

Em tempos de cada vez mais rotineiras e intensas relativizações de direitos fundamentais e garantias constitucionais dos acusados na justiça criminal brasileira, mostra-se essencial o estudo de institutos basilares à estruturação de um processo penal democrático. A infindável tensão entre garantias e celeridade se mostra cada vez mais inclinada a um dos polos, qual seja, da busca por condenações instantâneas e culpados inquestionáveis. Portanto, o presente livro reúne escritos acerca de temas intrinsecamente relacionados à proteção de garantias constitucionais em meio à persecução penal estatal, tais como: estado de inocência, prisões cautelares (com enfoque direcionado às reformas de 2011 e ao projeto de reforma integral do Código de Processo Penal), ampla defesa, contraditório, provas no processo penal, direito de não produzir prova contra si mesmo, publicidade e sigilo, recursos e duplo grau de jurisdição, duração razoável do processo, imparcialidade do julgador, o prazo de graça na deserção militar e a coisa julgada penal.

ISBN 978-85-67595-46-7



Visite nossa loja virtual
www.lumenjuris.com.br

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

PROCESSO PENAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS



NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS
Organizadores

PROCESSO PENAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Estudos para um processo penal democrático

Ayrton Figueiredo Martins Júnior
Bruno Tadeu Buonicore
Caique Ribeiro Galícia
Caroline Araujo
Daniel Leonhardt dos Santos
Felipe Lazzari da Silveira
Gabriel Pinto Guedes
Henrique Saibro
Lisliê Carvalho Antonini
Livia Limas Santos
Marcelo de Vargas Scherer
Maurício Futryk Bohn
Miriam Luciana Freitas Elias
Nereu José Giacomolli
Rodrigo Silveira da Rosa
Vicente Cardoso de Figueiredo
Vinicius Gomes de Vasconcellos
Yuri Felix

 **LumenJuris** | Direito

LumenJuris Editora

www.lumenjuris.com.br

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Moraes da Rosa
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado
Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino

Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
Lúcio Antônio Chamon Junior
Luigi Bonizzato

Luis Carlos Alcoforado
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastrí Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Centro – Rua da Assembléia, 36,
salas 201 a 204.
CEP: 20011-000 – Centro – RJ
Tel. (21) 2224-0305

São Paulo (Distribuidor)
Rua Correia Vasques, 48 –
CEP: 04038-010
Vila Clementino – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

ORGANIZADORES

NEREU JOSÉ GIACOMOLLI
VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

PROCESSO PENAL E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Estudos para um processo penal democrático

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2014

Copyright © 2014 by Nereu José Giacomolli

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Categoria: Direito Público Processual

Produção Editorial

Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Ana Lúcia Morais

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pela originalidade desta obra.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio
ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime
(Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 10.695, de 1º/07/2003),
sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações
diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P963

Processo penal e garantias constitucionais : estudos para um
processo penal democrático / organizadores Nereu José
Giacomolli, Vinicius Gomes de Vasconcellos. – Rio de
Janeiro : Lumen Juris, 2014.

332 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-67595-46-7

1. Processo penal – Brasil. 2. Direitos fundamentais – Brasil.
I. Giacomolli, Nereu José II. Vasconcellos, Vinicius Gomes de

CDD- 345.8105

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	VII
CAPÍTULO I - ESTADO DE INOCÊNCIA	
Ayrton Figueiredo Martins Júnior	1
CAPÍTULO II - LIBERDADE E PRISÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL.	
Caíque Ribeiro Galícia	29
CAPÍTULO III - O PROJETO DE REFORMA DO CÓDI- GO DE PROCESSO PENAL QUANTO ÀS CAUTELARES PESSOAIS DIVERSAS DO ENCARCERAMENTO	
Nereu José Giacomolli	
Henrique Saibro	45
CAPÍTULO IV - AMPLA E PLENA DEFESA: CONTEÚ- DO, FUNÇÃO E CONCRETIZAÇÃO.	
Gabriel Pinto Guedes	71
CAPÍTULO V - O DIREITO À PROVA NO PROCESSO PENAL	
Caroline Araujo	89
CAPÍTULO VI - <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E VERDADE NO PROCESSO PENAL	
Daniel Leonhardt dos Santos	
Lívia Limas Santos	109
CAPÍTULO VII - CONTRADITÓRIO E VELOCIDADE: DESAFIOS DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO NA SOCIEDADE COMPLEXA	
Bruno Tadeu Buonicore	
Yuri Felix	135

CAPÍTULO VIII - PUBLICIDADE, SIGILO E SEGREDO NO PROCESSO PENAL E SUAS IMPLICAÇÕES. Miriam Luciana Freitas Elias	155
CAPÍTULO IX - A PROBLEMÁTICA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO PENAL E SEUS CRITÉRIOS DE AFERIÇÃO COM BASE NAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL. Lisliê Carvalho Antonini	179
CAPÍTULO X - A IMPARCIALIDADE DO JUIZ NO PROCESSO PENAL E OS RISCOS DECORRENTES DA INFLUÊNCIA DA OPINIÃO PÚBLICA. Felipe Lazzari da Silveira	201
CAPÍTULO XI - DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL: O DIREITO AO RECURSO COMO POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO DA MOTI- VAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. Vinicius Gomes de Vasconcellos	219
CAPÍTULO XII - CONSIDERAÇÕES ACERCA DA COISA JULGADA NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO Rodrigo Silveira da Rosa Vicente Cardoso de Figueiredo	257
CAPÍTULO XIII - O PRAZO DE GRAÇA NA DESERÇÃO MILITAR: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO. Marcelo de Vargas Scherer Maurício Futryk Bohn	289

CAPÍTULO XIII

O PRAZO DE GRAÇA NA DESERÇÃO MILITAR: CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS À CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONSUMAÇÃO DO DELITO.

MARCELO DE VARGAS SCHERER⁵⁰⁸

MAURÍCIO FUTRYK BOHN⁵⁰⁹

1. INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por objeto precípuo o debate a respeito da contagem do prazo para a consumação do crime de deserção militar. Este é um tema que ainda merece maiores reflexões por parte da doutrina e dos operadores da justiça militar.

Para esse mister, nos valeremos, inicialmente, de breves considerações a respeito do crime de deserção mi-

508 Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Ciências Penais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Oficial do Exército Brasileiro.

509 Mestrando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Policial Militar (Brigada Militar/RS).

litar – temática já bastante explorada no âmbito da doutrina especializada – e, com especial atenção, quanto ao significado jurídico-normativo do verbo “ausentar-se” constante no artigo 187 do Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar).

Entendidas as nuances do crime de deserção, adentraremos no exame da contagem do prazo de graça, que nada mais é do que o lapso temporal previsto na lei penal militar, em que o militar está na condição de “ausente”, período que, superado, leva o agente à situação de “desertor”.

Em que pese possa parecer, a olhos leigos, um problema de menor monta, trata-se de questão de fundamental importância, pois o critério adotado para a contagem do prazo de graça poderá repercutir tanto na consumação ou não do delito, quanto na atenuante especial que beneficia o desertor – isto é, depois de consumado o delito - que se apresenta espontaneamente. A quantidade de diminuição da pena dependerá do lapso temporal decorrido, se maior ou menor, da apresentação voluntária (conforme art. 189, inciso I, do CPM).

