



# *status* de militar como

## condição de prosseguibilidade do processo por crime de deserção – uma construção equivocada

**Marcelo Ferreira de Souza**

Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)  
e do Centro Universitário UNIEURO

**RESUMO:** O crime de deserção tutela o serviço e dos deveres inerentes às atividades militares. Sua relevância decorre da especial proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere à segurança e à defesa da pátria, missão constitucional das Forças Armadas. Logo, a tipificação da conduta de deserção convém à preservação da democracia e à defesa da soberania. No entanto, é frequente o sobrestamento dos processos criminais diante da exclusão superveniente do desertor, por entender a Justiça Militar da União que o status de militar é condição de procedibilidade e de prosseguibilidade do processo por deserção. Trata-se de uma construção jurisprudencial equivocada que acaba por comprometer a proteção estabelecida pela legislação penal militar. O problema se agrava com a extensão daquela interpretação diante de situações outras que não envolvem incapacidade do acusado. Tal entendimento representa verdadeira renúncia ao direito de punir não autorizada pela legislação castrense, uma vez que, mesmo aperfeiçoado o delito, cria-se causa de exclusão e extinção da punibilidade alheias ao Código Penal Militar e mitiga a proteção almejada pela Constituição da República. Ademais, tal postura tende a enfraquecer a separação (autonomia e independência) entre as instâncias (penal e administrativa) e a subtrair do Ministério Público as atribuições inerentes à sua missão constitucional em matéria penal, razão pela qual carece de interpretação conforme a Constituição, para restabelecer o império da lei e evitar que continuem frustrados diversos procedimentos instaurados para apuração do crime de deserção.

**PALAVRAS-CHAVES:** Deserção. Status de militar. Condição de Prosseguibilidade. Processo Penal Militar. Justiça Militar da União.

**ABSTRACT:** The crime of desertion oversees the service and the duties of military activities. Its relevance stems from the special protection that the Constitution of the Federative Republic of Brazil 1988 provides the security and homeland defense, constitutional mission of the Armed Forces. Thus, the characterization of the conduct of desertion should be the preservation of democracy and the defense of sovereignty. However, it is often the dismissal of criminal cases before the deletion supervenes the deserter, by understanding the Military Justice that the military status and condition is procedibilidade and prosseguibilidade process for desertion. It is a mistaken jurisprudential construction which compromises the protection established by the military penal legislation. The problem is aggravated by the extension of that interpretation in situations that do not involve other inability of the accused. Such understanding is true waiver of the right to punish unauthorized by law castrense, since even perfected the crime, creates a cause of exclusion and extinction of criminal liability beyond the Military Criminal Code and mitigates the protection sought by the Constitution. Moreover, such an approach tends to weaken the separation (autonomy and independence) between instances (criminal and administrative) and subtract the prosecutor assignments inherent in their constitutional duties in criminal matters, which is why lack of interpretation under the Constitution to restore the rule of law and prevent the continuation frustrated many established procedures for determining the crime of desertion.

**KEYWORDS:** Desertion. Military status. Prosseguibilidade condition. Military Criminal Procedure. Military Justice.

**SUMÁRIO:** 1. A Deserção e sua relevância jurídica no contexto do Estado Democrático de Direito – 2. O equívoco em considerar o status de militar como condição do processo – 3. Conclusão – 4. Referências

## 1. A DESERÇÃO E SUA RELEVÂNCIA JURÍDICA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A deserção integra o título do Código Penal Militar (CPM) destinado aos Crimes Contra o Serviço Militar e o Dever Militar. Sua objetividade jurídica, portanto, é a tutela do serviço e dos deveres inerentes às atividades militares. Tamanha é a relevância de tal delito que o CPM estabeleceu pena de morte quando sua prática ocorrer em tempo de guerra (art. 392).

A relevância da deserção decorre da especial proteção que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) confere à segurança e à defesa da pátria<sup>1</sup>.

