilidade. Caso o desertor seja licenciado a bem da disciplina, fosse ele engajado ou não, o andamento dos autos correrá normalmente, sem eventuais ataques de índole processual. Apelo conhecido e provido. Decisão por maioria (STM – Ap 7001070-76.2019.7.00.000, Relator Ministro ODILSON SAMPAIO BENZI, DJe 12/11/2019).

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO ACUSADO. PERDA DO *STATUS DE MILITAR*. CONDIÇÃO DE PROSEGUIBILIDADE. APELO PROVIDO. MAIORIA. 1. O licenciamento do Acusado não impede o prosseguimento da Ação Penal Militar. As causas de extinção da punibilidade encontram-se previstas no art. 123 do CPM. Entre elas, não há a hipótese da perda do *status de militar*, não sendo permitido a este Órgão Julgador criar nova causa extintiva. 2. Não há súmula ou qualquer outro dispositivo de Direito Castrense que permita interpretar o *status de militar* como condição de prosseguibilidade para aquele que venha a ser processado pelo crime previsto no art. 187 do CPM. 3. Apelo conhecido e provido. Decisão por maioria (STM – Ap 7000989-30.2019.7.00.000, Relator Ministro ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA, DJe 20/02/2020).

Em síntese, a tese firmada atualmente pelo STM é de que o *status* de militar é condição apenas de procedibilidade, ou seja, no momento do oferecimento da denúncia. Em relação a

condição de militar para o prosseguimento da ação penal, o STM passou a adotar a tese de que o *status* de militar não inviabiliza o prosseguimento da ação penal.

4.2 Posicionamento do Supremo Tribunal Federal

No entanto, para o STF, que adota a tese defendida por Célso Lobão, a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito, inclusive quanto ao prosseguimento da ação.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício. (HC 108197, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 14-02-2012 PUBLIC 15-02-2012 – grifo nosso)

EMENTA: (...) É o breve relatório. Decido. O recorrente insurge-se contra a decisão que denegou o pedido de extinção da ação penal, porquanto ausente a condição de procedibilidade em razão do licenciamento do militar desertor. Acerca do tema ressalto que a jurisprudência deste Supremo Tribunal se consolidou no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal de deserção, de modo que a ausência de tal requisito impede o processamento do feito. Nesse sentido, entre inúmeros precedentes, cito os seguintes: HC 90.838/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 22.5.2009; HC 83.030/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 1º.8.2003; e HC 108.197/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 15.2.2012, restando este último assim ementado: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL MILITAR. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. IMPOSSIBILIDADE DE EXECUÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - Paciente condenado pela prática do crime de deserção, que foi licenciado a bem da disciplina, não mais ostentando a qualidade de militar. Ausente, pois, condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes. II – Ordem concedida de ofício”. Dessarte, tratando-se a deserção de crime propriamente militar, o agente se restringe àqueles que detêm a condição de militar. Uma vez perdida tal qualidade, o processo deverá ser extinto em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado. Sobre o tema, colho lição da doutrina: (...) na deserção, a qualidade de militar da ativa é condição específica de procedibilidade. Se o desertor perder essa qualidade, passando para a inatividade ou retornando à condição de civil, o fato – a ausência ilícita – torna-se atípico, deixa de existir o crime de deserção. A ação penal não será proposta, se o for, extingue-se o processo em qualquer fase, inclusive na fase de execução da sentença condenatória transitada em julgado”. (LOBÃO, Célso. *Direito processual penal militar*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 387) Ante o exposto, com base no art. 192, caput, do RISTF, dou provimento ao presente recurso ordinário em habeas corpus a fim de determinar a extinção definitiva da Execução de Sentença Militar nº 0000156-93.2013.7.11.0011, em curso perante a 1ª Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar de Brasília/DF. Comunique-se. Publique-se. Brasília, 26 de novembro de 2015.

Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (RHC 131001, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 26/11/2015, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-243 DIVULG 01/12/2015 PUBLIC 02/12/2015- grifo nosso)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME DE DESERÇÃO. ARTIGO 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, D E I. ROL TAXATIVO. DESLIGAMENTO DO PACIENTE DAS FILEIRAS DO EXÉRCITO. PERDA DA CONDIÇÃO DE MILITAR. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONCESSÃO DA ORDEM. 1. A condição de militar é elemento estrutural dos crimes militares próprios, razão pela qual o desligamento do paciente das fileiras das Forças Armadas impede o prosseguimento da ação. 2. In casu, o paciente foi denunciado pela suposta prática do crime de deserção, tipificado no artigo 187 do Código Penal Militar, tendo sido posteriormente excluído das fileiras do Exército por ocasião do término do serviço militar obrigatório. 3. Habeas Corpus concedido para determinar a extinção da ação penal militar 4.22.2016.7.01.0401(HC 149092, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 27/02/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-063 DIVULG 03-04-2018 PUBLIC 04-04-2018 – grifo nosso)

Portanto, a jurisprudência do STF consolidou-se no sentido de que a qualidade de militar é elemento estrutural do tipo penal, sendo o *status* de militar condição de procedibilidade e prosseguibilidade da ação, ou seja, ser militar da ativa é essencial para o deslinde do processo. A Egrégia Corte não diferencia tais condições.

Sobre o tema, Oliveira Júnior (2017, 34) argumenta:

Observa-se que em relação à ausência da qualidade de militar do agente que responde pelo crime de deserção, o Supremo Tribunal Federal não diferencia condição de procedibilidade da condição de prosseguibilidade. Esse entendimento causa certa imprecisão, gerando confusão entre os pressupostos processuais e as condições objetivas de punibilidade, visto que, na ausência de qualquer um daqueles, o processo deve ser extinto, ou seja, o julgamento ocorre sem resolução do mérito ocasionando coisa julgada formal, enquanto que na ausência de condição objetiva de punibilidade há julgamento com resolução de mérito e, conseqüentemente, coisa julgada formal e material (OLIVEIRA JÚNIOR, 2017, p. 34).

Entretanto, diversamente da tese firmada pelo STF, o Min. Alexandre de Moraes e o Min. Roberto Barroso vêm-se alinhando de modo diverso ao entendimento da Corte. Os ilustres Ministros apontam que o *status* de militar não é condição de prosseguibilidade da ação.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). STATUS DE MILITAR DA ATIVA. CONDIÇÃO PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIENTE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. IRRELEVÂNCIA, PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. 1. A ação penal que trata de deserção (CPM, art. 187) somente poderá ser instaurada contra militar da ativa, constituindo, portanto, condição de procedibilidade; isto é, o status de militar é exigido

somente na fase inicial do processo, como pressuposto para deflagração da ação penal, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou do cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas. Inteligência do art. 456, § 4º, e do art. 457, § 1º e § 2º, do CPPM. Precedentes. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento. (HC 167640 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 29/03/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 04-04-2019 PUBLIC 05-04-2019 – grifo nosso)

EMENTA: PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (CRIME PREVISTO NO ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA EXIGIDA APENAS NA FASE INICIAL DO PROCESSO. POSTERIOR EXCLUSÃO DO AGENTE DO SERVIÇO ATIVO DAS FORÇAS ARMADAS. FATO IRRELEVANTE PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. 1. No crime de deserção previsto no art. 187 do Código Penal Militar, a condição de militar do agente deve ser aferida no momento do recebimento da denúncia, pouco importando a posterior exclusão do agente do serviço das forças armadas para fins de prosseguimento da instrução penal. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 152740 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-232 DIVULG 24-10-2019 PUBLIC 25-10-2019 – grifo nosso)

Observa-se que o STF vem-se adaptando a novos conceitos interpretativos. Verifica-se que o tema aparentemente consolidado, pende, a meu ver, para novo entendimento sobre o *status* de militar, restringindo-se apenas ao requisito de procedibilidade, ou seja, a reinclusão do militar desertor.

4.3 Posicionamento do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União

Na mesma linha de entendimento do STM, o Ministério Público Militar (MPM) editou o enunciado nº 17/2019, em que aponta que a condição de militar da ativa deve ser aferida no momento da instauração da Ação Penal, não tem relevância para o processo a perda dessa condição.

Enunciado nº 17, de 12 de fevereiro de 2019 – CCR/MPM

Nos processos de deserção de praça, com ou sem graduação, e de praça especial (Capítulo III do Título II do Livro II do CPPM), a condição de militar da ativa, por parte do agente, deve ser aferida no momento de instauração da Ação Penal (existência de “condição de procedibilidade”), não tendo, a posterior perda de tal condição, reflexos para a continuidade do processo, ou para a execução da pena eventualmente imposta (inexistência de “condição de prosseguibilidade”).