Embora seja a contagem regulada no artigo 451, §1º, do Decreto-lei nº 1.002 de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), com a redação dada pela lei nº 8.236/91, a divergência persiste. E pretendemos demonstrar, no curso do ensaio, que esse dispositivo processual penal, além de se valer de latente atecnia na regulação da contagem do prazo de graça, pode ter violado o princípio da legalidade penal, na medida em que desconsiderou a tipicidade penal do crime de deserção militar.

2. DO CRIME DE DESERÇÃO MILITAR: DA NATUREZA DO DELITO À NORMATIVIDADE DO VERBO “AUSENTAR-SE”

O delito de deserção militar é considerado um dos mais tradicionais da legislação militar. A doutrina especializada reputa a existência de três espécies de deserção no direito penal brasileiro: (i) deserção instantânea; (ii) deserção imprópria, e; (iii) deserção propriamente dita.⁵¹⁰

A deserção instantânea seria aquela em que o militar deixa de apresentar-se “no momento da partida de navio ou aeronave, de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve”. É a previsão do art. 190, do CPM.⁵¹¹

A deserção imprópria é aquela disposta no art.188, incisos I, II e III, do CPM.⁵¹² E se consuma sempre pela não apresentação do militar, dentro do prazo definido em lei, após o gozo de um afastamento legalmente autorizado.

Já a deserção propriamente dita, a qual é o objeto de nossa análise, está compreendida no art. 187 do có-

510 FERREIRA, Célio J. Lobão. O prazo de graça na deserção. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 5, ano III. p. 60-61, abr./set. 1976.

511 “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: (Redação dada pela Lei nº 9.764, de 18.12.1998)”

512 “Art. 188. Na mesma pena incorre o militar que: I - não se apresenta no lugar designado, dentro de oito dias, findo o prazo de trânsito ou férias; II - deixa de se apresentar a autoridade competente, dentro do prazo de oito dias, contados daquele em que termina ou é cassada a licença ou agregação ou em que é declarado o estado de sítio ou de guerra; III - tendo cumprido a pena, deixa de se apresentar, dentro do prazo de oito dias;” Abre-se um parêntese aqui para excluir o inciso IV das modalidades de deserção, visto nada ter em comum com essa figura delituosa, conforme se verifica: “IV - consegue exclusão do serviço ativo ou situação de inatividade, criando ou simulando incapacidade.” Ver FERREIRA, Célio J. Lobão. O prazo de graça na deserção. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 5, ano III. p. 61, abr./set. 1976.

digo repressivo castrense, assim delineada: "Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias".

Sustenta-se ser um delito que abala as instituições militares justamente pela diminuição da eficiência da tropa gerada pelo abandono da milícia por parte do militar.⁵¹³ Afirma-se ainda se tratar de crime propriamente militar, crime de mera conduta e permanente.⁵¹⁴ Há alguma doutrina que afirma, ainda, que o crime de deserção seria delito formal, bastando o simples transcurso do prazo legal (mais de oito dias) para a consumação do delito.⁵¹⁵ Tratar-se-ia, ainda, de ofensa aos bens jurídicos serviço e dever militar.⁵¹⁶

Não podemos descuidar, quando da análise do crime de deserção militar, de dois momentos fundamentais

513 Aqui pensamos que seja necessária uma maior reflexão no que diz respeito à perda da eficiência da tropa. Não negamos que em tese essa perda existe. No entanto é preciso confrontar, no caso concreto, a efetiva diminuição da força militar, já que sabemos que a ausência de um militar ao serviço, embora criadora de embaraços à administração, poderá (dependendo da natureza do serviço prestado pelo militar) ser facilmente solucionada com a substituição do militar ausente por outro, pela redistribuição de suas missões laborais ou poderá ocorrer, até mesmo, a não diminuição real de eficiência da tropa.

514 Por não ser essa classificação o objeto de nosso estudo, remeto o leitor, à priori no que versa à conceituação de crime propriamente militar - o que ainda demanda controvérsia na doutrina - à leitura de ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime propriamente militar. *Ajuris* - Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 61, ano XXI, p. 183-191, jul. 1994. De se ressaltar que olhamos com desconfiança para classificações de delitos como sendo de mera conduta ou delitos meramente formais, onde basta a mera correspondência formal do fato com a descrição típica, sem que se observe o fundamental para a existência de um ilícito-típico: a existência de um bem jurídico com dignidade penal e a efetiva ofensa a esse bem jurídico.

515 Conforme se vê em LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 152.

516 ROTH, Ronaldo João. Deserção: aspectos penais, processuais e administrativos. *Direito Penal Militar e Processual Penal Militar* - Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 143, jul./dez. 2004.

para a verificação da legitimidade do ilícito-típico, quais sejam: (a) a existência de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma, e (b) a efetiva ofensa, no caso concreto, ao bem jurídico tutelado.⁵¹⁷ Por suposto, nos parece que tem faltado à doutrina militar uma maior preocupação com a avaliação desses dois fatores sem os quais não se há de falar em crime.

Esmeraldino Bandeira⁵¹⁸ já sustentava que a ausência devia ser voluntária, isto é, em situações onde existentes força maior ou caso fortuito (obstáculos invencíveis de viagem, enfermidade etc) não se configuraria a deserção. A deserção deve ser prolongada no tempo, de modo a se distinguir da simples ausência, cujo tratamento é dado pelos regulamentos disciplinares. E além de voluntária e prolongada, teria de ser ilegal, excluindo-se portanto as hipóteses de ausência autorizada.

Para a consumação da deserção militar é necessário, portanto, além da superação do chamado prazo de graça (devendo este ser entendido como espécie de condescendência ou tolerância, geralmente presente nos códigos militares),⁵¹⁹ o ânimo do agente em abandonar a Força Militar a que serve. A inexistência de um ou outro é ge-

517 D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 106.

518 BANDEIRA, Esmeraldino O. T. *Curso de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 356.

519 O prazo de graça - de oito dias, conforme o art. 187 do CPM - é previsto no ordenamento jurídico brasileiro desde a Ordenança de abril de 1805. Cumpre dizer que o prazo de graça não é uniforme quando comparamos com os estipulados na legislação militar de outros países. Na França, por exemplo, o prazo é de 6 dias após constatada a ausência - para os que tem mais de três meses de serviço. E de um mês para os recém incorporados. Na Itália, a ausência de corpo por 5 dias completos sem autorização implicam de pleno direito o estado de deserção. Na Alemanha o prazo é de três dias. Na Bolívia o prazo é de três dias em tempo de guerra, seis dias em tempo de paz e de dez dias quando finda uma licença autorizada. No Chile o pra-

radora de atipicidade da conduta. Nosso entendimento, entretanto, não é unívoco.⁵²⁰

Pois bem, feitas essas considerações gerais acerca do crime em comento, cumpre alcançar o significado do verbo “ausentar-se” descrito no art. 187 do Código Penal Militar, visto que repercutirá substancialmente na contagem do prazo de graça – e com isso para a consumação do aspecto temporal da deserção.

De acordo estamos com a assertiva de que o delito de deserção “depende da ocorrência de fatos administrativos como: falta ao serviço, a ausência e o decurso do prazo de graça (...)”.⁵²¹ E aqui, necessário destacar, enten-

zo é de 8, 4, 3 dias, conforme for o caso. (LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas S.A., 1999. p.152-153.)

