

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Stanley Magalhães Araújo

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SURSIS PENAL NO CRIME DE DESERÇÃO

Porto Alegre

2018

STANLEY MAGALHÃES ARAÚJO

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SURSIS PENAL NO CRIME DE
DESERÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Porto Alegre

2018

STANLEY MAGALHÃES ARAÚJO

IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO SURSIS PENAL NO CRIME DE
DESERÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em ____ de _____ de ____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Ângelo Roberto Ilha da Silva

Orientador

Prof^a. Ana Paula Motta Costa

Examinadora

Prof^a. Vanessa Chiari Gonçalves

Examinadora

À Minha mãe: Maria de Fátima Magalhães Araújo. Ao meu irmão: Charles Ramísio Magalhães Araújo. À minha avó: Raimunda Alves Magalhães. Minha família que sempre se dedicou a me dar tudo de melhor para que eu me tornasse a pessoa que sou hoje. Dedico a eles esse curso, e embora distantes fisicamente de mim, moram em meu coração.

À minha namorada que tanto amo e não imagina o quanto foi importante pra mim nessa jornada: Bianca Luiza Biazetto.

Eles dão sentido para a minha vida, razão pela qual acordo e levanto da cama com alegria e esperança todas as manhãs.

AGRADECIMENTOS

Lembro o dia que fui aprovado no vestibular da Universidade Federal do Piauí, em 2001... Com certeza um dos dias mais felizes de minha vida. Logo em seguida fui aprovado também no concurso pra Sargento do Exército e por conta da profissão que escolhi seguir, entre idas e vindas rodando o Brasil, não consegui levar meu curso da maneira mais convencional. Hoje, 18 anos após ter iniciado minha graduação em Direito no Piauí, concluo na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com muito orgulho e com bastante experiência não só no universo acadêmico, mas na vida. Ingressei praticamente garoto em 2001 na universidade, e hoje termino minha faculdade como homem, e embora tenha demorado 18 anos para a conclusão de meu ensino superior, digo com a cabeça erguida que não mudaria nada do que fiz caso tivesse a oportunidade de voltar no tempo e fazer diferente, pois o conjunto de tudo que passei na minha vida por todo esse tempo me fez a pessoa que sou hoje, com os amigos que tenho e a quem agradeço tanto por tornarem meus dias mais felizes.

Em primeiro lugar agradeço a Deus pela oportunidade que me concedeu de eu ter passado e concluído meu curso, e por tudo que tenho e o que sou hoje. Agradeço a minha família por ter me dado as bases necessárias pra formação de meu caráter e por todo esforço que sei que fizeram por mim. E agradeço aos meus amigos que sempre estiveram comigo nos melhores e piores momentos de minha jornada, e embora não consiga citar todos como eu gostaria, faço referência aos que hoje se fazem mais presentes em minha vida: Luciano Mallmann, Marlei Rodrigues, Brayner Tavares, Anderson Brum, Lizandro Andres, Adriano de Oliveira, Daniel Gonçalves Barreto, Michel Motta Carvalho, Maximiliano Valadares, Jailton Damásia, Rafael Felipe, Eunice Beltrão, Shirlei Jesus, Otávio Krombauer, Giordana Ribeiro e a toda família Alba e Mesa. Finalizando, agradeço ao meu orientador professor Ângelo Roberto Ilha da Silva, homem de notório saber jurídico e contundente sensibilidade humanística.

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar a impossibilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional da pena (*sursis* penal) no crime de deserção, previsto no artigo 88 do Código Penal Militar. O crime de deserção se faz pela ausência do militar, sem licença, da unidade militar em que serve, ou do lugar em que deve permanecer por mais de oito dias. A apresentação voluntária do militar em sua constância resulta, em regra, na apuração da falta correspondente. A suspensão condicional da pena (*sursis*) é um instituto penal que consiste na suspensão da pena privativa de liberdade sob condições e período determinado que, quando ultrapassado e não sendo verificada a incidência de causa de revogação, resta a pena extinta. A proibição da aplicação do *sursis* encontra amparo no próprio texto da lei, conforme o art. 88, II, a, do Código Penal Militar, porém, é considerável o debate no campo da doutrina acerca da constitucionalidade de tal proibição. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal Militar entendem que é proibida a concessão do benefício do *sursis* penal nos casos de crime militar de deserção, unificando o conhecimento de que a matéria controvertida fora recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Por fim, conclui-se pela impossibilidade de aplicação do instituto do *sursis* no crime militar de deserção, pesando nessa decisão a importância dos pilares das Forças Armadas, a hierarquia e a disciplina, bem como as peculiaridades da profissão militar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar; Crime Militar; Deserção; Hierarquia; Disciplina; Suspensão Condicional da Pena; *Sursis* Penal.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the impossibility of applying the institute of the conditional suspension of the penalty (criminal offense) in the crime of desertion, provided for in article 88 of the Military Penal Code. The crime of desertion is caused by the absence of the unlicensed soldier, the military unit in which he serves, or the place where he must remain for more than eight days. The voluntary presentation of the military in its constancy results, as a rule, in the determination of the corresponding fault. The conditional suspension of the penalty (sursis) is a penal institute consisting of the suspension of the custodial sentence under conditions and a certain period that, when exceeded and not being verified the incidence of cause of revocation, the sentence is now extinct. The prohibition of the application of sursis is supported by the text of the law, according to art. 88, II, a, of the Military Penal Code, however, there is considerable debate in the field of doctrine about the constitutionality of such a prohibition. The Federal Supreme Court and the Superior Military Court understand that it is prohibited to grant the benefit of criminal prosecution in cases of military crime of desertion, unifying the knowledge that the controversial matter had been approved by the Federal Constitution of 1988. Finally, it is concluded by the impossibility of applying the institute of the sursis in the military crime of desertion, weighing in that decision the importance of the pillars of the Armed Forces, hierarchy and discipline, as well as the peculiarities of the military profession.

KEYWORDS: Military Criminal Law; Military Crime; Desertion; Hierarchy; Subject; Conditional Suspension of Penalty; Criminal Sursis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF: Constituição Federal

CLT: Consolidação das Leis do Trabalho

CP: Código Penal

CPC: Código de Processo Civil

CPM: Código Penal Militar

CPPM: Código de Processo Penal Militar

EPM: Estatuto do Policial Militar

PM: Polícia Militar

STF: Supremo Tribunal Federal

STM: Superior Tribunal Militar

STJ: Superior Tribunal de Justiça

TJ: Tribunal de Justiça

TJM: Tribunal de Justiça Militar

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DIREITO PENAL MILITAR	12
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	13
1.2 PRINCÍPIOS E CONCEITO.....	17
1.3 PILARES DO DIREITO MILITAR: HIERARQUIA E DISCIPLINA	23
2. CRIME MILITAR	27
2.1 DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL	27
2.2 DESERÇÃO.....	33
3. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (<i>SURDIS</i> PENAL).....	39
3.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL.....	39
3.2 ESPÉCIES, REQUISITOS E CAUSAS DE REVOGAÇÃO.....	41
4. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO <i>SURDIS</i> PENAL NO CRIME DE DESERÇÃO	46
5. CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

O Direito Militar destaca-se dos outros ramos do direito pelo fato de tratar de assuntos jurídicos que dizem respeito às Forças Armadas, sendo seus integrantes considerados especiais, adquirindo assim direitos e deveres que não são assegurados na sua maioria aos funcionários civis. Devido a essas características particulares da profissão, o legislador assegurou aos militares a prerrogativa de terem uma legislação própria e independente da justiça comum, onde serão julgados de acordo com as normas vigentes dessa Justiça Especializada, porém sempre amparada e seguindo todos os preceitos básicos da Constituição Federal.

No âmbito do Direito Militar, uma das áreas de maior destaque é o Direito Penal Militar, principalmente pela rigorosidade com que trata os integrantes das Forças Armadas no que diz respeito à obediência às regras. Tal rigorosidade visa manter o próprio funcionamento adequado do sistema, que tem como pilares a manutenção da disciplina e hierarquia, bases de toda doutrina militar. Dentro desse contexto, este trabalho busca mostrar a impossibilidade de aplicação da suspensão condicional da pena (*sursis*) no crime de deserção, iniciando com uma passagem pelo Direito Penal Militar, suas especificidades, bases doutrinárias e crimes militares, dando ênfase ao crime de deserção e suas peculiaridades. Em seguida será abordado o tema da suspensão condicional da pena, desde o conceito até suas características principais, culminando com a sua impossibilidade de aplicação no crime de deserção, tudo à luz da Carta Magna de 1988.

A independência do Direito Militar gera inúmeras discussões, inclusive sendo vista por alguns juristas como um privilégio para a categoria, uma vez que sua base ideológica difere das demais abordadas em outros ramos do direito, ampliando assim sua forma de atuar perante seus integrantes. Isso não quer dizer que ela esteja em desacordo com a Constituição Federal, porém há quem discorde disso, uma vez que o

próprio Código Penal Militar é do ano de 1969, não ocorrendo uma adaptação como houve nas demais áreas do direito.