Para a Advocacia-Geral da União (AGU), assim como o entendimento inicial do STM, a condição de militar biparte-se em dois momentos distintos. O primeiro afirma que o militar que responde a IPM ou processo na justiça militar não poderia ser licenciado enquanto perdurasse essa situação (ideia remota superada), que por vezes incorria em situações esdrúxulas em que o desertor

reincluído ao serviço ativo ficava meses, até anos, vinculado ao serviço militar, sendo de forma grotesca obrigado a permanecer na força armada de vinculação mesmo já tendo cumprido o seu tempo de serviço inicial ou de prorrogação:

Parecer AGU nº S 017, de 12 de fevereiro de 1986

EMENTA: O incorporado que responde ao inquérito policial militar ou o processo no foro militar, permanecerá na sua unidade, quando perdurar essa situação, durante a qual não lhe poderá ser aplicada a interrupção do tempo de serviço, por motivo de anulação de incorporação, desincorporação, expulsão e deserção, como também não pode ser licenciado, transferido ou removido (esta a orientação que deve prevalecer em substituição à do parecer CGR Y-5/85, cujo reexame vem de operar-se, em face das razões constantes da Representação STM 1.053-6/85)

O Segundo entendimento vem no sentido de que o militar (incorporado, engajado e reengajado) pode ser licenciado, mesmo respondendo a IPM ou processo na justiça militar, inclusive o desertor, condicionado apenas a conclusão do serviço militar inicial (ideia vigente), que se julga mais conveniente e ajustado aos direitos constitucionais consolidados pela CF/88 no seu art. 5, inciso II, “onde ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Nessa seara, o Parecer nº AM-07, de 31 de maio de 2019 dispõe o seguinte:

EMENTA: REVISÃO DO PARECER PGR S-017/1986. ACEPÇÃO DA PALAVRA "INCORPORADO" NA LEI DO SERVIÇO MILITAR E NO REGULAMENTO DA LEI DO SERVIÇO MILITAR. INTERRUÇÃO DO SERVIÇO MILITAR E LICENCIAMENTO. DIFERENCIAÇÃO. POSSIBILIDADE DE LICENCIAMENTO DE PRAÇA NÃO ESTÁVEL (INCORPORADO, ENGAJADO OU REENGAJADO) QUE RESPONDE A INQUÉRITO POLICIAL MILITAR OU A PROCESSO NA JUSTIÇA MILITAR, DESDE QUE CONCLUA O TEMPO DE SERVIÇO A QUE ESTÁ OBRIGADO POR FORÇA DO SERVIÇO MILITAR INICIAL OU POR FORÇA DE ENGAJAMENTO OU REENGAJAMENTO. CRIME DE DESERÇÃO. REGULAMENTO PRÓPRIO. "STATUS DE MILITAR". CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DA AÇÃO PENAL. VIABILIDADE DO LICENCIAMENTO DO PRAÇA NÃO ESTÁVEL (ENGAJADO E REENGAJADO) APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NO CASO DE PRAÇA QUE AINDA NÃO TENHA CONCLUÍDO O SERVIÇO MILITAR INICIAL, DEVERÁ PERMANECER NA FORÇA ATÉ QUE ENCERRADA SUA OBRIGAÇÃO CÍVICA. (grifo nosso)

Cabe ressaltar que o parecer da AGU, quando aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União, adquire caráter normativo e vincula todos os órgãos e entidades da Administração Federal, que ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Quando não publicado no Diário Oficial da União, obriga apenas as repartições interessadas e os órgãos jurídicos da AGU ou a esta vinculados, a partir do momento em que dele tenham ciência.

4.4 Posicionamento da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM)

Na contramão da evolução jurisprudencial firmada pelo STM, da tese firmada pela AGU e pelo MPM, além da tendência jurisprudencial do STF iniciada pelos ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso, a ENAJUM firmou entendimento por meio do Enunciado nº 5, de que a condição de militar é necessária para todo o processo, seja como condição de procedibilidade, ou como condição para o prosseguimento da ação.

Enunciado nº 05, de 30 de maio de 2019: “A condição de militar é necessária para o recebimento da denúncia, o prosseguimento do processo e a execução da pena, nos crimes de deserção”.

Apesar do caráter eminentemente doutrinário e, portanto, sem viés vinculativo, a retomada dessa interpretação poderá acarretar retrocesso na jurisprudência firmada pelo STM e na tendência que por hora vêm-se firmando no STF.