520 Conforme se verifica no HC nº 109.314 - RN, relatoria da Min. Jane Silva, julgado em 28.08.2008, no qual se intentava o trancamento do processo penal de deserção de policial militar grevista. Restou consignado, a nosso entender equivocadamente, que “a deserção não exige o dolo específico, consumando-se com a simples ausência da unidade militar por mais de oito dias”. De outro lado, em decisão transitada em julgado na 11ª Vara Criminal de Natal/RN (processo nº 001.07.203214-7, julgado em 17.09.2008), restou absolvido um policial militar grevista por atipicidade de conduta. Seguem os argumentos esposados na sentença: “Amparamos nosso entendimento no fato de que o denunciado, a exemplo de outras centenas de militares estaduais, no período da suposta deserção, se encontrava a reivindicar o cumprimento de um acordo firmado com o Governo do Estado, voltado para a melhoria de seus salários. Não vislumbramos a presença do dolo específico requerido no tipo, da vontade livre e consciente de abandonar a Corporação Militar e, assim, cometer o crime de deserção. Tal constatação remete a outra: trata-se de conduta atípica no âmbito penal militar.” No nosso entender a ausência da intenção de abandono da Força é suficiente para afastar a tipicidade da conduta e, no caso de movimento grevista, nos parece evidente a impossibilidade de consumação do delito, até mesmo por ser a greve um direito fundamental previsto na Constituição Federal. Embora sonogado aos militares das Forças Armadas, não há impedimento de valor constitucional ao exercício da greve às polícias militares e corpos de bombeiros militares.

521 ROTH, Ronaldo João. Deserção: aspectos penais, processuais e administrativos. *Direito Penal Militar e Processual Penal Militar* – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 152, jul./dez. 2004.

demos que o verbo “ausentar-se” inserto no art. 187 do CPM não deve ser equiparado à mera falta injustificada ao serviço (ou a afastar-se, desaparecer, retirar-se),⁵²² tal como vem sendo feito por parcela significativa da doutrina especializada e no âmbito da justiça militar.

As normas incriminadoras constituem um imperativo proibitivo quando determinam que o agente deve se abster de praticar determinado fato, sob ameaça de sanção.⁵²³ Mas as normas não são como “mônodas isoladas”, ainda mais se estivermos a tratar de normais penais. Devem ser interpretadas sistematicamente, uma vez que integram um conjunto normativo.⁵²⁴

Nessa linha de raciocínio, a resposta ao significado do verbo “ausentar-se” (interpretação que deve ser feita sob o viés normativo-sistemático) deve ser buscada não nos dicionários de língua portuguesa⁵²⁵, mas na lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares)⁵²⁶, que disciplina categoricamente:

522 Dentre os autores que tem esse entendimento, equivocado a nosso juízo, ver LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 152. ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: parte especial*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 83-85.

523 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 79

524 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 89

525 E aqui referimos, apenas por honestidade intelectual, o que diz o dicionário sobre o verbo em análise: “ausentar-se: [do lat. absentare+se.] V. p. 1. Deixar um lugar qualquer; ir-se; retirar-se. 2. Afastar-se, apartar-se.” Conforme FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Coord. Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. Curitiba: Positivo, 2010. p. 243.

526 O Estatuto dos Militares tem por finalidade, conforme disposto no seu art. 1º, regular “a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas”. As polícias militares e os corpos de bombeiros militares são considerados reservas das Forças Armadas (art. 4º, II, “a” e “b”), sendo também a estes aplicável essa lei.

Art. 89. É considerado ausente o militar que, por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas:

I - deixar de comparecer à sua organização militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento; e

II - ausentar-se, sem licença, da organização militar onde serve ou local onde deve permanecer.

Parágrafo único. Decorrido o prazo mencionado neste artigo, serão observadas as formalidades previstas em legislação específica. (grifo nosso)⁵²⁷

Há, com efeito, duas situações administrativas que não se confundem: (i) *situação de falta injustificada* – que se perfaz do momento da falta propriamente dita até o período de 24 horas após o momento em que o militar devia comparecer à sua organização, e (ii) *situação de ausência* – que se consuma no momento em que é superado o lapso de 24 horas consecutivas da falta injustificada.

Ao procedermos à leitura do verbo “ausentar-se” constante no artigo 187 do Código Penal Militar, entendemos que o correto, portanto, é considerá-lo com o con-

⁵²⁷ A ausência de militar já era regulada pelo Estatuto dos Militares anterior (Lei nº 5.774, de 23 de dezembro de 1971), conforme segue: Art. 92. É considerado ausente o militar que, por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas: I - deixar de comparecer à sua Organização Militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento; e II - ausentar-se, sem licença, da Unidade onde serve ou local onde deve permanecer. E também pelo Decreto-Lei nº 1.029, de 21 de outubro de 1969, o qual dispunha no seu artigo 109: “Será considerado ausente o militar que, por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas: a) deixar de comparecer à sua organização militar, sem comunicar; b) ausentar-se, sem licença, da unidade onde serve ou local onde deve permanecer. Vemos, portanto, que desde 1969 a ausência já é regulada nos estatutos castrenses, sempre considerando a ausência do militar somente após superadas as 24 horas consecutivas de efetiva falta.

teúdo que lhe empresta o Estatuto dos Militares.⁵²⁸ Os reflexos de dito entendimento frutificarão já no âmbito processual, quando da contagem do prazo de graça.

3. A CONTAGEM DO PRAZO PARA A CONSUMAÇÃO DA DESERÇÃO MILITAR – PANORAMA GERAL.

Nesse capítulo, já adentrando nos pormenores processuais, apresentaremos os aspectos que se implicam na contagem do prazo para a consumação do delito de deserção militar. Será abordada sucintamente a história da legislação militar brasileira, com ênfase nos aspectos atinentes à contagem do “prazo de graça”. Analisaremos ainda os diferentes critérios na contagem desse prazo e sua regulação atual no Código de Processo Penal Militar.

Em seguida aportaremos as principais decisões em que se discute a problemática da contagem do prazo de graça, todas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ato contínuo, desenvolveremos a nossa reflexão. Prossigamos, pois.

3.1 A EVOLUÇÃO DO PRAZO DE GRAÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

A legislação militar brasileira, de modo similar a todo o ordenamento jurídico pátrio, experimentou na origem a influência direta das leis da Monarquia Portu-

⁵²⁸ Apenas a título ilustrativo: em uma situação hipotética, se o militar tinha de apresentar-se em sua Unidade às 8h da segunda-feira e deixou de fazê-lo, injustificadamente, passará a situação de ausente a partir do momento que extrapolar as 8h do dia seguinte (terça-feira). No período compreendido entre 8h de segunda e 8h de terça (lapso de 24 horas), o militar está na situação de falta – isto é, já sujeito a medidas disciplinares – mas não ainda na situação de ausente.

guesa. Fato explicado pela relação histórica metrópole-colônia ao qual foi submetido o país.⁵²⁹

Por um longo tempo não houve legislação militar no país, haja vista que mesmo em Portugal ainda engatinhava qualquer tentativa de edição de leis especializadas. Mas tudo teria mudado a partir da nomeação de Conde de Lippe a Marechal do então decadente Exército Português, no ano de 1762. Após travar campanha contra o exército espanhol e depois de concluído o Tratado de Paris (1763), Conde de Lippe passou a dedicar-se na reconstrução da lei militar.⁵³⁰