Ao concluir o presente trabalho, se confirmará que de acordo com o artigo 88, II, alínea, "a", do Código Penal Militar, é vedada a suspensão condicional da pena (*sursis*) ao crime de deserção (art. 187 do Código Penal Militar), mesmo sendo um tema que gere dúvidas com relação à aceitação desse artigo pela Constituição Federal, porém quando se trata da vida castrense, hierarquia e disciplina são as bases institucionais que sustentam todo o sistema das Forças Armadas, sendo inadmissível se opor a elas, e esse é o ponto fundamental para a diferença do tratamento de seus integrantes quando comparado à Justiça Penal Comum.

1. DIREITO PENAL MILITAR

O Direito Militar é formado pelo conjunto de leis que engloba como um todo o sistema que inclui as Forças Armadas do Brasil e aquelas que são designadas como suas Forças Auxiliares: polícias militares e corpo de bombeiros militares dos Estados e do Distrito Federal. Estudar tal disciplina remete de imediato ao estudo de seu ramo mais importante, o Direito Penal Militar. Para tal, é necessário entender primeiro suas origens e bases ideológicas que o diferem tanto das outras áreas da Justiça Comum, devido ao próprio exercício diferenciado da atividade militar e suas atribuições perante o Estado.

A sociedade militar é peculiar;

Possui *modus vivendi* próprio;

Todavia, submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional; pode e deve ser submetido ao controle judicial do qual a ninguém é dado furtar-se.

Esta peculiaridade exige sacrifícios extremos (a própria vida), que é mais do que simples risco de serviço das atividades tidas como penosas ou insalubres como um todo.

Para condições tão especiais de trabalho, especial também será o regime disciplinar, de modo a conciliar tanto os interesses da instituição como os direitos dos que a ele se submetem. A rigidez do regime disciplinar e a severidade das sanções não podem ser confundidas como supressão dos seus direitos¹.

¹ ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 47.

1.1 BREVE HISTÓRICO

A origem do Direito Militar se mistura historicamente com o próprio nascimento das Forças Armadas e suas peculiaridades. Embora não se possa determinar com precisão o instante em que um direito voltado à atividade bélica surgiu, pode-se dizer que foi com o aparecimento dos primeiros exércitos, nascendo assim o militarismo e trazendo consigo naturalmente problemas referentes ao comportamento e conduta ética dos combatentes, tanto perante os inimigos quanto diante das ordens prestada pelos superiores hierárquicos em seus treinamentos. “Do militar exigia-se, e até hoje se exige, comportamento exemplar, ética, apresentação visual e abnegação *sui generis*, o que o tornava um ser humano diferenciado e, como diferenciado, alguém que deve ter seus atos analisados de maneira especial. Surge, então, a chamada Justiça Castrense, ou seja, aquela dos campos de batalha, ágil, proativa, capaz de manter a hierarquia, a disciplina e o dever militar acima da própria vida do combatente”².

De acordo com Célio Ferreira Romão:

(...) o militarismo nasceu no ano de 142 a.C na Grécia Antiga, criado por Domus II, e tinha o objetivo de organizar as hostes subordinadas do rei, com obediência absoluta, pois, juravam, os componentes, servir dando a própria vida em favor da disciplina e hierarquia a que estavam subordinados³.

Para Univaldo Corrêa, a justiça foi na direção do surgimento de um direito especializado na atividade bélica, “quando o homem entrou na faixa das conquistas e das defesas para o seu povo”, pelo fato de ter sentido “necessidade de contar, a

² SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Inbradim, 2013, p. 17.

³ ROMÃO, Célio Ferreira. **Direito e deveres dos militares**, *Revista Direito Militar*, AMAJME. 2009. nº 80, p. 16-17.

qualquer hora e em qualquer situação, com um corpo de soldados disciplinados, sob um regime férreo e com sanções graves e de aplicação imediata”⁴.

Segundo Campos Júnior⁵, são quatro os estágios históricos relativos ao desenvolvimento do Direito Penal Militar, estabelecidos por doutrina majoritária:

- Antiguidade;
- Direito Romano;
- Idade Média;
- Após a Revolução Francesa.

Loureiro Neto defende que existiam indícios históricos de que na Antiguidade civilizações “conheciam a existência de certos delitos militares, e seus agentes eram julgados pelos próprios militares”, porém apenas em Roma se confirmou a autonomia do Direito Penal Militar. “Para os romanos, certos crimes cometidos em batalha significavam o estigma da infâmia e poderiam ser punidos com bastonadas até a morte”⁶.

Visando manter total controle sobre suas tropas, Roma formou uma estrutura disciplinar e jurídica apta a decretar punições adequadas e imediatas aos seus militares. Dessa maneira os generais romanos mantinham a autonomia necessária para obrigar a manutenção da disciplina, mantendo em pleno funcionamento seu poderoso exército.

O general teve o direito de fazer cortar a cabeça de todo o soldado que servisse em seu exército e de fazer bater com varas o simples soldado como o oficial de

⁴ CORRÊA, Univaldo. **A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos**. In: **Direito militar: história e doutrina – artigos inéditos**. Florianópolis: Amajme, 2002, p. 9.

⁵ CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e justiças militares: inabaláveis princípios e fins**, p. 98.

⁶ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999, p.19.

estado-maior: este gênero de punição não foi infligido somente por delitos individuais; quando um oficial permitia afastar-se da ordem estabelecida, ou quando uma divisão debandava ou fugia do campo de batalha, as mesmas punições lhes eram infligidas⁷.

A terceira fase do desenvolvimento do Direito Penal Militar veio durante a Idade Média, e segundo Campos Júnior, “em consequência, a estagnação do Direito Militar diante da retração da vida feudal e do forte controle da Igreja Católica sobre a produção científica e cultural da época”⁸. Nesse contexto medieval, o rei e seus vassallos passaram a ter como privilégio *sui generis* o direito de punir, agora legitimados pela Igreja Católica, passando a jurisdição militar a possuir um formato de foro privilegiado.

A última fase do Direito Penal Militar deu início com a Revolução Francesa, que consagrou os princípios da jurisdição militar moderna ao regulamentar as relações entre o poder militar e o poder civil, retirando o foro privilegiado de seu caráter feudal. A máxima atribuída a Napoleão condensa a importância fundamental da manutenção da disciplina e, por consequência, de forte instrumento de controle das tropas militares⁹. Dizia ele que a “disciplina é a primeira qualidade do soldado; o valor é apenas a segunda”¹⁰.

No Brasil, o Direito Penal Militar é aplicado desde a época do Império, com a chegada da família real, quando nasceu o primeiro órgão jurisdicional brasileiro, o Supremo Conselho Militar e de Justiça, posteriormente se transformando no Superior Tribunal Militar (STM). Portugal mantinha para si todo o controle da justiça empregada no Brasil ao longo de todo o período colonial, a começar com a criação das normas até a sua aplicabilidade nos órgãos jurisdicionais.

⁷ GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987, p.113.

⁸ CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e justiças militares: inabaláveis princípios e fins**, p. 98.

⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 53.

¹⁰ CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito, apud ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar**.

A primeira estrutura da Justiça Militar, no Brasil, foi o Conselho Supremo Militar, com sede na cidade do Rio de Janeiro, cuja competência inicial era a de processar e julgar os crimes militares praticados contra a “Colônia” e nos limites territoriais desta¹¹.

Era vigente em Portugal o Regulamento de 1763, conhecido como “Artigos de Guerra do Conde de Lierpe”, que vigorou no Brasil em conjunto com diversas legislações esparsas. Quando, com a República, foi editado o Código Penal para a Armada (Decreto nº 18, de 7 de março de 1891)¹².

Segundo Lobão, na época da República:

Surgiu o Código Penal da Armada, expedido pelo Decreto n. 18, de 7 de março de 1891, o qual foi ampliado ao Exército pela Lei n. 612, de 29 de setembro de 1899, dando legitimidade ao diploma, e ao lado da legislação penal extravagante, o Código Penal da Armada de 1897 que vigorou até 1944, quando foi editado novo diploma penal castrense, O Código Penal Militar de 1944 (Dec.-lei nº 6227, de 24 de janeiro de 1944)¹³.

Com a independência, o Brasil passa a ter as leis portuguesas substituídas gradualmente por leis nacionais, mantidas ainda algumas características oriundas daquela Justiça. De acordo com os doutrinadores Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, tendo o Direito Penal Militar brasileiro como norte o direito lusitano, não fica longe dessa cultura portuguesa, tendo como sua origem Portugal¹⁴.

De acordo com Roberto de Jesus Moretti:

Em 1944 é promulgado o Decreto-lei nº 6.227, de 24-1-1944, que institui o Código Penal Militar, cuja entrada em vigor se deu em 24-2-1944. Sendo certo que sua estrutura básica é semelhante ao vigente Código Penal Militar,

¹¹ SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Inbradim, 2013, p. 18.

¹² LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2 ed., atual., Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 41.

¹³ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2 ed., atual., Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 51.

¹⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

promulgado pelo Decreto-lei nº 1.001, de 21-10-1969, cuja entrada em vigor se deu em 1-1-1970¹⁵.