As Forças Armadas representam a função estatal que se destina à preservação da segurança do Estado e de sua soberania<sup>2</sup>. Para o cumprimento de sua destinação constitucional, as Forças Armadas dispõem de efetivos de pessoal militar e civil, fixados em lei, que são complementados pelos brasileiros sujeitos à incorporação, mediante mobilização ou convocação<sup>3</sup>. Para essa complementação, surge a providência adotada por meio do art. 143 da CRFB/88, estabelecendo o serviço militar obrigatório.

---

<sup>1</sup> O poder constituinte originário, ao estabelecer o Estado Democrático de Direito, conferiu à segurança o status de direito fundamental (art. 5º, caput, da CRFB/88), indicando que uma das principais funções do Estado é a de prover segurança às pessoas. Estabeleceu ainda que a soberania constitui um dos fundamentos da nossa República (art. 1º).

<sup>2</sup> A destinação constitucional das Forças Armadas é definida pelo texto constitucional por meio do art. 142, que assim dispõe: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

<sup>3</sup> De acordo com o parágrafo único do art. 8º da Lei Complementar nº 97/99, “constituem reserva das Forças Armadas o pessoal sujeito a incorporação, mediante mobilização ou convocação, pelo Ministério da Defesa, por intermédio da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como as organizações assim definidas em lei”.

Para evitar comprometimento do serviço militar obrigatório, com reflexo direto sobre as atividades das Forças Armadas<sup>4</sup>, justifica-se a tipificação da prática de deserção.

Um indicativo claro e inequívoco de que o crime de deserção vincula-se diretamente ao serviço militar obrigatório está contido no art. 132 do CPM, estabelecendo que a prescrição para o referido crime só extingue a punibilidade quando a praça que o pratica atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos. Isso porque a Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64) prevê que a obrigação para com o serviço militar subsistirá até que o agente complete 45 (quarenta e cinco) anos<sup>5</sup>.

Assim, é possível inferir que a tipificação da conduta de deserção convém à preservação da democracia e à defesa da soberania, uma vez que, se por um lado a Constituição da República estabelece o dever das Forças Armadas, de outro, o Código Penal Militar define as condutas contrárias àqueles deveres. Logo, a defesa da soberania está intimamente vinculada à proteção penal militar eficiente, que viabiliza o regular exercício das atividades militares. Dito de outra forma, a defesa dos interesses anunciados pelo texto constitucional está relacionada diretamente ao Direito Penal Militar, como instrumento destinado à tutela daqueles interesses.

O serviço militar obrigatório e a tutela propiciada pela criminalização da conduta de deserção, portanto, compõem o conjunto de mecanismos que viabilizam as garantias constitucionais.

A deserção é classificada pela doutrina como crime propriamente militar, que só pode ter como sujeito ativo o militar da ativa. Sua consumação ocorre com o decurso de mais de 8 (oito) dias de ausência do militar, nas hipóteses previstas no artigo 187 e 188 do CPM (deserção em geral), ou no mo-

<sup>4</sup> José Afonso da Silva destaca que as Forças Armadas constituem “elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do direito e da paz social” e “garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins”. (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.p. 703).

<sup>5</sup> É essa a disposição constante do art. 5º da Lei do Serviço Militar: “a obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos”.

mento da partida do navio ou da aeronave, ou do deslocamento da unidade ou força, nas hipóteses previstas no art. 190 do CPM (deserção especial).

Destaca-se que, de acordo com a regra geral contida no art. 5º do CPM, considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado. E de acordo com outra regra geral, considera-se consumado o crime quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 30, inciso I, do CPM). Com efeito, é nesse momento que deve ser verificado o status de militar da ativa, condição elementar da deserção, sem a qual o crime não se verifica. Uma vez consumada a deserção, incide a competência do foro militar, estabelecida para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço. Em paralelo, surgem para a administração militar as providências administrativas decorrentes da deserção: o militar sem estabilidade deve ser excluído do serviço ativo, ao passo que o militar estável deve ser agregado<sup>6</sup>.