Foi então editado o Regulamento para o Exército português (composto de 27 capítulos), o qual foi estendido a todas as colônias. Esta normativa ficou célebre por sua severidade, uma vez que no intuito de preservar a disciplina, previu a pena de morte em inúmeros artigos.⁵³¹

O crime de deserção foi catalogado no artigo 14 do capítulo XXVI e, ao que tudo indica, foi o primeiro diploma normativo-militar a vigorar no Brasil. Contudo o prazo de graça para a consumação do delito de deserção não ficou estabelecido, sendo então necessária a criação da Ordenança para os Desertores (anexa ao decreto de 09 de abril de 1805). Ali restou determinado pela primeira vez o prazo de 8 (oito) dias de ausência para a configuração do crime de deserção.⁵³²

Na dinâmica trazida pela Ordenança o referido prazo poderia ser interrompido para somar-se ao prazo da

529 FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 2, p. 69, 1974.

530 FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 2, p. 69, 1974.

531 Ibid., p. 69.

532 Ibid., p. 69-70.

próxima ausência. É o que se observa na disposição do seu artigo 4º:

O que faltar três vezes dentro do mesmo ano, contando do dia da primeira falta, e em cada uma estiver ausente mais de três dias e menos de oito, se julgará qualificado réu de primeira deserção simples.⁵³³

Durante a Monarquia, diversas foram as tentativas de criação de leis para regular as Forças Armadas. Cabe citar a tentativa de criação de um Código Penal Militar que chegou a ser aprovado por Decreto em 07 de agosto 1820, por D. João VI, mas em razão da revolução (que destituiria a Monarquia Portuguesa do poder absoluto), o código penal militar não vingou.⁵³⁴

De se destacar também a criação de projetos do Código Criminal Militar e do Código de Processo Criminal Militar, elaborados pelo auditor de guerra José Antonio de Magalhães Castro, nos anos de 1860 a 1861, mas que também não foi adiante.

Posteriormente foi a vez de Benjamim Constant, então Ministro da Guerra, no ano de 1890, presidir o projeto de Código de Justiça Militar (compreendendo um código penal, um código de processo e outro disciplinar) para o Exército Brasileiro. O intuito de unificar a legislação penal militar brasileira, então perdida em retalhos e fragmentos, mais uma vez não logrou sucesso.⁵³⁵

533 Ibid., p. 70.

534 Ibid., p. 70.

535 FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 2, p. 71, 1974.

O primeiro Código Militar a vigorar no Brasil foi o Código Penal da Armada (Decreto nº 18 de 07 de março de 1891), o qual, embora destinado à Marinha, foi posteriormente estendido ao Exército pela lei nº 612 de 29 de setembro de 1899.⁵³⁶

O crime de deserção estava regulado no artigo 117 do Código Penal da Armada.⁵³⁷ E embora previstos, ao todo, oito modalidades de deserção, o prazo de graça não ficou claramente estabelecido em alguns casos, o que redundou inúmeras confusões para a contagem dos dias de ausência para consumação do delito.

Diante do cenário de dúvida que foi instalado, o Supremo Tribunal Militar trouxe a si a definição. No dia 18 de abril de 1900, o Tribunal manifestou-se a respeito do prazo de graça, estabelecendo diferentes lapsos temporais para cada tipo de deserção, conforme referiu João Batista da Silva Fagundes:

536 Ibid., p. 71.

537 Segue transcrição completa: "Art. 117. E' considerado desertor: 1º Todo individuo ao serviço da marinha de guerra que, excedendo o tempo de licença, deixar de apresentar-se, sem causa justificada, a bordo, no quartel, ou estabelecimento de marinha onde servir, dentro de oito dias contados daquelle em que terminar a licença; 2º O que deixar de apresentar-se dentro do mesmo prazo, contado do dia em que tiver sciencia de haver sido casada ou revogada a licença; 3º O que, sem causa justificada, ausentar-se de bordo, dos quartéis e estabelecimentos da marinha onde servir; 4º O que, sem causa justificada, comunicada incontinenti, não se achar a bordo, ou no lugar onde sua presença se torne necessaria em razão do serviço, no momento de partir o navio, ou força, para viagem ou comissão ordenada; 5º O que, tendo ficado prisioneiro de guerra, deixar de apresentar-se á autoridade competente seis mezes depois do dia em que conseguir libertar-se do inimigo; 6º O que não apresentar-se logo depois de ter cumprido sentença condemnatoria; 7º O que tomar praça em outro navio, ou alistar-se no Exército, antes de haver obtido baixa; 8º O que, em presença do inimigo, deixar de acudir a qualquer chamada ou revista: Pena – de prisão com trabalho por seis mezes a seis annos. Paragrapho unico. Si a deserção for para o inimigo, ou effectuar-se na presença d'elle: Pena – de morte."

Ali ficou estabelecido que no caso do número 5 do art. 117, do Código Penal da Armada, a deserção ocorre com seis meses de ausência. Nos casos dos números 1, 2, 3 e 7 é necessário uma ausência de oito dias. E nos casos dos números 4, 5 e 8, bem como no artigo 118, basta que seja e 24 horas.⁵³⁸

Tivemos ainda o Regulamento Processual Criminal de 1895 e o Código de Organização Judiciária e Processo Militar (Decreto nº 14.450 de 30 de outubro de 1920). Mais tarde substituído pelo Decreto nº 15.635 de 26 de agosto de 1922, o qual foi revogado pelo Decreto nº 17.231-A de 26 de fevereiro de 1926, que aprovou o Código de Justiça Militar. O Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934 o modificou em parte. Depois um novo Código da Justiça Militar foi aprovado pelo Decreto-Lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938.⁵³⁹

Na sequência veio o Código Penal Militar de 1944, até chegarmos ao atual, unido pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Sendo que o atual Código de Processo Penal Militar é oriundo do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.⁵⁴⁰

Necessário destacar que o Código de Justiça Militar foi criado para acompanhar/regular as disposições do Código Penal da Armada. Mas com o advento do Código Penal Militar, ainda em 1944, a este serviu também – daí porque restou o Código de Justiça Militar modificado por inúmeras leis no escopo de adaptá-lo ao Código Penal Militar de então. Dentre essas inúmeras leis, duas trataram especificamente sobre a contagem do prazo para a consumação da deserção, quais sejam:

538 Ibid., p. 72.

539 COSTA. Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 18-19.

540 Ibid., p. 19.

Lei 4.517 - de 02 de dezembro de 1964

Art. 261, §3º - Lavrada a parte de ausência (...) começará a correr o prazo legal para que se consuma o crime de deserção.

§4 - o prazo previsto no parágrafo anterior será a partir de zero hora do dia seguinte ao da verificação da ausência.

Lei 4.984 - de 18 de maio de 1966

Art. 263 - § 2º - apresentada a parte de ausência, começará a contar-se o prazo legal para que se consuma o crime de deserção, a partir da zero hora do dia seguinte ao da constatação da ausência.⁵⁴¹

Em ambas as leis assentou-se que a contagem do prazo somente se iniciaria após a formalidade da parte de ausência. E aqui se iniciaram os problemas na interpretação do dispositivo. Se não havia dúvidas de que o prazo devia ser contado a partir da zero hora do dia seguinte ao da VERIFICAÇÃO/CONSTATAÇÃO da ausência, ficou sem resposta a seguinte questão: Afinal, qual é o momento da verificação e/ou constatação da ausência?