Para Matilde J. Hojda, cumpre lembrar que o Código Penal Militar data de 1969, destinando-se também à Justiça Militar Federal e se compatibilizava com o Código Penal elaborado à época e que não entrou em vigor (Dec.-lei 1.004. de 21.10.1969). Hoje, o mesmo estatuto penal castrense é aplicado. Num diferente momento histórico apenas às Forças Armadas e Polícias Militares estaduais¹⁶.

Dessa forma está bem fixada a jurisdição especializada da Justiça Militar, assim como sua estrutura e organização. Hoje, a Justiça Militar possui estrutura em âmbito da União (Justiça Militar União), com a competência constitucional de julgar o crime militar, e estrutura estadual, cuja competência é de julgar o policial militar e o bombeiro militar quando cometerem o crime militar definido em lei¹⁷.

1.2 PRINCÍPIOS E CONCEITO

Depois de um breve histórico mostrando a origem e o desenvolvimento do Direito Penal Militar, será visto agora os princípios que o guiam perante o mundo jurídico, bases que formam o seu conceito.

¹⁵ MORETTI, Roberto de Jesus. **Momento Histórico do Direito Penal Militar**, 17 de Nov. 2016. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/memento-histórico-de-direito-penal-militar-roberto-de-jesus-moretti>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

¹⁶ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 17.

¹⁷ SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Inbradim, 2013, p. 18.

Os direitos são garantidos por normas, que tem sua estrutura baseadas em princípios. Tais princípios garantem direitos ou impõem deveres do conteúdo da regra, extraindo uma proposição que deve ser satisfeita plenamente, sob pena de invalidade da regra. Do conteúdo dos princípios extrai-se uma proposição que não se pode realizar sempre, sendo essa realização, geralmente, parcial, o que não significa, por outro lado, a invalidação do princípio. Pode-se concluir, portanto, segundo Virgílio Afonso da Silva, que os princípios são mandamentos de otimização, exigindo a realização de algo na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes¹⁸.

O princípio da supremacia da Constituição significa que a Constituição e, em especial, os direitos fundamentais nela consagrados, situam-se no topo da hierarquia do sistema normativo, de tal sorte que todos os demais atos normativos, assim como os atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário (mas também e de certo modo de qualquer ato jurídico) devem ter como critério de medida a Constituição e os direitos fundamentais¹⁹.

Segundo Carmem Lúcia Rocha:

Os princípios constitucionais são os conteúdos intelectivos dos valores superiores adotados em dada sociedade política, materializados e formalizados juridicamente para produzir uma regulação política no Estado. Aqueles valores superiores encarnam-se nos princípios que formam a própria essência do sistema constitucional, dotando-o, assim, para o cumprimento de suas funções, de normatividade jurídica. A sua opção ético-social antecede a sua caracterização normativo-jurídica²⁰.

Trazendo tal tema para o âmbito do Direito Penal Militar, pode-se dizer que os princípios limitadores do direito de punir encontram seu nascedouro, de forma implícita

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45.

¹⁹ MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin Apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 215.

²⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 23.

ou explícita, na Constituição Federal, norma-guia de todo o ordenamento jurídico. São princípios limitadores do *jus puniendi* no Direito Penal Militar:

- Princípio da Legalidade;
- Princípio da Intervenção Mínima;
- Princípio da Insignificância;
- Princípio da Culpabilidade;
- Princípio da Humanidade.

O Princípio da Legalidade, conhecido da expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, que significa que 'não há crime, nem pena, sem lei anterior que os defina', é um norteador para leis e dispositivos. De acordo com Bitencourt, o Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal constitui uma verdadeira limitação do poder punitivo estatal²¹. Encontra amparo legal no art. 5º, XXXIX da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal Militar.

O Princípio da Legalidade comanda a reserva legal, ou seja, o fato de que só a lei pode comportar condutas puníveis em âmbito penal, lei aqui compreendida como vontade do legislador, representante legítimo que é do povo, para descobrir os bens jurídico-penais a serem tutelados. Sua aplicação importa, por outro enfoque, a vedação de o Poder Executivo ou o Poder Judiciário se imiscuírem na função criminalizadora ao mesmo tempo em que obsta a utilização de outros nascedouros além da lei (reserva absoluta), a exemplo dos costumes e da analogia, só admitida *in bonam partem*. Apenas a lei, em outras palavras, pode versar sobre matéria penal²².

O Princípio da Intervenção Mínima surge da necessidade de limitar ou, se possível, eliminar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1, p. 10.

²² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 76.

incriminadoras. Também denominado por *ultima ratio*, ele orienta e freia o poder incriminador do Estado, sugerindo que a criminalização de certa atitude só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Assim, Para Cezar Roberto Bitencourt, “se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas, e não as penais”²³.

Referente ao Princípio da Insignificância, *nullum crimen sine iniuria*, ou seja, não há crime sem que haja o dano, digno de reprovação, ao bem jurídico. Nota-se que a questão da insignificância se sustenta, sobretudo, no bem juridicamente tutelado, não em relação à dignidade do bem, mas no que diz respeito ao tamanho do dano provocado pela conduta ao bem jurídico. A insignificância da ofensa afasta a tipicidade, porém essa insignificância só pode ser valorada por meio da consideração global da ordem jurídica.

Em suma, não é vedada a aplicação do princípio da insignificância em Direito Penal Militar. Todavia, sua aplicação depende, como vimos defendendo, de uma avaliação mais acurada, que prestigie não apenas o bem jurídico primeiramente focado pela norma penal, mas também outros bens jurídicos ligados às instituições militares, que podem estar evidentes ou velados na norma penal militar, a exemplo da hierarquia, da disciplina, da autoridade, enfim, de elementos que possam constituir a regularidade das forças militares²⁴.

De acordo com o Princípio da Culpabilidade, em seu conceito mais elementar, não há crime sem culpabilidade (*nullum crimen sine culpa*). A culpabilidade, como fundamento da pena, refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico, proibido pela lei penal. Ela também pode atuar como elemento de determinação ou medição da pena, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria ideia de culpabilidade. Por último, a

²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

²⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 85.

culpabilidade age como conceito contrário à responsabilidade objetiva, onde ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver operado com dolo ou culpa²⁵.

Por último, o Princípio da Humanidade, que é diretamente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana. De acordo com esse princípio, a pena e seu cumprimento devem se revestir de caráter humanitário, em respeito e proteção à pessoa do preso. Ele vem consagrado na Constituição Federal (art. 5º, III), que veda a tortura e o tratamento desumano ou degradante a qualquer pessoa, e também na proibição de determinadas penas, como a de morte, prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e outras penas cruéis (art. 5º, XLVII)²⁶.

(...) a própria dignidade do homem determina a existência do princípio pelo qual ninguém pode legalmente consentir que se lhe aflija um sério dano corporal²⁷.

Tendo visto os princípios essenciais que amparam a atividade do Direito Penal Militar, pode-se entender o que ordena o seu conceito, sendo composto de normas jurídicas que visam o cumprimento de normas penais. O Direito Penal militar consiste no “conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas conseqüentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares”²⁸.

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, 1. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62.

²⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

²⁷ YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 215.

²⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 70.

Segundo Jorge Alberto Romeiro:

O direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares²⁹.

Ele é o ramo especializado do Direito Penal que determina as regras jurídicas vinculadas à proteção das instituições militares e ao cumprimento de sua orientação constitucional. De acordo com o artigo 142 da Carta Magna, “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”.

Tal peculiaridade do Direito Penal Militar decorre da natureza específica dos bens jurídicos tutelados, principalmente a autoridade, disciplina, hierarquia, o serviço e a função e o dever militar, podendo ser resumidos na expressão “regularidade das instituições militares”³⁰. Dentre tais bens jurídicos tutelados, dois se destacam por serem considerados os pilares da vida castrense: hierarquia e disciplina. O próximo tópico aprofundará o estudo destes institutos devido à enorme importância deles no tema principal deste trabalho.

²⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 05.

³⁰ FARIA, Marcelo Uzeda de. **Direito Penal Militar**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 23.

1.3 PILARES DO DIREITO MILITAR: HIERARQUIA E DISCIPLINA

Considerados princípios específicos da Justiça Militar, a hierarquia e a disciplina são também bases de toda a doutrina castrense. O conhecimento e a vivência deles se faz necessário por toda a vida militar, tornando assim o Direito Penal Militar mais rígido em suas penas quando comparado ao Direito Penal comum. Quando se ingressa no mundo militar, submete-se à hierarquia e à disciplina visando à manutenção da Democracia, abrindo mão inclusive de direitos e garantias individuais.

É em nome da Liberdade, da Democracia, que há restrições aos direitos e garantias sociais e individuais em geral dos militares. A milícia armada sem controle é perigosa, pode causar grandes danos. Os militares são admiráveis, inclusive porque abdicam de parcela de sua liberdade para garantir a nossa, a da sociedade. A liberdade de todos depende dessas restrições e da Hierarquia e da disciplina³¹.