5 LEI DO SERVIÇO MILITAR (ART. 34-A)

A Lei do Serviço Militar (LSM) foi criada numa época onde a efervescência política atingia o seu ápice. Com a Revolução Democrática de 1964, uma Junta Militar composta pelo Brigadeiro Francisco de Assis Correia de Melo, o Vice-almirante Augusto Rademaker e o General Artur da Costa e Silva, representantes da Aeronáutica, Marinha e Exército, respectivamente, passou a governar o país em substituição ao Presidente João Goulart formando assim um triunvirato de poder.

Por ser norma produzida em época remota, por óbvio, carece de reformas que venham naturalmente acompanhar a dinâmica constitucional atual.

Nessa seara de modernização do aparato legislativo militar, a Lei 13.954/2019, que reestruturou a carreira dos militares da União, deu nova redação ao art. 34 da LSM e acresceu ao mesmo dispositivo o art. 34-A que indica a possibilidade do licenciamento de militar temporário ao término do tempo de serviço, inclusive os que respondem por crime de deserção.

Art. 34-A. Os militares temporários indiciados em inquérito policial comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, inclusive por crime de deserção, serão licenciados ao término do tempo de serviço, com a comunicação à autoridade policial ou judiciária competente e a indicação dos seus domicílios declarados.

Compreende-se dessa nova redação que o militar desertor, quando reincluído ao serviço ativo, deverá ser licenciado ao término do serviço militar a que se obrigou (engajado ou reengajados). O militar que está cumprindo o Serviço Militar Obrigatório (SMO), apesar de o dispositivo silenciar a respeito, deverá completar o restante do tempo que lhe falta conforme disposto no art. 6º da LSM.

Sobre o tempo de serviço militar a LSM dispõe o seguinte:

Art. 6º O Serviço Militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses.

§ 1º Os Ministros da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica poderão reduzir até 2 (dois) meses ou dilatar até 6 (seis) meses a duração do tempo do Serviço Militar inicial dos cidadãos incorporados às respectivas Forças Armadas.

§ 2º Mediante autorização do Presidente da República, a duração do tempo do Serviço Militar inicial poderá:

- a) ser dilatada por prazo superior a 18 (dezoito) meses, em caso de interesse nacional;
- b) ser reduzida de período superior a 2 (dois) meses desde que solicitada, justificadamente, pelo Ministério Militar interessado.

§ 3º Durante o período de dilação do tempo de Serviço Militar, prevista nos parágrafos anteriores, as praças por ela abrangidas serão consideradas engajadas.

Com a inserção do art. 34-A, percebe-se que o dispositivo veio suprir lacuna da lei quanto a possibilidade de licenciamento do militar ao término do tempo de serviço. Tal dispositivo visa dar maior segurança jurídica aos comandantes das organizações militares e seus auxiliares na tomada de decisões.

Em apurado estudo da LSM, observa-se que nenhum dispositivo de lei contempla prorrogações sucessivas sem que o interessado assim o requeira.

Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, de acordo com a conveniência da Força Armada interessada.

§ 1º As condições de prorrogação serão estabelecidas em ato dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Portanto, se a lei não manda o desertor ficar em prorrogação sucessiva, com o objetivo de se ver processar, não pode o Poder Executivo editar decretos ou normas que vão além do que a legislação permite, nem ao intérprete da lei ampliar as hipóteses das condições da ação. Nesse sentido, destaca-se trecho extraído do voto do ilustre Min. Marco Antônio de Farias, da Egrégia Corte Militar:

Portanto, não cabe ao intérprete ampliar as hipóteses de condição da ação ou condição objetiva de punibilidade, haja vista que a lei assim não almejou. Além disso, poderia incorrer-se em indevido caso de abuso de autoridade, tanto da autoridade administrativa quanto da judiciária, em manter o Réu na qualidade de militar da ativa, quando a Lei do Serviço Militar regulamenta os prazos máximos de incorporação (FARIAS, 2019, Online).

Segue o ilustre ministro afirmando que “A referida Lei e seu Regulamento não preveem a hipótese de manutenção do militar nas fileiras das Forças Armadas simplesmente por responder a Ação Penal Militar”.