Uma primeira corrente assim se posicionava: "considerando que a ausência é, normalmente, verificada na revista do recolher das 19 horas, parece óbvio que a con-

541 FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 2, p. 74-75, 1974.

tagem do prazo deveria iniciar-se à meia-noite ou à zero hora da noite da revista".⁵⁴²

Um segundo grupo, considerava que o "DIA DA VERIFICAÇÃO DA AUSÊNCIA" é aquele compreendido nas primeiras 24 horas que se seguiam à revista de recolher. A parte de ausência, nesse caso, somente seria lavrada após o transcurso das 24 horas. Assim a parte de ausência seria, efetivamente, o marco inicial na contagem do prazo.⁵⁴³

Essa segunda interpretação conferia àquele que não compareceu ao quartel o seguinte status: no período das primeiras 24 (vinte e quatro) horas o militar não é nem ausente, nem desertor. Mas apenas faltoso. Tratar-se-ia de uma tolerância da lei para evitar que o homem passe à condição de AUSENTE, na mesma medida em que o prazo de graça evita que o ausente passe à condição de DESERTOR.⁵⁴⁴

É possível, para todos os efeitos, falar em no mínimo quatro critérios de que se valeram a doutrina e a jurisprudência no que tange a contagem do prazo de graça, quais sejam: (1) a contagem hora a hora; (2) início do prazo a partir do dia seguinte àquele em que foi lavrado o termo de ausência; (3) inclusão do dia da falta injustificada, e; (4) exclusão do dia da falta injustificada.⁵⁴⁵

Dito isso, passemos, pois, ao estado d'arte da contagem do prazo de graça trazido no art. 451, §1º do Código de Processo Penal Militar.

542 FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 2, p. 75, 1974.

543 *Ibid.*, p. 75-76.

544 *Ibid.*, p. 76.

545 FERREIRA, Célio J. Lobão. O prazo de graça na deserção. *Revista de Direito Militar do Ministério Público da União*. Brasília, n. 5, ano III. p. 63, abr./set. 1976.

3.2 O PRAZO DE GRAÇA E A FORMA DE CONTAGEM SEGUNDO O ARTIGO 451, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR.

A forma da contagem do prazo para a consumação da deserção foi prevista no §1º do art. 451, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), com a redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.09.1991, dispondo o seguinte:

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

Parece-nos claro que o legislador de 1991 optou pelo modo de contagem que "exclui o dia da falta injustificada". O debate antes travado quanto ao que seria "constatação" e/ou "verificação" da ausência foi, aparentemente, esvaziado. Haja vista que demarcado, desta feita, que a contagem do prazo será feita a partir da zero hora do dia seguinte àquele em que ocorreu a "falta injustificada" do militar.

Desse modo, se tomarmos como hipótese a escala de serviço da polícia militar, com um militar "X" faltando injustificadamente às 08 horas (escala diurna) e o militar "Y" faltando às 23 horas (escala noturna) do dia 1º de dado mês, teríamos o seguinte: o início da contagem do prazo de graça seria, tanto para "X" quanto para "Y", a contar da meia-noite ou zero hora do segundo dia do mês considerado.

A partir de então, transcorrido o lapso temporal de mais de oito dias previsto no Código Penal Militar,

estará consumada formalmente a deserção.⁵⁴⁶ Antes do transcurso do prazo não há que se falar em deserção, pois não existente ainda a figura do desertor, mas de ausente, condição esta por si suficiente a sujeitar o militar a sanções disciplinares. A figura do desertor surge, portanto, apenas no momento imediatamente subsequente ao oitavo dia de ausência do militar.⁵⁴⁷

Para melhor visualização da contagem do prazo, de acordo com o que reza o Código de Processo Penal Militar, aportamos o quadro sinóptico abaixo:⁵⁴⁸

<i>Sequência</i>	<i>Dias de ausência</i>
1. Constatação da falta	Dia não computado para contagem da deserção
2. Início da contagem de prazo 24h da contagem de tempo	1º dia para deserção
3. 48h de ausência	2º dia para deserção
4. 72 de ausência	3º dia para deserção
5. 96h de ausência	4º dia para deserção
6. 120h de ausência	5º dia para deserção
7. 144h de ausência	6º dia para deserção
8. 168h de ausência	7º dia para deserção

⁵⁴⁶ Aqui alertamos para a nossa afirmativa no 1º capítulo desse ensaio, quando afirmamos que além do lapso temporal, para a consumação do delito seria necessário o ânimo de abandonar a Força Militar.

⁵⁴⁷ Desse modo se a ausência injustificada ocorreu no dia 11, iniciar-se-ia a contagem do prazo dos dias de ausência à zero hora do dia 12 e consumir-se-ia a deserção, a partir da zero hora do dia 20.

⁵⁴⁸ Quadro sinóptico inspirado naquele constante em ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 382.

9. 192h de ausência	8º dia para deserção
<i>Consumação formal da deserção – à zero hora + 1 do 9º dia</i>	

Todavia, entendemos que essa não é a melhor forma de compreensão do tema, pelas razões que ainda serão objeto de crítica na parte final deste ensaio.

3.3 OS PROBLEMAS PRÁTICOS DA CONTAGEM DO PRAZO DE GRAÇA – DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste subitem, daremos espaço aos problemas práticos que tem decorrido das incompreensões do dispositivo que regula a contagem do prazo de graça. Traremos à colação as principais decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria para bem nos acercarmos dos principais pontos de discussão - ainda remanescentes.

Primeiro caso. De início, trazemos decisão dada no RHC 57983⁵⁴⁹ – STF, julgada em 17 de junho de 1980, onde se sustentava falta de justa causa para ação penal em que figurava como denunciado por deserção um sargento da polícia militar da Bahia. Trata-se de militar que não compareceu à sua organização militar em 27.11.1979 e reapareceu no dia 05.12.1979.

Enquanto intentava o trancamento do processo junto ao Tribunal de Justiça da Bahia, sustentando não ter se consumado o crime de deserção, o denunciado

549 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso de Habeas Corpus nº 57983-BA*. Recorrente: José Carlos de Oliveira Carneiro. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Carlos Thompson Flores. Brasília, 17 de junho de 1980. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=97652>>. Acesso em 1º ago. 2013.

restou condenado no Conselho de Justiça (1º grau) a três meses de prisão.

O pedido de habeas corpus foi denegado no Tribunal baiano, afirmando-se nessa oportunidade:

No caso de militar que não comparece ao serviço, a deserção se caracteriza quando se completam mais de oito dias de ausência e o ultrapasse ocorre exatamente ao primeiro minuto depois de ½ noite (24:00h) do 8º dia, ou seja, ao minuto 1º do 9º dia. Isso é até elementar. No caso de deserção, o militar que se tem por faltoso, deveria apresentar-se a serviço no 1º dia – 27 de novembro in casu, até meia noite, depois disso, vem o 2º dia (28 de novembro – de meia noite a meia noite) e, sucessivamente, o 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º, encerrando-se e completando-se esta a meia-noite (24:00h) de 4 de dezembro (fls. 89).