Hierarquia e disciplina são institutos presentes na Constituição Federal de 1988 em benefício das Forças Armadas e Forças Auxiliares, previstos nos artigos 42 e 142 da Carta Magna, porém seus conceitos são bem esclarecidos no art. 14 do Estatuto dos Militares³², dispondo o seguinte:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela Antiguidade no posto

³¹ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 1000.

³² Lei 6.880, de 09.12.1980.

ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Pode-se verificar na própria Constituição Federal que não existe um dever de obediência dos demais órgãos públicos aos princípios da hierarquia e disciplina, sendo esses órgãos fiéis apenas aos princípios da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), de acordo com o art. 37 da CF/88. Isso faz com que as Forças Armadas tenham um tratamento peculiar com relação aos seus integrantes, uma vez que os alicerces de sua formação possuem valores diferentes dos demais servidores públicos do Estado.

Para Wilson Odirley VALLA:

A organização militar é baseada em princípios simples, claros e que existem há muito tempo, a exemplos da disciplina e da hierarquia. Como se tratam dos valores centrais das instituições militares é necessário conhecer alguns atributos que revestem a relação do profissional com estes dois ditames basilares da investidura militar, manifestados pelo dever de obediência e subordinação, cujas particularidades não encontram similitudes na vida civil³³.

Ainda, segundo o autor, “a obediência hierárquica militar, no âmbito do Direito Penal e no Direito Administrativo, deve ser diversamente considerada, visto que a natureza da função militar requer que o superior conte com poderes e faculdade que compreende, ao mesmo tempo, o direito de ordenar e a faculdade de punir os atos que

³³ VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial Militar – Ética Profissional**. 3. ed, Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, Volume II, Curitiba, 2003, p. 116.

julgue contrários à disciplina”³⁴. Assim, pode-se dizer que a obediência hierárquica é, de modo geral, o ponto chave do funcionamento orgânico das Forças Armadas. Contrariá-la é ir de encontro aos preceitos básicos da vida castrense, provocando a desordem funcional e o desmoronamento de todos os princípios da carreira militar.

Segundo José Afonso da Silva³⁵, hierarquia "é o vínculo de subordinação escalonada e graduada de inferior a superior", enquanto que disciplina "é o poder que tem os superiores hierárquicos de impor condutas e dar ordens aos inferiores. Correlativamente, significa dever de obediência dos inferiores em relação aos superiores." Pode-se afirmar, portanto, que a hierarquia e disciplina militar se misturam de maneira que se tornam interpenetráveis e indissociáveis.

A estrutura das Forças Armadas diferencia-se do setor civil, chegando por vezes inclusive a se opor, por conta de sua militarização, isto é, pelo enquadramento hierarquizado de seus membros em organizações militares armadas e prontas para o combate, pelo fato de possuírem a força pública e nelas se deposita a coação com que deve contar o Estado para manter a unidade de seu povo e de seu território sob uma ordem pacífica e justa, tal a sua relevante missão constitucional. Hierarquizadas, formam uma pirâmide quanto ao comando, em que cada escalão superior dita ordens aos inferiores, como é necessário para as operações bélicas. Disciplinadas, formam um alicerce de certeza operativa, que se reflete na eficiência da pronta-resposta aos comandos recebidos do escalão superior. Caso não fosse assim, se cada ordem pudesse ser contestada ou discutida, diante do perigo real ou iminente, as tropas sucumbiriam pela desordem e falta de coesão nas ações³⁶.

Foram precisos séculos de conhecimento para chegar aos presentes conceitos legais de hierarquia e disciplina. Assim, compreende-se que tais institutos apresentam-

³⁴ VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial Militar – Ética Profissional**. 3. ed, Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, Volume II, Curitiba, 2003, p. 117.

³⁵ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 738.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed., ver., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 235-7.

se como elementos vitais à compreensão e funcionamento da estrutura militar, principalmente por conta das missões constitucionais atribuídas às Forças Armadas. É dever e obrigação do militar primar pela manutenção de tais pilares básicos, sendo sempre submisso aos regulamentos que regem a caserna.

2. CRIME MILITAR

2.1 DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL

Ao atribuir responsabilidade penal a alguém é necessária a existência de norma jurídica, no caso a penal, tipificando a conduta como crime. Isso é embasado pelo princípio da reserva legal, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da CF/88, em conjunto com o art. 1º do Código Penal Comum e com o art. 1º do Código Penal Militar. Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Dessa forma, torna-se imprescindível que exista uma norma penal escrita, publicada e em vigor, antes de a conduta do sujeito ser considerada crime.

A Constituição Federal, ao determinar no seu art. 124 que “à justiça militar compete processar e julgar os crimes militares, definidos em lei”, manteve o critério que existe no direito brasileiro para a conceituação dos militares. Logo, crime militar é o que a lei define como tal. Passando à legislação em si, dentro do Código Penal Militar³⁷ destacam-se os artigos 9º e 10, considerados os mais importantes de sua parte geral, pois determinam a configuração do crime militar, em tempo de paz e de guerra, respectivamente:

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

³⁷ Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada. (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação

da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

§ 1o Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.

§ 2o Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto:

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa;

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais:

a) Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica;

b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999;

c) Decreto-Lei no 1.002, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar; e

d) Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

O Direito Penal Militar torna-se especial por conta dos bens jurídicos tutelados, dentre eles as instituições militares, a hierarquia e disciplina, o serviço e o dever do militar, sendo a própria Carta Magna que indica a especialidade dos crimes militares e da justiça competente para seu processo e julgamento. Segundo Marcelo Uzeda de Faria, “crime militar é aquela conduta que, direta ou indiretamente, atenta contra os bens e interesses jurídicos das instituições militares, qualquer que seja o agente”³⁸. Tal conceito merece um esclarecimento com relação à confusão que pode ser gerada entre crime militar e transgressão disciplinar militar, pois o crime militar se manifesta por uma grave violação do dever militar e dos valores das instituições militares, enquanto que a transgressão disciplinar se caracteriza por uma afronta mais branda àqueles valores, autorizando assim seu processamento por via administrativa.

Segundo o Supremo Tribunal Federal:

O desrespeito a superior (art. 160 do CPM) encontra-se tipificado sob o título II do referido *codex*, que trata “Dos Crimes Contra Autoridade ou Disciplina Militar”, o que pode apresentar, em princípio, que a conduta seria uma transgressão disciplinar. Entretanto, o legislador fez a opção por tipificá-la como crime. A desclassificação de uma conduta tipificada como crime para uma mera transgressão disciplinar, *in casu*, afrontaria o próprio texto constitucional, de modo a fragilizar os pilares que sustentam a instituição a qual incube a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (art. 142 da CF/1988)³⁹.

³⁸ FARIA, Marcelo Uzeda de. **Direito Penal Militar**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, p. 80.

³⁹ HC 133653, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, PUBLIC 13-12-2016.

De acordo com Célio Lobão:

(...) crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados a destinação constitucional das instituições militares, as suas atribuições legais, ao seu funcionamento, a sua própria existência, e no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção a autoridade militar e ao serviço militar⁴⁰.

É necessário destacar que nem toda conduta tipificada na parte especial do CPM, configura-se como crime militar. Tal conduta deve se realizar conforme as condições específicas contidas no art. 9º ou 10, utilizando os critérios em razão da pessoa, em razão do local, ou, ainda, em razão da matéria. Caso sejam preenchidas as condições do art. 9º ou 10, porém se a conduta não estiver tipificada na parte especial do CPM, não se caracterizará o crime militar, como acontece no caso de abuso de autoridade praticado por militar, por conta do serviço, mesmo em local sujeito a administração militar. Tal comportamento será enquadrado como crime comum por não estar tipificado na parte geral do CPM⁴¹.

A lei penal militar amarra-se a critérios pontuais para enumerar os crimes militares. Dessa maneira, ao entender como crime militar o fato tipificado nas duas legislações penais (comum ou militar), por ter sido praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, conforme a alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM, o legislador orientou-se por uma concepção *ratione personae* (em razão da pessoa), ao mesmo tempo em que na alínea “d” do mesmo inciso assumiu a postura do critério *ratione temporis* (em razão do prazo), já que tornou militar o crime praticado por militar da ativa contra civil, reformado ou militar da reserva, durante o período de manobra ou exercício.

Os delitos militares podem ser considerados próprios (autenticamente militares), quando possuem previsão única e tão somente no Código Penal Militar, sem

⁴⁰ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar atualizado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 46.

⁴¹ CARVALHO, Alexandre Reis de. **A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar**. 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7301/a-tutela-juridica-da-hierarquia-e-da-disciplina-militar/3>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

correspondência em qualquer outra lei, particularmente no Código Penal, destinado à sociedade civil. Eles somente podem ser cometidos por militares, e nunca por civis. Já os crimes militares impróprios são os que possuem dupla previsão, ou seja, tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal comum, ou legislação similar. Como exemplos de cada, pode-se destacar o crime de deserção, que só encontra previsão no CPM (art. 187), pois somente o militar pode cometê-lo, considerado crime militar próprio; o crime de homicídio é previsto tanto no CPM (art. 205) quanto no CP (art. 121), pois tanto militares quanto civis podem praticá-lo, considerado crime militar impróprio⁴². O crime de deserção será aprofundado no próximo tópico deste trabalho.