## 2. O EQUÍVOCO EM CONSIDERAR O STATUS DE MILITAR COMO CONDIÇÃO DO PROCESSO

O rito especial previsto no Código de Processo Penal Militar (CPPM) impõe, para o início do processo por deserção, a reinclusão do militar que foi excluído<sup>7</sup> e a reversão do militar que foi agregado<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> O desertor que se encontra no serviço militar obrigatório bem aquele que não tem estabilidade são excluídos. A praça com estabilidade e o Oficial são agregados, de acordo com o art. 80, do Estatuto dos Militares (Lei nº. 6.880/1980). A exclusão do militar do serviço ativo pela deserção tem por escopo estabelecer um marco da interrupção do tempo de serviço militar obrigatório e, por consequência, interromper também o pagamento da remuneração do desertor. Assim, só faria sentido a reinclusão prevista no § 1º do art. 457 do CPPM para o desertor que não cumpriu o tempo a que estava obrigado.

<sup>7</sup> Essa assertiva decorre da disposição contida no parágrafo 1º do artigo 457 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual “o desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído”.

<sup>8</sup> É o que se depreende da leitura do § 3º do art. 457 do CPPM, que assim dispõe: Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à 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.

O processo penal é iniciado por meio da ação penal que, no âmbito do direito processual penal militar, tem por natureza jurídica um direito público subjetivo, instrumental, autônomo e abstrato, destinado à aplicação do direito penal objetivo. Aquele direito subjetivo do Estado impõe ao órgão ministerial o dever de oferecer a denúncia sempre que houver a prova de suposto crime e os indícios de autoria (art. 30 do CPPM), dela não podendo desistir (art. 32 do CPPM), tudo em decorrência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, norteador das atividades do Ministério Público Militar, e da determinação constante do art. 129, inciso I, da CRFB/88, segundo a qual “são funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

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 iniciada<sup>9</sup>.

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 (condição especial da ação penal militar).

Impõe ainda o CPPM a isenção da reinclusão e do processo, com o consequente arquivamento dos autos, para a hipótese em que o militar sem estabilidade for julgado incapaz definitivamente para o serviço ativo da

---

<sup>9</sup> 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).

Força a que pertencia<sup>10</sup>. Isso permite inferir que, verificadas as condições de procedibilidade no crime de deserção, estas devem estar presentes também durante o processo penal iniciado, passando a representar as chamadas “condições de prosseguibilidade”. Em decorrência, se o denunciado por deserção morre durante o processo ou perde seu status de militar em razão de exclusão do serviço ativo por incapacidade definitiva, o processo não deve seguir, pela ausência superveniente da condição de prosseguibilidade.

Nada menciona o CPPM em relação às outras hipóteses de exclusão do serviço ativo, como, por exemplo, a exclusão a bem da disciplina, a transferência para a reserva remunerada em razão da posse em concurso público, a desincorporação em razão da condição de arrimo superveniente à incorporação, o licenciamento por conclusão de tempo de serviço ou qualquer outra forma de exclusão, seja vinculada à legislação administrativa castrense ou ligada à discricionariedade administrativa. Aliás, disposição interessante sobre o assunto continha o CPPM anterior, que por meio de seu art. 87 estabelecia o seguinte:

A reforma, a transferência para a reserva, a suspensão do exercício das funções, a demissão, a exclusão e a expulsão do serviço militar, reguladas por leis e regulamentos especiais, não extinguem a competência do foro militar para o processo e julgamento dos crimes cometidos ao tempo de atividade no serviço.

Por essas razões, tratando-se do militar incorporado para a prestação do serviço militar obrigatório, a isenção do processo prevista no § 2º do art. 457 do CPPM, conforme a interpretação literal daquele dispositivo, somente faz sentido quando deixou de possuir condições de saúde que o permitam cumprir o restante do tempo de serviço militar obrigatório. Consequentemente, nada obsta o prosseguimento do feito na hipótese em que o desertor foi licenciado a bem da disciplina ou que, por outro motivo diverso da incapacidade definitiva, tenha perdido a condição de militar.