Perceba-se aqui que o Tribunal, mais do que confundir falta com ausência, ainda incluiu na contagem do prazo o dia da falta - isto é, adotou o critério de inclusão do dia da falta injustificada, já referido supra. Irresignado impetrou o recurso junto ao STF.

O parecer da Procuradoria Geral da República, da lavra do Procurador da República Aristides Junqueira Alvarenga, foi pelo provimento do recurso. Segue-se pequeno excerto do parecer:

8. Termo a quo desse decurso de tempo é, obviamente, a ausência.

E só é considerado ausente o militar que, por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas (...) – art. 92 da Lei nº 5.774/71, Estatuto dos Militares.

Assim, só se caracteriza a ausência, 24 horas depois do não comparecimento ou do afastamento indevido do militar.

9. No caso em foco, o recorrente faltou à chamada inicial de 27-11-79 (fl. 51) e só foi considerado ausente no dia 28-11-79 (fls.52 e 56). Há de ser este último o dia inicial da contagem de oito dias, para efeito de deserção, devendo ser levado em conta a hora da chamada matinal. Só a essa mesma hora do dia seguinte, 29-11-79, estaria perfeito o primeiro dia de ausência.

Portanto, só depois da chamada matinal do dia 6-12-79, estaria consumada a deserção.

Todavia, o recorrente reapareceu no dia 5-12-79 (fls. 20 e 49).

O parecer, como se verifica, utilizou o critério de “contagem hora a hora”. A nosso ver o critério mais justo de abordagem do tema. E com acerto, aludiu ao art. 92 do Estatuto dos Militares então vigente, dando conta de que a ausência do militar somente se perfectibiliza decorridas 24 (vinte e quatro horas) consecutivas.

O relator do processo, Ministro Carlos Thompson Flores, confirmou o parecer deferindo o pedido de habeas corpus por falta de justa causa.

Segundo caso. A segunda decisão examinada é a do RC 1441⁵⁵⁰ - STF, julgada em 3 de setembro de 1982, versando sobre falta de justa causa à condenação de deserção, uma vez que não teria se consumado o delito. Trata-se de militar que não compareceu à sua organização militar em 17.11.1981 e foi preso no dia 26.11.1981, após a lavratura do termo de deserção.

O Superior Tribunal Militar havia condenado o recorrente, com base em parecer do Ministério Público Militar, o qual dizia:

Contrariamente ao sustentado pela impetração, o prazo de graça tem início no momento em que se verifica a ausência, pois a lavratura da correspondente parte (CPPM, art. 456) objetiva exatamente a formalização documental do fato e a fixação do “dies a quo”, este remontando ao instante do verificado afastamento. O fato de a lavratura da PARTE DE AUSÊNCIA ocorrer após 24 (vinte e quatro) horas, d. v., não altera o início da contagem do prazo, vez que o núcleo do tipo consiste em ausentar-se por mais de 8 dias (CPM, art. 187), não em ser formalmente considerado ausente por mais de oito dias (...) Consequentemente, verificada a ausência do paciente na revista de recolher do dia 17.11, exatamente

550 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Criminal nº 1441-SP*. Recorrente: Waldemir Portão de Souza. Recorrido: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Cordeiro Guerra. Brasília, 3 de setembro de 1982. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263204>>. Acesso em 1º ago. 2013.

aí começou a fluir o prazo de graça que se exauriu no dia 25.11 (...) Aliás, essa é a orientação sedimentada pela Corte Castrense (...)

Nesse caso, utilizou-se o critério “inclusão do dia da falta injustificada”, por influência direta do infundado parecer que equiparou a falta e a ausência. Sequer se aborda o Estatuto dos Militares como regulador da ausência.

Já no Supremo Tribunal Federal, o parecer da Procuradoria Geral da República foi pelo conhecimento da impetração, na linha do que havia sido decidido no julgamento do Habeas Corpus nº 57983. Foi utilizado o critério do “início do prazo a partir do dia seguinte àquele em que foi lavrado o termo de ausência”, embora não tenha sido essa a fundamentação do parecerista:

No caso em pauta, verifica-se que o paciente faltou ao quartel “desde a revista de recolher do dia 17.11.1981”, configurando-se “a ausência na Revista de Recolher do dia 18.11.1981”. Contando-se desse último dia – consoante a regra contida no art. 16 do CPM – o prazo estabelecido no art. 187 do mesmo código, constata-se que a deserção se consumaria no primeiro minuto do dia 27 de novembro de 1981.

Vejam os que embora se afirme, no parecer, que a contagem iniciar-se-á no dia 18.11.1981, temos que para que a consumação se desse no primeiro minuto do dia 27 teria que se iniciar a contagem à zero hora do dia 19.11.1981.

Constata-se, desde logo, a confusão entre o critério sustentado pelo parecerista (utilizando o art. 16 do CPM teríamos que iniciar a contagem a partir do dia 18.11.1981) e o critério efetivamente praticado no cálculo para consumação do delito (“início do prazo a partir do dia seguinte àquele em que foi lavrado o termo de ausência”, iniciando-se, portanto, a zero hora do dia 19.11.1981 e consumando-se no primeiro minuto do dia 27.11.1981).

Conjecturas à parte, não foi esse o entendimento do Ministro Relator Cordeiro Guerra, o qual fez confusão de difícil explicação na contagem do prazo, senão vejamos:

Na espécie, o recorrente faltou ao quartel desde a Revista de Recolher no dia 17 de novembro de 1981, e a parte de ausência foi consignada na Revista de Recolher do dia 18 de novembro, completando-se o prazo de oito dias a 25 de novembro quando se consumou a deserção.

A leitura possível, nesse excerto, é no sentido de que o Relator iniciou a contagem a partir da zero hora do dia 17.11.1981. Ou seja, utilizou o critério “inclusão do dia da falta injustificada”. No entanto, logo adiante, o Ministro afirma:

No caso em apreço, verificada a ausência na Revista de 17 de novembro, o prazo para a sua caracterização se perfez na Revista de 18 de novembro -, e, computado esse dia no prazo, os outros dias necessários à caracterização da deserção se completam a 25 de novembro.

Aqui, em que pese afirme que a ausência se perfectibilizou em 18 de novembro e que este dia seria computado na contagem, não entendemos como Cordeiro Guerra chegou à conclusão de que, iniciando-se o prazo a contar de 18.11.1981, a deserção estaria “caracterizada” já no dia 25 de novembro. Na verdade, se iniciássemos a contagem do dia 18.11.1981, seria o crime consumado somente no primeiro minuto do dia 26 de novembro.

Terceiro caso. O terceiro e o quarto casos, julgados recentemente, tiveram o Ministro Carlos Ayres Britto como relator, e já se deram sob a insígnia da redação atual do art. 451, §1º do CPPM.

Iniciamos pelo RHC nº 84.986⁵⁵¹ - STF, versando sobre sargento do Exército que deixou de apresentar-se em sua Organização Militar no dia 03.08.2004 e que foi preso ao se reapresentar voluntariamente às 23:55h do dia 12.08.2004.

A defesa do militar baseou a sua argumentação na conhecida decisão do Superior Tribunal de Justiça no RHC nº 9.989 (RS), de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini, na qual se interpretou, a nosso ver erroneamente, que o termo ausência *por mais* de oito dias deve ser interpretado no sentido de que o delito se consuma apenas após superados nove dias de ausência.⁵⁵²

551 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 84986-5 (RS)*. Recorrente: Eurico Gaspar do Amaral Silveira. Recorrido: Ministério Público Militar. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 12 de abril de 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382911>>. Acesso em 3 ago. 2013.