Quando se trata da tutela da hierarquia e disciplina pela Justiça militar, referente a crime, Celio Lobão destaca que "as ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à desatinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar e ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar" ⁴³, deixando claro que esses dois pilares são bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, porém, nem sempre eles serão o bem jurídico protegido em várias normas da parte especial do CPM.

A Pátria é o maior bem jurídico para o militar, superior a sua própria vida. Assim, um mesmo fato ocorrido pode possuir valor diferente quando aplicáveis ao militar e ao cidadão comum. Nessas circunstâncias que surge a necessidade da existência de normas especiais para tutelar os fatos que envolvem a administração militar, sendo essa a razão porque os membros das Forças Armadas formam uma classe peculiar de servidores da Pátria. A violação dos referidos deveres e obrigações militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específica⁴⁴.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁴³ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar atualizado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 46.

⁴⁴ DECRETO Nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

2.2 DESERÇÃO

O crime de deserção é classificado como crime militar próprio, uma vez que somente militares podem cometer esse delito. É considerado um dos crimes mais tradicionais da vida militar, estando previsto no art. 187, do Código Penal Militar:

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.

No crime de deserção, o sujeito ativo é somente o militar. De acordo com o STM, “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 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”⁴⁵. A deserção é não somente crime próprio, típico do militar, mas também de mão própria, onde o autor realiza pessoalmente a conduta. Não existe a possibilidade de se valer de interposta pessoa para tanto; pode haver, no entanto, participação, mas não coautoria.

Fazendo uma analogia à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), a falta injustificada ao trabalho por parte do agente, em um período superior a trinta dias, acarreta somente a rescisão contratual de trabalho, ocorrendo a despedida por justa causa do funcionário, caracterizado pelo desempenho das atividades com negligência, imprudência, desleixo e má vontade, dentre outros⁴⁶. Nesse caso, as consequências para o funcionário despedido serão apenas pecuniárias, devido à não concessão de algumas verbas trabalhistas, bem diferente do que ocorre no âmbito castrense, como

⁴⁵ Ap.0000205-37.2010.7.05.0005 – PR, Plenário, rel. Marcos Martins Torres, 31/05/2012.

⁴⁶ SARAIVA, Renato; TONASSI; Rafael; LINHARES, Aryanna. **Direito e Processo do Trabalho**. 16. ed. Salvador: Juspodivum, 2017, p. 133.

pode ser vista em jurisprudência do STM: “A exclusão do militar ausente injustificadamente por mais de oito dias não implica licenciamento da Força, mas sujeita-o à prisão e a processo por deserção, tudo em conformidade com a norma constitucional vigente. Estando em curso o processo de deserção e incorrendo o militar em nova ausência delituosa, o feito ficará suspenso até que o acusado venha a ser reincluído”⁴⁷.

Não há que se comparar o crime de Deserção com crimes de menor potencial ofensivo, bem como aplicar-lhe institutos de Direito Penal comum, considerando a gravidade desse crime no âmbito castrense⁴⁸.

É considerado um crime doloso, pois aparece presente o elemento subjetivo específico implícito, consistente na vontade de abandonar a unidade militar. Mesmo a ausência por mais de oito dias, não existindo o intuito de abandono, não há configuração do delito. Não se pune a forma culposa⁴⁹. Segundo Célio Lobão, o elemento subjetivo do crime de deserção “é a vontade livre e consciente do militar de ausentar-se, além do prazo previsto na lei, da unidade onde serve ou do local onde deve permanecer na prestação do serviço militar”⁵⁰.

O crime de deserção tem suas origens no direito romano. O desertor naquela época era o militar que sem permissão se ausentava e somente retornava a sua unidade militar capturado. Já o militar ausente que se apresentava voluntariamente era chamado de emansor. No Brasil, a deserção sempre existiu nas diversas legislações militares editadas desde a época do Império. Hoje, está previsto no Código Penal Militar

⁴⁷ Correição Parcial 000182-64.2011.7.08.000182 – PA, Plenário, rel. Marcos Martins Torres, 18/05/2012.

⁴⁸ Jurisprudência STM: Ap. 0000098-97.2010.7.08.0008 – PA, Plenário, rel. José Coêlho Ferreira, 17/05/2012.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁰ LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2. ed. atual., Brasília: Brasília jurídica, 1999, p. 235.

em um capítulo que engloba os artigos 187 a 194, com penas que variam de 02 (dois) meses até 04 (quatro) anos de detenção ou reclusão, conforme o tipo penal. Em caso de guerra, as penas são aumentadas da metade e os respectivos prazos são diminuídos pela metade, salvo se a deserção se der em presença do inimigo. Nesse caso, o agente poderá ser condenado à reclusão por 20 (vinte) anos ou mesmo receber a pena de morte⁵¹.

Para que haja a consumação do crime de deserção é necessário, segundo o artigo 451, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, o transcurso dos oito dias da ausência do militar, ausência que se computa, para efeito da lavratura do termo de deserção, da zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar, não se fazendo necessária a captura do militar para que este seja considerado desertor, de acordo com o atual CPM.

No que se refere à natureza jurídica, a deserção é um crime gravíssimo do ponto de vista militar, pois atinge, diretamente, um de seus pilares básicos: a disciplina. Autores e jurisprudência se revezam, ora entendendo ser crime formal e ora como crime de mera conduta, ou ainda como formal e de mera conduta ao mesmo tempo e, por fim, um último entendimento afirma ser a deserção, crime formal, instantâneo e de mera conduta⁵². Referente a esse tema, para Jorge César de Assis:

“É permanente porque a consumação se prolonga no tempo e somente cessa quando o desertor se apresenta ou é capturado. E é de mera conduta (ou de simples atividade) porque se configura com a ausência pura e simples do militar, além do prazo estabelecido em lei, sem necessidade que da sua ausência decorra qualquer resultado naturalístico. A lei contenta-se com a simples ação (deserção) ou omissão (indeferimento) do agente”⁵³.

⁵¹ ROCHA, Eduardo Biserra. **Apontamentos sobre o crime de deserção**. 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13213/apontamentos-sobre-o-crime-de-desercao>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

⁵² SIQUEIRA, Helena Guerreiro Silva Cavalcanti. **Apontamentos sobre o crime de deserção**. Revista Direito Militar, n. 88, 2011, p. 23.

⁵³ ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: Comentários-Doutrina-Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores**. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004, p.343.

Relativo à aplicação do crime de deserção a militares estaduais e distritais, Rafael Pereira de Albuquerque entende que é inaplicável, defendendo que policiais e bombeiros militares não seriam militares para efeitos de aplicação da lei penal militar⁵⁴. No sistema jurídico piramidal brasileiro, a norma infraconstitucional não possui força para mitigar a Constituição Federal. Assim, a compreensão constitucional prevalece sobre o art. 22 do CPM. De maneira geral, o tipo penal militar atinge o fator essencial para que uma tropa armada exerça o seu dever: a presença do militar quando ele é fundamental⁵⁵. Na hipótese de paralisação por greve dos policiais militares ou dos bombeiros militares (o que já é considerado inconstitucional), a consequência legal é o processamento por deserção dos militares que ultrapassaram o prazo de oito dias ausentes de suas atividades (prazo de graça) ou quando as suas condutas configurarem deserção especial (art. 190, CPM).

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 a comando militar da região, distrito ou zona⁵⁶.

Referente à prescrição no crime de deserção, ela está prevista no art. 125, inciso VI, do CPM, onde, salvo o disposto no § 1º do mesmo artigo, a prescrição da ação penal será regulada pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, sendo definida em quatro anos, posto que a deserção se enquadra na hipótese de ter a pena máxima igual a um ou ano ou, sendo superior, não exceder a dois. Simultaneamente, no art. 132 do CPM, mesmo depois de decorrido o prazo prescricional, persistira a punibilidade que só será extinta quando o desertor completar

⁵⁴ ALBUQUERQUE, Rafael Pereira de. **PoliciaL e bombeiro não responder por deserção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1561, 2007.

⁵⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 1095.

⁵⁶ Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

45 anos de idade; caso seja oficial, a idade será de 60 anos. Nesses casos o desertor não poderá mais ser capturado, por força da extinção da punibilidade, considerando que não há mais motivo para a persecução criminal. Caso seja, caberá *habeas corpus*.

Ementa: Crime de deserção. Prazo prescricional. Interpretação da regra especial ínsita no art. 132, do CPM, que tem por destinatário o trãnsfuga, o que permanece na condição de desertor. Apresentando-se, o agente, ou sendo capturado, passa à qualidade de réu em delito de deserção, sendo lhe aplicável a regra geral prevista no art. 125, VII, do CPM. Acolhida a preliminar arguida pelo Relator, tendo sido declarada, *in casu*, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva. Decisão Majoritária. (Apelação n. 47.312-4 - PR – Rel., Min. Gen. Ex. Wilberto Luiz Lima)⁵⁷.