<sup>10</sup> O parágrafo 2º do artigo 457 do CPPM determina a isenção do processo com arquivamento dos autos para a hipótese em que o desertor tenha sido julgado incapaz definitivamente para o serviço militar. Mas deve ser destacado que a incapacidade definitiva para o serviço militar mencionada no dispositivo não deve ser confundida com a incapacidade para compreender o caráter ilícito do fato, que pode excluir a culpabilidade, pela ausência de imputabilidade.

Daí surge a possibilidade de se inferir que o status de militar somente deve ser considerado condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade para o desertor sem estabilidade que ainda não concluiu o tempo de serviço militar obrigatório, e que a isenção do processo somente deve alcançar aquele que foi declarado incapaz definitivamente para o serviço militar por motivo de saúde que impeça a continuidade do serviço militar obrigatório. Em decorrência, a condição de prosseguibilidade deveria se vincular à capacidade para o serviço militar e não à manutenção do *status* de militar.

E é esse o sentido da Súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar (STM), estabelecendo que “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”.

No entanto, a despeito do contido em sua Súmula nº 12 (ao que parece, editada para tratar de “condição de procedibilidade” vinculada à capacidade para o serviço militar constatada em inspeção de saúde), o STM vem decidindo no sentido de que o processo para apuração do crime de deserção, já deflagrado, deve seguir somente enquanto o desertor ostentar o *status* de militar da ativa (“condição de prosseguibilidade”). E mais: para o STM, seja qual for o motivo que ensejou a perda do status de militar, quer vinculado a problema de saúde, quer não, tal situação indica a ausência de condição de prosseguibilidade.

Ora, se o legislador estabeleceu um requisito de procedibilidade (questão processual), caracterizado pelo *status* de militar como verdadeira condição especial da ação penal militar para o crime de deserção, o fez em prol da continuidade do serviço militar obrigatório para aquele que dele se esquivou com a deserção. E por isso mesmo, admite-se a isenção do processo para aquele desertor que não possui condições de saúde que propiciem a continuidade do serviço militar obrigatório. No entanto, é necessário delimitar o alcance daquela condição especial da ação penal militar que, na atual interpretação do STM, caracteriza também condição objetiva de punibilidade (questão penal), refletindo diretamente no prosseguimento do processo regularmente iniciado (condição de prosseguibilidade).

A condição de prosseguibilidade é, geralmente, suscitada de ofício e preliminarmente pelo STM, sob o argumento de representar a condição de militar formalidade essencial à continuidade dos feitos onde se apura a ocorrência do crime de deserção.

Entender que o *status* de militar é condição de procedibilidade implica inferir que o processo não pode ser instaurado se o desertor não for reincluído, ao passo que, entender que a condição é de prosseguibilidade, implica, necessariamente, afirmar que o processo regularmente deflagrado não pode seguir quando o indivíduo for excluído da Força a que pertencia, independentemente da espécie de exclusão do serviço militar que se operou.

O alcance da premissa estabelecida pela Súmula nº 12 do STM e as conclusões do silogismo que dela decorrem vêm sendo objeto de acaloradas discussões entre os operadores do Direito Militar. Isso porque, se por um lado a reinclusão de ofício para o processo, conforme determina o § 1º do art. 457 do CPPM, pode sujeitar o desertor a um período de serviço militar obrigatório maior que aquele definido por lei<sup>11</sup>, criando um suposto constrangimento ilegal, de outro, a isenção ou a suspensão do processo, pela perda superveniente da condição de militar, pode afastar a aplicação da lei penal militar, gerando a impunidade que compromete a tutela almejada pela Constituição.