552 Assim, conforme Jorge Scartezzini, se o militar se apresenta no nono dia, na realidade só teria permanecido ausente 8 dias, já que no nono se apresentou. No caso concreto, o militar não compareceu a sua Organização Militar em 04.02. A contagem do prazo, conforme o relator, se iniciou em 05.02. E o militar se apresentou em 13.02. Discordamos que o início da contagem de dê a zero hora do dia 05.02, já que sequer ausente ele é nesse momento. Agora, se considerarmos o início da contagem em 05.02, nos parece claro que a consu-

O Ministro Relator denegou o recurso. Em dado ponto, informa que decide o caso encampando o art. 451, § 1º do CPPM, o que, embora discordemos da forma, o método empregado no cálculo estaria correto – isto é, se o militar não compareceu no dia 03.08.2004, e a contagem se iniciar à zero hora do dia 04.08.2004, a consumação se dará no primeiro minuto do dia 12.08.2004. Mas, já ao final da decisão prossegue:

Na espécie, como o recorrente se ausentou do quartel desde o dia 03.08.2004, a contagem dos dias de afastamento se iniciou à zero hora do dia 4. Tornando-se ele ausente à zero hora do dia 5 e desertor à zero hora do dia 12 do mesmo mês e ano. Como o retorno somente se deu às 23h55 do dia 12.08.2004, tenho por consumado o crime de deserção.

Tornamos a nos preocupar nesse ponto, afinal que critério utilizou o relator? Quando este afirma que o militar tornou-se ausente à zero hora do dia 5, a única alternativa possível seria a de que o prazo teria de se iniciar justamente a partir deste ponto. E daí a consumação do delito se daria somente no primeiro minuto do dia 13.08.2004.

Também a não utilização da terminologia correta da situação de fato contribui para a confusão. Quando afirma que “o recorrente se ausentou do quartel desde o dia 03.08.2004” o mais técnico seria afirmar que naquela data o militar *faltou* ou *deixou de comparecer*. Eis aqui mais

mação ocorre no primeiro minuto do dia 13.02. Daí porque, a nosso entender, não mereça prosperar a interpretação dada nessa decisão.

um cristalino exemplo das incompreensões que tem envolvido essa temática.

Quarto caso. Trata-se de HC nº 90338⁵⁵³ - STF, em que militar deixou de comparecer ao quartel no dia 30.08.2005, tendo sido lavrado o termo de deserção a 07.07.2005, data em que foi o militar excluído da Força.

O Superior Tribunal Militar havia decidido, a esse respeito que:

Não há de se falar em irregularidade na lavratura do Termo de Deserção (...) tendo em vista que o Apelante ausentou-se da Unidade desde a zero hora do dia 30 de agosto, vindo a consumir o delito a partir do primeiro instante do dia 07 de setembro de 2005, data em que foi confeccionado o documento.

Desta feita, decidiu o Ministro Carlos Ayres Britto no sentido de conceder a ordem para cassar o acórdão do Superior Tribunal Militar no tocante a esse fato, visto que pela inteligência do CPPM a contagem do delito deveria ter-se iniciado somente no dia 31.08.2005, de modo que a consumação do delito somente se daria à zero hora do dia 08.09.2005. Equivocada, portanto, a lavratura do Termo de Deserção e a exclusão do militar do serviço ativo no dia 07.09.2005.

553 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 90338 (AM). Paciente: Denis Gonzaga da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília, 17 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=497478>>. Acesso em 3 ago. 2013.

Quinto caso. Trata-se de HC nº 87213⁵⁵⁴ - STF, em que militar deixou de comparecer ao quartel no dia 29.11.2004, tendo sido lavrado o termo de deserção a 08.11.2004, data em que foi o militar excluído da Força.

Este é um caso em que houve inúmeros problemas nos documentos gerados pela administração militar, onde ora constava uma ora constava outra data como momento da ausência do militar. Certo é que o Ministro Relator transcreveu um longo trecho da decisão do Superior Tribunal Militar a embasar a sua. Segue, abaixo, um curto trecho:

A regra contida no §1º, do art. 451, do CPPM, é bastante clara ao estabelecer que: "a contagem dos dias de ausência (...)"

No presente caso, se o Termo de Deserção originário informa que a ausência ocorreu à zero hora do dia 30/11/2004, ou às 24 horas do dia 29 de novembro, o que dá na mesma, conforme consta da Parte de Ausência e da Parte Acusatória (fls.14 e 23/24) e a contagem do prazo de graça iniciou-se à zero hora do dia 30/11/2004, terminando no dia 07/12/2004. *Ipsa facto*, a exclusão deveria ocorrer a partir de 08/12/2004, conforme ocorreu.

Denegada a ordem de habeas corpus, nesse caso. Cumpre dizer que as decisões do Supremo Tribunal

554 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87213 (RS). Paciente: David Dias Alves. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília, 28 de março de 2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390020>>. Acesso em 3 ago. 2013.

Federal mais recentes tem traduzido o critério segundo o qual "exclui-se o dia da falta injustificada", tal como dispõe o CPPM.

Não se tem realizado uma leitura sistemática da questão, em conformidade com a legislação militar que regula a ausência, tal como podemos observar em pareceres da Procuradoria Geral da República no princípio dos anos 80. Essa leitura assistemática é merecedora de maiores reflexões.

4. CONSIDERAÇÕES ÚLTIMAS: A CONTAGEM DO PRAZO DE GRAÇA - UMA QUESTÃO DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

Elencados os inúmeros critérios utilizados na contagem do prazo de graça – incluindo-se a disposição atualmente prevista do Código de Processo Penal Militar - e colacionadas as principais decisões sobre o tema no Supremo Tribunal Federal, cumpre-nos tecer algumas considerações críticas a esse respeito.

Como já tivemos a oportunidade de referir, os problemas que se imbricam com a contagem do prazo de graça possuem extrema importância tanto na configuração mesma do delito de deserção, quanto no que tange à atenuante especial prevista no art. 189, inciso I, do Código Penal Militar.⁵⁵⁵

Noutras palavras, a contagem (a maior ou a menor) de um só dia, quicá de horas – quando da contagem do prazo

555 Art. 189. Nos crimes dos arts. 187 e 188, ns. I, II e III: Atenuante especial. I - se o agente se apresenta voluntariamente dentro em oito dias após a consumação do crime, a pena é diminuída de metade; e de um terço, se de mais de oito dias e até sessenta;

de graça - repercutirá na consumação ou não do crime de deserção ou, ainda, poderá refletir na redução do apenamento do desertor (no caso de consumação do delito).

Nessa linha, entendemos que o verbo "ausentar-se" previsto no tipo do delito de deserção não deve ser equiparado à mera falta ou a qualquer outro significado dado pelo dicionário. O verbo "ausentar-se", na nossa visão, deve ser lido em conformidade com a legislação militar, e no caso estamos a falar do Estatuto dos Militares, o qual é categórico ao disciplinar que ausente é aquele que "por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas" deixa de comparecer, injustificadamente, à sua organização militar ou do local onde devia permanecer.