Ao tratar de crimes militares, o princípio da insignificância se torna pouco viável, principalmente por conta da importância do bem jurídico tutelado, destacando-se a hierarquia e a disciplina. Logo o desertor não tem como justificar a sua conduta baseado em tal princípio. Abandonar o posto ou o serviço militar é uma ofensa à instituição e ao Estado, salvo se houver fato justificável, na forma de excludente de ilicitude (estado de necessidade, por exemplo) ou de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa)⁵⁸.

De acordo com o STF:

É relevante e reprovável a conduta de um militar que abandona o serviço militar, apesar do dever de cumpri-lo até seu desligamento na forma legalmente estabelecida, o que demonstra desrespeito às leis e às instituições castrenses de seu País. III – O crime de deserção ofende aos princípios da hierarquia e da disciplina, preceitos constitucionais sobre os quais se fundam as Forças Armadas, constituindo a ausência injustificada de militares ilícito penal, na medida em que a ofensa ao bem jurídico tem impacto direto sobre o efetivo militar e as bases de organização das Forças Armadas⁵⁹.

⁵⁷ SIQUEIRA, Helena Guerreiro Silva Cavalcanti. **Apontamentos sobre o crime de deserção**. Revista Direito Militar, n. 88, 2011, p. 25.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁵⁹ HC 118.255-PR, 2ª. T., rel. Ricardo Lewandowski, 19.11.2013.

Encerrando esta análise sobre o crime de deserção, fica o entendimento de Célio Lobão⁶⁰, por meio da obra de Jorge César de Assis:

“Se a lei penal comum considera como crime o fato de o funcionário público civil abandonar o cargo, com maior razão o Direito Penal Militar contempla, no elenco dos fatos delituosos, a ausência do militar por mais de oito dias, sem a devida autorização, levando em conta a relevância do cargo exercido pelo funcionário público militar, bem como a necessidade de preservar a disciplina que sofreria dano sério, com o afastamento injustificado dos militares, a seu bel-prazer, das unidades em que servem, afetando, inclusive, a própria segurança do organismo militar e mesmo da própria Nação”.

⁶⁰ Apud ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. 3ª. ed. Curitiba: Juruá. 2005. V2.

3. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (*SURSIS* PENAL)

3.1 CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

O termo *sursis*, conforme Basileu Garcia, é um substantivo masculino que significa suspensão, sendo correlato do verbo *surseoir* – suspender, de inspiração belga-francesa⁶¹. É o direito público subjetivo do réu de, preenchidos todos os requisitos legais, ter suspensa a execução da pena imposta, durante certo prazo e mediante determinadas condições⁶². Pode-se dizer ainda que é o instituto de política criminal que tem por objetivo reeducar o infrator sem antecedentes criminais e que não traga risco à sociedade, evitando assim, conduzi-lo à prisão, contanto que sua pena não ultrapasse a previsão legal.

Segundo Fragoso⁶³:

“As razões de ser do instituto são evidentes. Procura-se afastar da prisão o condenado primário, não perigoso, reconhecendo o efeito altamente nocivo do encarceramento, que degrada e humilha, favorecendo a reincidência. Busca-se através do *sursis*, facilitar a ressocialização do condenado, não o afastamento da família, do emprego e da comunidade em que vive. Trata-se da mais importante medida de política criminal incorporada ao nosso código”.

A aplicação da Suspensão Condicional da Pena encontra seu dispositivo legal nos artigos 77 ao 82 do Código Penal. A suspensão da execução da pena prevista no

⁶¹ GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo, Max Limonad. v. 1, t. II, p. 613.

⁶² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Volume 1. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 514.

⁶³ FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 362.

art. 77 estabelece que o juiz, ao proferir a sentença, deva observar os requisitos, diante da aceitação e do cumprimento por parte do apenado, que possibilitará a extinção e o desaparecimento da condenação, desde que não haja causa para revogação, durante o período estabelecido⁶⁴.

Art.77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no Art. 44 deste Código.

§1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício.

§2º - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão.

O *sursis* é reflexo da desconfiança na efetividade da pena restritiva de liberdade, especialmente àquela que se refere a períodos curtos e direcionadas a criminosos primários. O objetivo é não permitir que aquele condenado primário seja afastado do sistema prisional, como uma tentativa finalística de prevenção da reincidência. É uma forma de dar mais ênfase à ressocialização que no particular será desenvolvida e estimulada fora do ambiente prisional.

O *sursis* penal nasceu diante da clareza da falência do sistema carcerário como uma opção do legislador à pena privativa de liberdade. A sua natureza jurídica não é doutrinariamente pacífica, tratando-se, para uns, de substitutivo penal (como uma pena moral) e, para outros, como causa extintiva do delito e da ação.

⁶⁴ ALMEIDA, Vitor Santos e. **Aplicação do artigo 88 do Código Penal Militar em face dos princípios constitucionais – Sursis no CPM.** 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29051/aplicacao-do-artigo-88-do-codigo-penal-militar-em-face-dos-principios-constitucionais#_ftn9>. Acesso em 27 Nov. 2018.

3.2 ESPÉCIES, REQUISITOS E CAUSAS DE REVOGAÇÃO

De acordo com Ricardo Antônio Andreucci⁶⁵, o *sursis* apresenta quatro espécies:

a) *Suspensão simples*, prevista no art. 78, § 1º, do CP, em que o condenado, no primeiro ano do período de prova, deverá prestar serviços à comunidade, ou submeter-se à limitação de fim de semana;

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas.

(...)

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

§ 1º - No primeiro ano do prazo, deverá o condenado prestar serviços à comunidade (art. 46) ou submeter-se à limitação de fim de semana (art. 48)⁶⁶.

b) *Suspensão especial*, prevista no art. 78, § 2º, do CP, em que o condenado, se houver reparado o dano e as circunstâncias judiciais do art. 59 lhe forem favoráveis, poderá ter substituídas a prestação de serviços à comunidade e a limitação de fim de semana por outras circunstâncias enumeradas em lei;

Art. 78 - Durante o prazo da suspensão, o condenado ficará sujeito à observação e ao cumprimento das condições estabelecidas pelo juiz.

(...)

§ 2º Se o condenado houver reparado o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, e se as circunstâncias do art. 59 deste Código lhe forem inteiramente favoráveis, o juiz poderá substituir a exigência do parágrafo anterior pelas seguintes condições, aplicadas cumulativamente:

a) proibição de frequentar determinados lugares;

⁶⁵ ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 180.

⁶⁶ Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

- b) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz
- c) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Art. 79 - A sentença poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do condenado⁶⁷.

c) *Suspensão etária*, ou “*sursis*” *etário*, prevista no art. 77, § 2º, do CP, em que o condenado é maior de 70 anos à data da sentença concessiva. O *sursis*, nesse caso, pode ser concedido desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 4 anos, sendo o período de prova de 4 a 6 anos;

Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que:

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso;

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício;

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão⁶⁸.

d) *Suspensão humanitária*, ou “*sursis*” *humanitário*, prevista no art. 77, § 2º, *in fine*, do CP, em que as razões de saúde do condenado justificam a suspensão. O *sursis*, também nesse caso, pode ser concedido desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 4 anos, sendo o período de prova de 4 a 6 anos.

Referente aos requisitos do *sursis*, existem dois tipos:

a) *Requisitos de natureza objetiva*, que dizem respeito à qualidade e quantidade da pena;

⁶⁷ Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

⁶⁸ Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

- quanto à qualidade da pena, somente a pena privativa de liberdade admite a suspensão;

- quanto à quantidade da pena, esta não pode ser superior a 2 anos, ainda que resulte do concurso de crimes;

b) *Requisitos de natureza subjetiva*, que dizem respeito aos antecedentes judiciais do condenado e às circunstâncias judiciais do fato;

- com relação aos antecedentes judiciais do condenado, é necessário que não seja reincidente em crime doloso;

- com relação às circunstâncias judiciais, é necessário que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, autorizem a concessão do *sursis*.

Da mesma maneira, para que se conceda o *sursis* ao condenado, não pode ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Quando ocorre o descumprimento das condições impostas na sentença, abre a possibilidade de revogação do *sursis*, o qual o benefício é cassado. Como consequência, o beneficiário deverá cumprir a pena suspensa integralmente⁶⁹.

Além das causas que revogam obrigatoriamente o *sursis*, há as que podem gerar, a critério do juiz, a revogação do benefício. As causas de revogação obrigatória estão previstas nos incisos do art. 86 do CPM⁷⁰:

Art. 86. A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I - é condenado, por sentença irrecorrível, na Justiça Militar ou na comum, em razão de crime, ou de contravenção reveladora de má índole ou a que tenha sido imposta pena privativa de liberdade;

II - não efetua, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III - sendo militar, é punido por infração disciplinar considerada grave.

⁶⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 553.

⁷⁰ Decreto Lei nº 1.001 de 21 de Outubro de 1969.

Para que a suspensão seja revogada é obrigatório que o beneficiário seja condenado em virtude de crime (doloso ou culposo) ou então de contravenção reveladora de má índole (subjetivamente; cabe ao juiz valorar tal condição) ou apenada com prisão simples. A não reparação do dano revoga o *sursis*, porém, para que tal efeito seja verificado, é necessário que o condenado seja solvente, como consigna o Código Penal comum.