O problema surge da extensão daquela interpretação diante de situações outras que não envolvem incapacidade. Isso porque são criadas construções de circunstâncias estranhas às regras processuais legais que acabam por interferir na tutela almejada pelo CPM, como se depreende do julgado do STM abaixo transcrito:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. DESERÇÃO. LICENCIAMENTO DO APELADO. FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. PRELIMINAR DE PREJUDICIALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. Sendo a deserção um crime propriamente militar, para que haja processo, condenação e execução da pena é necessário que o acusado mantenha a condição de militar

---

<sup>11</sup> O tempo de serviço militar obrigatório é definido por meio da Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64), sendo normalmente de 12 (doze) meses (art. 6º, caput).

da ativa. A falta de condição de militar da ativa nos crimes de deserção, seja qual for o motivo, traz prejuízo à procedibilidade ao prosseguimento da ação penal militar. Diante disso, a sentença condenatória não merece prosperar, concedendo-se habeas corpus de ofício ao apelante para o trancimento da ação penal em curso, por manifesto constrangimento ilegal. Recurso prejudicado. Decisão unânime<sup>12</sup>.

Tal entendimento, hoje chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, representa verdadeira renúncia ao direito de punir não autorizada pela legislação castrense, uma vez que, mesmo aperfeiçoado o delito, cria-se causa de exclusão e extinção da punibilidade alheias ao Código Penal Militar e mitiga a proteção almejada pela Constituição da República<sup>13</sup>. A isenção do processo (ou a extinção da punibilidade pela perda da condição de militar) só é autorizada por lei para a hipótese de exclusão (ou não reinclusão) decorrente de problema de saúde superveniente que inviabilize a continuidade do serviço militar, a teor do que dispõe o § 2º do art. 457 do CPPM.

A ausência de condição objetiva de punibilidade ocasiona a exclusão da punibilidade. Tal constatação decorre de um juízo de valor adicional à necessária verificação da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Apelação nº 0000205-37.2010.7.05.0005/PR, Rel Min Marcos Martins Torres, Julgamento: 10/05/2012, Publicação: 31/05/2012 Vol: Veículo: DJE.

<sup>13</sup> Citando Túlio Padovani, Antonio Januzzi Marchi de Godoi esclarece que “o problema das condições objetivas de punibilidade, também chamadas pressupostos de punibilidade, remonta historicamente ao poder discricionário concedido aos juízes e soberanos pelo direito penal do Antigo Regime, autorizando que certos crimes não fossem punidos quando presentes certas circunstâncias pessoais estabelecidas em lei, tais como a posição de nobreza ou eclesiástica do autor do fato, ou, ainda, a oportunidade política da punição, dentre inúmeras condições. (PADOVANI, Tulio. *Diritto penale*. 2.ed. Milano: Giuffrè, 1993. p.443). Os princípios de igualdade e legalidade, bem como da obrigatoriedade da ação penal, introduzidos com o advento do período iluminista, ensejaram a redução na utilização deste instrumento legal. Permanecia autorizado, contudo, o juízo de apreciação objetiva acerca de determinados fatos conexos ao delito, subordinando a punibilidade do fato a critérios de oportunidade estabelecidos em lei.” (GODOI, Antonio Januzzi Marchi de. *Natureza Jurídica das Condições Objetivas de Punibilidade*, para o Direito Penal Brasileiro. Disponível em [http://www.unilestemg.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo\\_24.pdf](http://www.unilestemg.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo_24.pdf), acesso em 13nov2012).

<sup>14</sup> Sobre o assunto, leciona Marques que “a pretensão punitiva pode estar sujeita a condições. Não basta assim a prática de um fato típico, antijurídico e culpável para que surja a punibilidade. Em certos casos, imprescindível se faz, para nascer o direito concreto de

Com efeito, a pretensão punitiva condiciona-se à verificação de elementos adicionais diversos das elementares necessárias à configuração da infração penal, situados entre a verificação do crime e sua punibilidade, mas não representa um sentido de valoração social do fato.