À luz do Estatuto dos Militares existem, com efeito, três situações que não se confundem: (i) *situação de falta injustificada*; (ii) *situação de ausência, e*; (iii) *situação de desertor*.⁵⁵⁶ Com efeito, muitos dos problemas na contagem do prazo decorrem do uso incorreto desses conceitos técnicos. Normativamente, *faltar e/ou não comparecer* não é o mesmo que *ausentar-se*. O não entendimento disso tem resultado problemas tanto à administração militar quanto às partes e julgadores.

Prosseguindo no nosso raciocínio, temos que o art. 451, §1º do Código de Processo Penal Militar, ao disciplinar a contagem do prazo de graça, pecou pelo excesso ao desconsiderar o significado normativo do verbo "ausentar-se".

Tomemos por exemplo, mais uma vez, uma situação hipotética. Soldado "X" devia apresentar-se ao quartel às

556 Explicando novamente: (i) *situação de falta injustificada* – que se perfaz do momento da falta propriamente dita até o período de 24 horas após o momento em que o militar devia comparecer à sua organização, (ii) *situação de ausência* – que se consuma no momento em que é superado o lapso de 24 horas consecutivas da falta injustificada e segue até a consumação formal da deserção, e; (iii) *situação de desertor* – que se consuma a partir do momento do exaurimento do 8º dia de ausência, isto é, a partir da zero hora + 1 do 9º dia de ausência.

8 horas do dia 10 de determinado mês. Não compareceu injustificadamente. Temos então que no lapso de tempo de 24 (vinte e quatro) horas contados do seu não comparecimento estará o soldado "X" em falta. A ausência, portanto, se perfectibilizará nos primeiros instantes após as 8 horas do dia 11 do mês considerado.

O código processual militar, ao considerar que a contagem dos dias de ausência se iniciaria "à zero hora do dia seguinte àquele em que foi verificada a falta injustificada do militar", criou uma ficção jurídica de difícil sustentação.

Expliquemos, voltando ao nosso exemplo. De acordo com o art. 451, §1º, já mencionado, o prazo de ausência do soldado "X" se iniciaria à zero hora do dia 11. Ou seja, o prazo começaria a correr num momento em que sequer existe ausência, mas apenas falta – conforme o Estatuto dos Militares (lei nº 6.880/80).

O Código de Processo Penal Militar, em latente atecnia, inicia a contagem do prazo de graça a partir de um momento onde inexistem as condições jurídicas para tal. Consolidou-se um evidente descompasso entre as normativas que regulam a matéria.

Se a intenção era a padronização no início da contagem do prazo, com o estabelecimento de um marco inicial geral (zero hora do dia seguinte à falta injustificada, atual art. 451, §1º, do CPPM), esta (a padronização) poderia ter sido alcançada se regulada tal como já feita no passado - utilizando-se o critério de contagem a partir da "zero hora do dia seguinte à constatação/verificação da ausência".

O agente, se faltoso às 8 horas do dia 10, teria constatada a sua ausência às 8 horas do dia 11 (24 horas após – de acordo com o Estatuto dos Militares), e o prazo de ausência iniciar-se-ia à zero hora do dia 12.

Critério igualmente legítimo seria a "contagem hora a hora". Na hipótese aventada acima teríamos o início da

contagem do prazo de graça às 8 horas do dia 11. Consumar-se-ia a deserção formalmente após às 8 horas do dia 19 de determinado mês.

Não incorreríamos, assim, na falsidade trazida pela ficção processual do malgrado art. 451, §1º, do CPPM – afinal, estamos a contar horas de ausência onde, pela própria legislação militar, ela inexistente.

Parece-nos, ademais, tratar-se de norma que carrega consigo um ranço inquisitorial,⁵⁵⁷ onde o investigado/acusado é instrumentalizado em nome de uma pretensa uniformização na contagem dos dias de falta/ausência. O artigo de lei por nós questionado culmina por refletir uma grave violação à tipicidade penal e, por corolário, ao próprio princípio da legalidade, na medida em que perverte a definição e a própria consumação do delito.⁵⁵⁸

557 Sobre o conteúdo e características dos sistemas inquisitórios, remeto o leitor à EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993; GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961; MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal: Una explicación basada em la razón*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997; PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

558 O princípio da legalidade encontra reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro no art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. Também o art. 1º do Código Penal Brasileiro traz a sua descrição "Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Para muito além de mera expressão legal do vocábulo latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, o princípio da legalidade possui significação hermenêutico-constitucional de garantia de proteção do cidadão frente à potestade punitiva estatal. Noutras palavras, o princípio da legalidade ou da reserva legal é também um limitador ao Poder Político na produção legislativa, sobretudo de matiz criminal. No problema em exame, a norma processual (art. 451, §1º do CPPM) reduziu a pó o significado normativo do tipo penal (art. 187, CPM). Há aqui, a nosso sentir, uma tormentosa violação ao princípio da legalidade penal, tal a instabilidade criada pela norma processual tanto no que se refere à consumação formal do delito; quanto na própria definição do crime, já que desconsiderou o significado normativo do verbo nuclear do tipo (seríssimo prejuízo em termos de taxatividade penal). Para um

Não por outra razão, em que pese nos pareça clara a redação do art. 451, §1º do CPPM, entendemos que este deva ser interpretado de forma sistemática, de modo a manter a integridade e coerência do sistema penal. Onde se lê “iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que foi verificada a *falta injustificada* do militar” deve-se entender “iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que foi verificada a *ausência* do militar”.

Dito de outro modo, estamos a negar a legitimidade da atual redação do art. 451, §1º do CPPM, em regular a contagem do prazo de graça. É uma tentativa assumida de resgate da integridade do sistema, lastreada no primado da legalidade e, fundamentalmente, na refutação da coisificação do homem pelo Direito.⁵⁵⁹

Do contrário, estaríamos a negar o significado jurídico-normativo do verbo “ausentar-se” entabulado no Código Penal Militar e o conteúdo emprestado a definição de quem é o ausente para a administração militar – conforme descrito de modo cristalino no Estatuto dos Militares.

5. REFERÊNCIAS

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

maior aprofundamento sobre o princípio da legalidade, ver GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 153-178, jul./dez. 2006.

559 Importante ensaio sobre a funcionalização do direito e consequente coisificação do homem encontramos em CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?* O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 23-52.

BANDEIRA, Esmeraldino O. T. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?** O problema actual da autonomia do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. Trad. Maria José Lopes da Silva. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. **Revista de Direito Militar do Ministério Público da União**. Brasília, n. 2, p. 68-85, 1974.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5. ed. Coord. Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. Curitiba: Positivo, 2010.

FERREIRA, Célio J. Lobão. O prazo de graça na deserção. **Revista de Direito Militar do Ministério Público da União**. Brasília, n. 5, ano III. p. 59-70, abr./set. 1976.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, v. 6, n. 23, p. 153-178, jul./dez. 2006.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II: Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MONTERO AROCA, Juan. **Principios del proceso penal: Una explicación basada em la razón.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime propriamente militar. **Ajuris** – Revista da associação dos juízes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 61, ano XXI. p. 183-191, jul. 1994.

ROTH, Ronaldo João. Deserção: aspectos penais, processuais e administrativos. **Direito Penal Militar e Processual Penal Militar** – Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 143-153, jul./dez. 2004.