Além das causas do art. 86 do CPM, enumeram-se duas outras que não tratam propriamente de causas de revogação, mas de causas que evitam o início do benefício, sendo também apontadas como causas de revogação obrigatória. Estão presentes nos artigos 612 e 613 do Código de Processo Penal Militar⁷¹:

Art. 612. Se, intimado pessoalmente ou por edital, com o prazo de dez dias, não comparecer o réu à audiência, a suspensão ficará sem efeito e será executada imediatamente a pena, salvo prova de justo impedimento, caso em que será marcada nova audiência.

Art. 613. A suspensão também ficará sem efeito se, em virtude de recurso interposto pelo Ministério Público, for aumentada a pena, de modo que exclua a concessão do benefício.

O § 1º do artigo 86 do CPM traz o caso de revogação facultativa, que ocorre quando o beneficiário descumpre outras condições da sentença diversas das obrigatórias. Tal dispositivo é complementado pelo § 1º do art. 614 do CPPM⁷², que estabelece:

“§ 1º - A suspensão poderá ser revogada, se o beneficiário
a) deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença;
b) deixar de observar obrigações inerentes à pena acessória
c) for irrecorrivelmente condenado a pena que não seja privativa da liberdade.”

Também como efeito da revogação facultativa tem-se o cumprimento integral da pena.

⁷¹ Decreto Lei nº 1.002 de 21 de Outubro de 1969.

⁷² Decreto Lei nº 1.002 de 21 de Outubro de 1969.

Há também os casos em que, embora preenchidos os requisitos, não será possível a aplicação do benefício, sendo essa uma diferença notável em relação ao Direito Penal comum. É o caso do art. 88 do CPM combinado com o art. 617 do CPPM, onde veda a concessão de *sursis* em caso de crime cometido em tempo de guerra e para determinados crimes militares em tempo de paz, enumerados no inciso II do art. 88 do CPM⁷³. Este será o assunto do próximo capítulo deste trabalho.

⁷³ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 555.

4. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO *SURSIS* PENAL NO CRIME DE DESERÇÃO

O *sursis* posto em prática tanto pelas Justiças Penais comum e militar possuem o mesmo fim, isto é, afastar o condenado do cárcere, contanto que ele não tenha antecedentes criminais e não leve risco para a sociedade, possibilitando assim o seu vínculo social e facilitando sua reabilitação imediata. Nas duas justiças em questão, o *sursis* afeta diretamente a execução da pena privativa de liberdade, que quando atendidas certas condições legais restará suspensa por certo período de tempo que, depois de superado, extinguirá a pena.

A especialização deste ramo do direito sujeita o militar, devido às peculiaridades da sua atividade profissional, a diversos regimentos, principalmente no que diz respeito à integridade dos princípios da hierarquia e da disciplina, bens tutelados por esta justiça especializada, como pode ser visto, por exemplo, no Código de Ética e Disciplina dos Militares do Estado de Minas Gerais⁷⁴:

Art.6º – A hierarquia e a disciplina constituem a base institucional das IMEs.

§1º – A hierarquia é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das IMEs.

§2º – A disciplina militar é a exteriorização da ética profissional dos militares do Estado e manifesta-se pelo exato cumprimento de deveres, em todos os escalões e em todos os graus da hierarquia, quanto aos seguintes aspectos:

I – pronta obediência às ordens legais;

II – observância às prescrições regulamentares;

III – emprego de toda a capacidade em benefício do serviço;

IV – correção de atitudes;

V – colaboração espontânea com a disciplina coletiva e com a efetividade dos resultados pretendidos pelas IMEs.

⁷⁴ Lei N° 14.310, de 19 de Junho de 2002.

O professor José dos Santos Carvalho Filho⁷⁵ deixa bem claro a importância desses institutos para a vida militar na seguinte passagem:

“A disciplina funcional resulta do sistema hierárquico. Com efeito, se aos agentes superiores é dado o poder de fiscalizar as atividades dos de nível inferior, deflui daí o efeito de poderem eles exigir que a conduta desses seja adequada aos mandamentos legais, sob pena de, se tal não ocorrer, serem os infratores sujeitos às respectivas sanções”.

A impossibilidade de aplicação do *sursis* abrange aos crimes destacados no art. 88 do CPM⁷⁶, independentemente se a pena que incide ao crime cometido atende o requisito para a aplicação desse instituto, ou seja, que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos:

Art.88. A suspensão condicional da pena não se aplica:

I - ao condenado por crime cometido em tempo de guerra;

II - em tempo de paz:

a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, ou de deserção;

b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, ns. I a IV.

Tal artigo do Código Penal Militar deixa claro que a suspensão condicional da pena não será empregada em tempo de guerra e nem em tempo de paz, quando o crime afrontar a segurança nacional, por aliciação e incitamento, violência contra superior, oficial de dia, sentinela, vigia ou plantão, desrespeito a superior e desacato, insubordinação ou deserção. De forma idêntica, o *sursis* não será aplicado nos crimes de desrespeito a superior, desrespeito a símbolo nacional, despojamento desprezível, pederastia e receita ilegal, tipos previstos nos artigos 160, 161, 162, 235, 291 e parágrafo único, I a IV, do Código Penal Militar.

⁷⁵ FILHO, José Carvalho dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 55.

⁷⁶ Decreto-lei nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969.

Para alguns autores, a proibição do *sursis* no crime de deserção em tempo de paz, tal como outros delitos, ferem o princípio da individualização da pena e, sobretudo, o da proporcionalidade, principalmente pelo dano mínimo causado pelo delito e, portanto, há uma desproporção à sanção aplicada. O professor Jorge C. de Assis pensa dessa maneira, ao defender a incompatibilidade do art. 88, inciso II, do CPM, na aplicação do *sursis* e a não recepção desse postulado pela a CF/88:

Atualmente fica cada vez mais difícil defender a restrição ao benefício do *sursis* em tempo de paz.

Com efeito, os Membros e Servidores do Ministério Público Militar reunidos em Porto Alegre-RS, entre 12 e 14.05.2009, concluíram por maioria que “a vedação à suspensão condicional da pena, prevista no inc. II do art. 88 do CP militar viola o princípio constitucional da individualização da pena”

De lá pra cá passamos a entender a não recepção do citado dispositivo pela Carta Magna, inclusive por ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, e assim tem sido declarado pelo Conselho de Justiça de 3ª Auditoria da 3ª CJM. Nesse sentido, o processo 511/09-0, julgado em 18.05.2009 e, processo 502/08-3, julgado em 01.10.2009⁷⁷.

Com um entendimento contrário ao citado anteriormente, Cícero Neves e Marcelo Streifinger classificam a exceção ao benefício do *sursis* como medida de política criminal adotada pelo legislador, constituindo-se na convicção de que os tipos penais militares elencados ferem com bruscamente a disciplina e a hierarquia, conforme se verifica na Apelação Criminal n. 2.170, do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, julgada em 03 de maio de 2001, funcionando como Relator o Juiz Cel. PM Jair Gonçalves Coutinho:

O crime de deserção é um crime formal, que independe do resultado, caracterizando-se pela ausência sem licença, pela extinção do prazo de graça e pelo rompimento da ligação entre o agente e a instituição militar. A não concessão da suspensão condicional da pena, por vedação expressa de dispositivos dos Código Penal Militar e Processual Penal Militar, não fere princípio constitucional, sendo apenas uma medida de política criminal, adotada

⁷⁷ ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar: Comentários, doutrina, jurisprudências dos tribunais militares e tribunais superiores**. 7ª ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 209.

pelo legislador para os crimes que atingem gravemente a ordem e a disciplina militares⁷⁸.

Sempre é destacável que a Justiça Militar encontra amparo na hipótese de defesa da Pátria, de seus princípios disciplinadores e das Instituições Militares, os quais se resumem no respeito, sobretudo da hierarquia e disciplina militar. Tal organismo militar atua fielmente, segundo obediência hierárquica e disciplinar imposta aos seus homens, mostrando-se, nos momentos necessários, capaz de superar a própria individualidade na defesa de seus interesses, bem como da manutenção da lei e da ordem⁷⁹.

A aplicação dos princípios militares na ordem jurídica brasileira está regulada na Lei 6.880/80, onde, em seu artigo 14, dispõe que “a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.” Dessa forma, tais fundamentos institucionais, além de serem pilares do Direito Militar e da rotina castrense, também se colocam como poder-dever de punir, uma vez que, pela disciplina severa e pelos deveres exigidos pelos militares, considera-se a desobediência e insubordinação grave ofensa às Instituições Militares e à Pátria.

Só a disciplina mantém a coesão, possibilita a vitória sobre o medo. Só o respeito à hierarquia impede que alguém armado se transforme em uma besta-fera ou em um covarde ao ver companheiros caindo, explosões se sucedendo, gritos, desespero. São antigos os códigos legais relativos aos militares. Desde há muito tornou-se imprescindível que houvesse leis especiais que punam com rigor a deslealdade, a covardia, a rebelião, o medo. Como em qualquer agrupamento humano, encontra-se no meio militar bons (grande maioria) e maus elementos. Tal como na vida em sociedade de civis, é essencial coibir por meio das leis, processos, julgamentos e sentenças pré-codificados a ação do malfeitor no permanente interesse do bem comum⁸⁰.