Entretanto, o alcance que se tem dado às condições objetivas de punibilidade demonstra o surgimento de diferentes construções teóricas, ora as incluindo no quadro analítico do fato (direito material), ora as identificando como condicionantes da ação penal (direito processual). E a opção por uma ou por outra vertente pode resultar em equivocada interpretação tendente a afastar a tutela estabelecida pelo Código Penal Militar, com reflexos na proteção almejada pelo texto constitucional.

Assim, as condições objetivas de punibilidade não podem se vincular à análise da conduta penalmente relevante, interferindo na ofensividade do resultado causado pelo crime de deserção, sob pena de ensejar uma proteção penal deficiente. Essas devem ser analisadas sob o enfoque da viabilidade jurídica de imposição de sanção e, só por isso, podem interferir na persecução penal. Por isso mesmo é que, uma vez verificada, a extinção da punibilidade resulta no arquivamento do Inquérito Policial Militar (art. 25 do CPPM), na rejeição da denúncia (art. 78, alínea “c”, do CPPM) e na absolvição do acusado (art. 439, alínea “f”, do CPPM).

Assim, se determinado militar se ausentou de sua unidade por mais de 8 (oito) dias, sua conduta dolosa, vinculada ao resultado “ofensa ao serviço/dever militar” pelo nexos de causalidade, amolda-se ao tipo descrito no art. 187 do CPM, caracterizando a tipicidade de sua conduta (juízo de valor que incide sobre a conduta do agente).

Posteriormente, avalia-se a ilicitude da conduta daquele militar, que pode ser afastada, por exemplo, diante da presença da excludente “estado de necessidade” (juízo de valor que incide sobre a reprovabilidade da conduta praticada, ou seja, sobre sua antijuridicidade).

---

punir, que se realize determinada condição: é o que se denomina de condição objetiva de punibilidade”. MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Campinas: Millennium, 2002. 3v. p. 369.

A seguir, avalia-se o próprio agente, no intuito de verificar se ele preenche os requisitos para sofrer a pena, que não pode ser aplicada, por exemplo, ao agente inimputável (juízo de valor que recai sobre a culpabilidade).

A constatação de tipicidade, ilicitude e culpabilidade implica a conclusão da ocorrência de crime. E somente essas circunstâncias podem ser consideradas, pois a punibilidade não integra o conceito analítico do crime.

A punibilidade refere-se a um juízo de valor que incide sobre a própria pena, no intuito de verificar se ela pode ou não ser aplicada ao agente que cometeu um fato típico, ilícito e culpável, ou seja, ao agente que praticou um crime.

De acordo com o art. 123 do CPM, são causas de extinção da punibilidade: morte do agente; anistia ou indulto, retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso, prescrição, reabilitação e o ressarcimento do dano no peculato culposo. E, como é possível observar, o CPM não trata da perda da condição de militar como causa de extinção da punibilidade. Ademais, os princípios da legalidade e da obrigatoriedade não permitem a extinção da punibilidade por situações outras não previstas de forma explícita ou implícita no ordenamento jurídico.

É certo que a regra processual que impõe a reinclusão do desertor como condição da ação penal militar e a isenção do processo para aquele que foi julgado incapaz acabou, por via reflexa, criando uma espécie de causa de extinção da punibilidade implícita, caracterizada pela perda superveniente da condição de militar, em razão da incapacidade definitiva verificada em inspeção de saúde. Mas, frise-se que tal permissivo legal contempla somente o agente incapaz, assim reconhecido por inspeção de saúde realizada conforme as normas da respectiva Força, não alcançando os demais atos de exclusão do serviço ativo<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Diferente, no entanto, deve ser o tratamento conferido ao arrimo de família, uma vez que legislação preserva o interesse da família em detrimento do serviço militar, prevendo a hipótese da anulação da incorporação (situação de arrimo preexistente à incorporação) ou da desincorporação (situação de arrimo superveniente à incorporação).