Corroborando com a tese defendida pelo Min. Farias, a 4ª turma do TRF-4 já se manifestou a respeito do tema da seguinte forma:

Ementa: Administrativo. Serviço Militar Obrigatório. Licenciamento durante o curso de Ação Penal Militar. O art. 145 do Decreto 57.654/66 não impede o licenciamento do incorporado que responde à ação penal militar. Após o termo final do serviço militar obrigatório, o licenciamento é efetuado de ofício, admitida a prorrogação apenas mediante requerimento do interessado, nos termos do art. 33 da Lei 4.735/64. Impossibilidade de prorrogação com o objetivo de aguardar o trânsito em julgado da decisão na ação penal militar para subsequente aplicação da pena de expulsão. Remessa oficial improvida." (REO 50437/PR. Relatora Silvia Maria Gonçalves Goraieb. 4ª Turma (TRF-4). Julgado em 11.5.1999. DJ de 7.7.1999)

Do exposto, a legislação não impede o licenciamento do militar que responde a ação penal militar, mesmo sendo este processo de deserção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, podemos apontar que a questão não está pacificada no que se refere à condição de militar para o prosseguimento da ação penal. A única certeza é que a condição de militar é essencial na aceitação da denúncia pela Justiça Militar, conforme estabelece o § 1º do art. 457 do CPPM e a Súmula nº 12 do STM.

Em observância à Teoria da Atividade adotada pelo Código Penal Militar, o fato de o agente ter sido licenciado das fileiras das Forças Armadas durante o curso da Ação Penal em nada modifica a sua condição de militar no momento em que perpetrou o crime de deserção.

Em síntese, entende-se que o *status* de militar tem relevância apenas como condição de procedibilidade não guardando relevância para prosseguimento da ação, conforme tese firmada pela Corte Militar.

Sobre as condições de procedibilidade e prosseguibilidade da ação nos crimes de deserção, observa-se que a questão central, ou seja, o *status* de militar deve ser observada apenas no início da ação, conforme entendimento do STM.

Em relação a inserção do art. 34-A na Lei do Serviço Militar, combinado com o novo entendimento da AGU e do MPM, apesar de prematuro, imagina-se que o advento da lei nova poderá trazer mais segurança jurídica aos envolvidos, principalmente para os comandantes das Organizações Militares que poderão licenciar os militares que respondem a crimes, inclusive o de deserção.

Salvo melhor juízo essa nova interpretação tende a pacificar as controvérsias de anos, no entanto, com a realização da 1ª Jornada de Direito Militar, entre os dias 28 e 30 de maio de 2019, por se tratar de posicionamento recente, ainda não foi possível apontar mudanças na linha de entendimento dos nossos magistrados em relação ao tema principal deste artigo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

BRASIL. Lei nº 4.435, de 17 de agosto de 1964. Lei do Serviço Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4375.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1002.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6880.htm>. Acessado em: 10 mar. 2020. Não Paginado.

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Direito penal militar teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro. Método, 2015.

BARROSO, Gustavo. *História Militar do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro : Compainha Editora Nacional, 1938. Disponível em: <<https://bdor.sibi.ufrj.br/bitstream/doc/131/1/49%20PDF%20-%20OCR%20-%20RED.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2019.

DESERÇÃO. Dicionário Online de Português, definições e significados de mais de 400 mil palavras. Todas de A a Z, 2009-2019. Disponível em: <https://www.dicio.com.br/desercao/>. Acesso em: 28 ago. 2019.

GALVÃO, Fernando Sérgio. Declaração do Voto do Ministro. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 24, n. 2, p. 13-28, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=24&edicao=9479#page/8>> Acesso em: 11 de mar. 2020.

LOUREIRO NETO, José da Silva – 5. ed. *Direito penal militar* – São Paulo : Atlas, 2010. Malheiros, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 2. ed. São Paulo Saraiva 2017.

OLIVEIRA JUNIOR, Gilvan José de. *O crime de deserção e a divergência sobre a condição de militar do agente na ação penal militar*. 2017. 47 f. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/17797>>. Acesso em: 10 mar.2020.

OLIVEIRA, Arthur Vidigal de. *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 22, n. 1/2, p. 41-53, jan./set. 2015. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=22&edicao=2854>> Acesso em 11 mar. 2020

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Código Penal Militar comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014.

SOUZA, Marcelo Ferreira de. *Revista do Ministério Público Militar*. ed. 23 – Brasília : Ministério Público Militar, 2013. O status de militar como condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção – uma construção equivocada. Disponível em:

<<http://www.mpm.mp.br/cmmpm-centro-de-memoria/historico-do-mpm/>>. Acesso em 10 mar. 2020