⁷⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1021.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de Ilícitude**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 21.

⁸⁰ CONFORTO, Sérgio Alves. **A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas**. STM em Revista: Justiça Militar da União. Ano 2. nº 2. Jul-Dez de 2005, p 8.

Tais proibições previstas no Código Penal Militar têm então, por objetivo, desestimular a prática de crimes que atinjam diretamente as bases das instituições militares: a hierarquia e a disciplina. Embora parte da doutrina seja a favor da inconstitucionalidade das vedações vistas anteriormente, o STM tem entendimento contrário:

É pacífico o entendimento no âmbito desta Corte Castrense no sentido da constitucionalidade na proibição da suspensão condicional da pena em determinados crimes propriamente militares, não havendo por isso, qualquer ofensa aos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena⁸¹.

Da mesma forma, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu ser incabível com a concessão do benefício da suspensão condicional da pena aos condenados pelo crime de deserção. Por maioria dos votos, os ministros declararam recepcionadas pela Constituição Federal de 1988 a alínea “a” do inciso II do artigo 88 do CPM e a alínea “a” do inciso II do artigo 617 do CPPM, que vedam o *sursis* aos apenados pela prática desse delito, encerrando qualquer dúvida que ainda pairasse a respeito desse tema.

Direito Penal Militar. Vedação do *sursis*. Crime de deserção. Compatibilidade com a Constituição Federal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. Nesse sentido, há o precedente de que cuida da suspensão condicional do processo relativo a militar responsabilizado por crime de deserção (HC nº 99.743, Pleno, Rel. Min. Luiz Fux). 2. Com efeito, no próprio texto constitucional, há *discrímen* no regime de disciplina das instituições militares. Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente. Ou seja, deve-se preservar o afastamento da suspensão condicional da pena por ser opção política normativa. 3. Em consequência, entende-se como recepcionadas pela Constituição as normas previstas na alínea “a” do

⁸¹ STM, Ap 0000048-72.2011.7.03.0203-RS, j.06.09.2012, DJ 10.10.2012, rel. Min Marcos Martins Torres Apud ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015, p. 916.

inciso II do artigo 617 do Código de Processo Penal Militar. 4. Denegação da ordem de habeas corpus. (STF – HC 119567/RJ; HABEAS CORPUS; Relator: Min. DIAS TOFFOLI; Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO; Julgamento: 22/05/2014; Órgão Julgador: Tribunal Pleno)⁸².

⁸² PRESTES, Fabiano Caetano, GIULIANI, Ricardo Henrique Alves e NASCIMENTO, Mariana Lucena. **Direito Penal Militar Parte Geral e Especial**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2017, p. 142.

5. CONCLUSÃO

Embora exista a impossibilidade de aplicação do *sursis* no crime de deserção oriundos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, a questão não se dá por encerrada no campo doutrinário. Várias críticas tratam a matéria como inconstitucional e afirmam que tal posicionamento é um desvio legal, pelo fato de se encontrar repleto de contradições referentes à princípios básicos constitucionais.

Porém, o entendimento que formou relativo a aplicabilidade do *sursis* penal ao crime de deserção não deve se alterar, visto que a própria Carta Magna trata os militares de forma especial e específica. A profissão militar exige que o particular a este regime submetido tenha posturas diferentes das esperadas do cidadão comum, por conta das peculiaridades da própria formação profissional.

A profissão militar é peculiar, pois possui regras específicas e exige do servidor a incansável atenção, portanto, todos os seus atos estarão sujeitos à responsabilidade civil, penal e administrativa. Ao se tornar militar, a proteção à Pátria assume posto maior que os anseios pessoais, fazendo com que sacrifícios sejam rotina no seu dia a dia.

O desertor pratica, com sua atitude faltosa, ofensa na forma direta e indireta à Instituição. A forma direta caracteriza-se pela falta ao serviço, porém afronta os pilares básicos das instituições militares: a hierarquia e disciplina.

O militar que pratica a deserção agride diretamente o militarismo, o respeito à hierarquia e à disciplina, aos seus subordinados, pares, superiores e, por fim, à sociedade, razão de ser do sistema jurídico. Em atenção à função da pena de desestimular a reincidência ou a prática da mesma conduta ilegal por outros indivíduos, é obrigação do Direito Penal Militar trabalhar no sentido de coibir, especialmente, a prática de condutas que resultem em consequências tão danosas para as instituições e para o militarismo, em sua essência.

Conclui-se então no que diz respeito ao crime de deserção e à sua configuração, pelo reconhecimento das consequências e das repercussões simbólicas, que prima-se pela inaplicabilidade do benefício da suspensão condicional da pena (*sursis* penal).

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Rafael Pereira de. **Policial e bombeiro não responder por deserção**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1561, 2007.

ALMEIDA, Vitor Santos e. **Aplicação do artigo 88 do Código Penal Militar em face dos princípios constitucionais – Sursis no CPM**. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/29051/aplicacao-do-artigo-88-do-codigo-penal-militar-em-face-dos-principios-constitucionais#_ftn9>. Acesso em 27 Nov. 2018.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015.

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 6 ed. Curitiba: Juruá, 2008.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral, 1**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e justiças militares: inabaláveis princípios e fins**.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal. Volume 1. Parte Geral**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Alexandre Reis de. **A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar**. 2005. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/7301/a-tutela-juridica-da-hierarquia-e-da-disciplina-militar/3>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

CHAVES JÚNIOR, Edgard de Brito, apud ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar**.

CONFORTO, Sérgio Alves. **A importância da Justiça Militar da União na preservação da hierarquia e da disciplina nas Forças Armadas**. STM em Revista: Justiça Militar da União. Ano 2. nº 2. Jul-Dez de 2005.

CORRÊA, Univaldo. **A evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos**. In: **Direito militar: história e doutrina – artigos inéditos**. Florianópolis: Amajme, 2002.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

FARIA, Marcelo Uzeda de. **Direito Penal Militar**. 5. ed. Salvador: Juspodivm.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25 ed., ver., São Paulo: Saraiva, 1999.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. **Excludentes de Ilícitude**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

FILHO, José Carvalho dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 11^a ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FRAGOSO, Heleno Claudio. **Lições de Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GARCIA, Basileu. **Instituições de Direito Penal**. 6. ed. São Paulo, Max Limonad. v. 1, t. II.

GIORDANI, Mário Curtis. **Direito Penal Romano**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 1987.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 2 ed., atual., Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999.

MICHAEL, Lothar; MORLOK, Martin Apud SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORETTI, Roberto de Jesus. **Momento Histórico do Direito Penal Militar**, 17 de Nov. 2016. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/memento-histórico-de-direito-penal-militar-roberto-de-jesus-moretti>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PRESTES, Fabiano Caetano, GIULIANI, Ricardo Henrique Alves e NASCIMENTO, Mariana Lucena. **Direito Penal Militar Parte Geral e Especial**. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Eduardo Biserra. **Apontamentos sobre o crime de deserção**. 2009. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/13213/apontamentos-sobre-o-crime-de-desercao>>. Acesso em 26 de Nov. 2018.

ROMÃO, Célio Ferreira. **Direito e deveres dos militares**, Revista **Direito Militar**, AMAJME. 2009. nº 80.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

SANTOS, Gilmar Luciano. **Prática Forense para o Juiz Militar**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Inbradim, 2013.

SARAIVA, Renato; TONASSI; Rafael; LINHARES, Aryanna. **Direito e Processo do Trabalho**. 16. ed. Salvador: Juspodivum, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA, Helena Guerreiro Silva Cavalcanti. **Apontamentos sobre o crime de deserção**. Revista Direito Militar, n. 88. 2011.

VALLA, Wilson Odirley. **Deontologia Policial Militar – Ética Profissional**. 3. ed, Publicações Técnicas da Associação Vila Militar, Volume II, Curitiba, 2003.

YACOBUCCI, Guillermo. **El sentido de los principios penales**. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolpho Depalma, 2002.

Ap.0000205-37.2010.7.05.0005 – PR, Plenário, rel. Marcos Martins Torres, 31/05/2012.

Correição Parcial 000182-64.2011.7.08.000182 – PA, Plenário, rel. Marcos Martins Torres, 18/05/2012.

Decreto Lei nº 1.002 de 21 de Outubro de 1969.

Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002.

Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969.

HC 118.255-PR, 2ª. T., rel. Ricardo Lewandowski, 19.11.2013.

HC 133.653, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, PUBLIC 13-12-2016.

Jurisprudência STM: Ap. 0000098-97.2010.7.08.0008 – PA, Plenário, rel. José Coêlho Ferreira, 17/05/2012.

Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940.

Lei nº 6.880, de 09.12.1980.

Lei nº 14.310, de 19 de Junho de 2002.

STM, Ap 0000048-72.2011.7.03.0203-RS, j.06.09.2012, DJ 10.10.2012, rel. Min Marcos Martins Torres. Apud ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. **Direito Penal Militar Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015.