Interessante destacar que o CPPM anterior (Código de Justiça Militar) previa expressamente que nenhum acusado por crime de deserção podia ser julgado à revelia<sup>16</sup>. Tal disposição não foi repetida pelo atual CPPM, indicando que, após a reinclusão ou reversão do desertor, nada obsta o seu julgamento à revelia, nem mesmo a exclusão superveniente, desde que não guarde relação com incapacidade definitiva. Ao contrário, prevê o atual CPPM que o processo seguirá à revelia do acusado que, citado, intimado ou notificado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado (art. 292).

Verifica-se na prática que, com apoio na Súmula nº 12 do STM, quando o desertor é reincluído, o processo é iniciado e, se praticar nova deserção, o primeiro processo fica “suspensão” até que seja capturado ou se apresente voluntariamente. Com a reinclusão, o processo volta a correr e, diante da superveniência de outra hipótese de exclusão do desertor, por exemplo, o licenciamento por conclusão de tempo de serviço ou a bem da disciplina, o processo de deserção é “extinto” sem julgamento de mérito.

No entanto, de acordo com as disposições do CPPM, o processo inicia-se com o recebimento da denúncia pelo juiz, efetiva-se com a citação do acusado e extingue-se no momento em que a sentença definitiva se torna irreversível, quer resolva o mérito, quer não (art. 35), somente devendo ocorrer sua “suspensão” ou “extinção” nos casos nele previstos (parágrafo único do art. 35). E o CPPM não prevê hipóteses de suspensão ou extinção do processo pela perda da condição de militar em razão de nova deserção praticada ou de qualquer outra forma de exclusão superveniente, assim como não as prevê também para os demais crimes propriamente militares. Logo, iniciado o processo penal militar por deserção, somente deve ser admitida a sua extinção em razão de incapacidade definitiva superveniente.

Poder-se-ia argumentar que, se a deserção é classificada como crime propriamente militar, assistiria razão à tese segundo a qual o status de militar configura condição de procedibilidade e de prosseguibilidade. No entanto,

---

<sup>16</sup> Essa era a redação do Decreto-Lei nº 925, de 2 de Dezembro de 1938 (revogado), que estabeleceu o Código de Justiça Militar, em seu artigo 203: “Nenhum acusado por crime de deserção ou insubmissão será julgado à revelia”.

nos demais crimes propriamente militares não se exige aquela condição, tanto para o início da ação quanto para o seu prosseguimento.

Outro argumento que poderia ser ventilado diz respeito às consequências da condenação por deserção. Como impor condenação àquele que praticou crime propriamente militar, mas deixou de ostentar o status de militar? Ora, a pena deve ser cumprida conforme a condição pessoal do condenado: se ainda ostentar o status de militar, terá a prerrogativa de cumprir sua pena somente em Organização Militar da respectiva Força, conforme assegura o art. 73 da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares)<sup>17</sup>; se perder a condição de militar, deverá cumprir sua pena em estabelecimento prisional comum, seguindo os ditames da legislação comum, conforme se depreende do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), determinando que “esta lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”.

Reforçando essa possibilidade legal, convém destacar o previsto no art. 62 do CPM, estabelecendo que “o civil cumpre a pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar”. Assim, a condição de civil do desertor não obsta o cumprimento da pena nos moldes disciplinados pela Lei de Execução Penal, assim como não obsta o cumprimento da pena na hipótese de condenação por qualquer crime propriamente militar.

Merece destaque também a questão da suspensão condicional da pena, uma vez que o CPM veda expressamente a concessão daquele benefício ao condenado por deserção e por outros crimes propriamente militares (art. 88). Como se desdobra a situação do civil condenado por deserção (ou por outro crime propriamente militar)? Deve ser recolhido ao sistema prisional comum, sem o direito à suspensão condicional da pena? É certo que, se não for amparado por qualquer benefício, deve ser recolhido a estabelecimento comum, uma vez que não goza da prerrogativa de cumprir pena em esta-

---

<sup>17</sup> Tal prerrogativa é reforçada pelo art. 59 do CPM, prevendo que a pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida em estabelecimento militar.

belecimento militar. Quanto à vedação do *sursis* penal, trata-se de rigor da legislação penal militar que somente deve incidir sobre aquele que ostentar a condição de militar<sup>18</sup>.

Com efeito, caso o civil condenado por crime de deserção não cumpra as condições impostas na audiência admonitória, deverão ser observados os mesmos procedimentos para os civis condenados por outros crimes, culminando com a execução penal em estabelecimento prisional comum, de acordo com os ditames da Lei de Execução Penal.

Em síntese, é possível inferir que, embora o *status* de militar possa ser considerado condição para o exercício da ação penal por deserção, a lei não autoriza considerá-lo condição para a punição do desertor.

### 3. CONCLUSÃO

O reconhecimento de causa supralegal de extinção da punibilidade, além de contrariar a legislação penal castrense, configura verdadeira afronta aos princípios constitucionais militares (Hierarquia e Disciplina)<sup>19</sup>, podendo

---

<sup>18</sup> Sobre o assunto, convém trazer à colação o entendimento de Assis, lecionando que “tratando-se de crime propriamente militar (contra o serviço e o dever militar), os rigores da legislação castrense justificam-se enquanto o sentenciado detiver a condição de militar. Sendo civil, a rigorosa restrição legal não tem mais sentido já que nenhum benefício poderia trazer às instituições militares colocar-se esse sentenciado, com uma pena relativamente pequena, diretamente no ambiente carcerário comum sem poder beneficiar-se dos benefícios legais vigentes.” ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 114. Tal entendimento encontra guarida no princípio constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CRFB/88).

<sup>19</sup> A CRFB/88 revela para a comunidade jurídica que a hierarquia e a disciplina são princípios de marcante singularidade e representam o suporte mínimo de preservação das Forças Armadas.

comprometer o sistema de comandos estabelecido em prol da defesa da pátria e da soberania<sup>20</sup>.

Se a capacidade das Forças Armadas e seu aprestamento dependem da observância da hierarquia, da disciplina e do serviço militar obrigatório, como determina a CRFB/88, a inobservância destes princípios deve sujeitar o agente aos ditames da lei penal castrense. Por isso é que qualquer regra legal processual que possa ensejar a abrupta extinção do processo onde se apura a ocorrência de deserção deve ser interpretada de forma restrita, mormente diante da possibilidade de provocar a odiosa impunidade dos militares desertores, com reflexos diretos e significativos sobre os interesses e as garantias decorrentes da Constituição.

Dessa forma, deve ser evitada a prematura declaração de isenção do processo tendente a afastar a incidência do Código Penal Militar, instrumento de garantia da defesa da Pátria, uma vez que não se afigura razoável afastar tanto do Ministério Público quanto do Judiciário o conhecimento de condutas que, em tese, caracterizam o crime de deserção, em decorrência de simples decisão de um órgão administrativo. Tal postura tende a enfraquecer a separação (autonomia e independência) entre as instâncias (penal e administrativa) e a subtrair do Ministério Público as atribuições inerentes à sua missão constitucional em matéria penal.

A hora reclama, assim, uma mudança de paradigma, balizada em interpretação conforme a Constituição, para restabelecer o império da lei e evitar que continuem frustrados diversos procedimentos instaurados para apuração do crime de deserção, com ofensa direta aos postulados do Estado Democrático de Direito.

---

<sup>20</sup> Neste sentido, o entendimento de Bandeira de Mello, lecionando que: “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.” BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 12ª ed, 2000, p. 748.

#### 4. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. **Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BANDEIRA DE MELO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 12. ed, 2000.

GODOI, A. J. M. **Natureza Jurídica das Condições Objetivas de Punibilidade, para o Direito Penal Brasileiro**. Disponível em [http://www.unilesteng.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo\\_24.pdf](http://www.unilesteng.br/revistaonline/volumes/02/downloads/artigo_24.pdf), acesso em 13 jun. 2013.

MARQUES, J. F. **Tratado de direito penal**. Campinas: Millennium, 2002. 3v. p. 369.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

