

CRIME MILITAR DE DESERÇÃO: ENTENDIMENTOS PROCESSUAIS PENAIIS MILITARES E SEUS IMPACTOS NA ATUAÇÃO DAS AUTORIDADES MILITARES NO DESEMPENHO DAS ATRIBUIÇÕES DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR E NA MANUTENÇÃO DA HIERARQUIA E DISCIPLINA DAS FORÇAS ARMADAS

*MILITARY CRIME OF DESERTION: MILITARY CRIMINAL
PROCEDURAL UNDERSTANDINGS AND ITS IMPACTS ON THE
ACTION OF MILITARY AUTHORITIES IN PERFORMING THE
ATTRIBUTIONS OF THE MILITARY JUDICIAL POLICE AND IN THE
MAINTENANCE OF THE HIERARCHY AND DISCIPLINE OF THE
ARMED FORCES*

Milord José Guimarães Silva¹

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Breves considerações penais e processuais penais militares sobre deserção. 1.2. Condição de procedibilidade x condição de prosseguibilidade. 1.3. As responsabilidades disciplinar e penal militar no âmbito das Forças Armadas. 2. A impunidade do desertor. 3. Soluções. 3.1. Estrita observância ao posicionamento do Superior Tribunal Militar. 3.2. Aplicação integral do princípio da independência das esferas. 4. Conclusão. Referências.

¹ Promotor de Justiça do Ministério Público Militar (Ministério Público da União) e Oficial da Reserva Não Remunerada da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul e Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco. Mestre em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pelo Centro de Altos Estudos de Segurança da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Penal pela Escola Paulista da Magistratura. Atualmente, é titular do 4º Ofício da 4ª Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro.

Resumo: Este artigo analisa as teses processuais penais militares relativas ao crime propriamente militar de deserção tipificado no art. 187 do Código Penal Militar, mormente quanto ao fato de a qualidade de militar do agente ser apenas condição de procedibilidade da ação penal militar ou também condição de prosseguibilidade (o que leva à extinção do processo sem julgamento de mérito). Demonstra as divergências doutrinárias e jurisprudenciais relativas ao tema e os impactos de tais interpretações na ordem das Instituições Militares Federais, no que diz respeito à manutenção dos princípios basilares da hierarquia e disciplina, já que o crime militar absorve a falta disciplinar correlata. Tenta apresentar alternativas para compatibilizar os posicionamentos jurídicos por meio de teorias e institutos mais modernos e estranhos à legislação afeta ao Direito Militar, tais como o sistema de precedentes, julgamento de casos repetitivos e independência das esferas de responsabilidade dos agentes públicos. Exalta ainda o papel do Ministério Público Militar como fiscal do cumprimento da lei penal militar, com especial atenção aos mencionados princípios, de envergadura constitucional.

Palavras-Chave: Deserção. Condição da Ação. Hierarquia e Disciplina.

Abstract: *This article analyzes the military criminal procedural theses related to the strictly military crime of desertion typified in article 187 of the Military Penal Code, especially regarding the fact that the agent's military status is only a condition for the prosecution of the military criminal action or also a condition for continuation (the which leads to the dismissal of the case without judgment on the merits). Demonstrates the doctrinal and jurisprudential divergences related to the subject and the impacts that such interpretations have on the order of the Federal Military Institutions, with regard to the maintenance of the basic principles of hierarchy and discipline, since military crime absorbs the related disciplinary fault. It tries to present alternatives to make legal positions compatible through more modern theories and institutes that are foreign to the legislation that affects Military Law, such as the system of precedents, judgment of repetitive cases and independence of the spheres of responsibility of public agents. It also praises the role of the Military Public Prosecutor's Office as a supervisor of compliance with the military criminal law, with special attention to the mentioned principles, of constitutional scope.*

Keywords: *Desertion; Action Condition; Hierarchy and Discipline.*

1. INTRODUÇÃO

1.1. Breves considerações penais e processuais penais militares sobre deserção

O crime militar de deserção encontra-se no Capítulo II do Título III do Decreto-lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar (CPM), que trata *dos crimes contra o serviço militar e o dever militar*. Tutela o serviço militar, bem jurídico de nível constitucional, conforme art. 143 da Constituição Federal (CF), o qual estabelece que “o serviço militar é obrigatório nos termos da lei”.

Trata-se de *crime propriamente militar*, independentemente da teoria² que se adote. Sua tipificação indireta é feita por meio do inciso I³ do art. 9º do CPM, dispositivo legal que define quais são os crimes militares em tempo de paz. Com efeito, é indiscutível a natureza militar de tal delito.

Os arts. 187 a 194 da Lei Penal Militar dispõem sobre uma série de espécies de deserção e crimes militares correlatos, sendo que a presente análise ocupar-se-á do tipo penal previsto no art. 187, que versa sobre a *deserção clássica ou propriamente dita*, eis que é a forma mais praticada.

Seu registro e apuração são feitos por meio de *Instrução Provisória de Deserção (IPD)*, procedimento de Polícia Judiciária Militar delineado nos arts. 451 a 457 do Decreto-lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar (CPPM)⁴.

Caracteriza-se pelo fato de que a formação dos autos ocorre com documentos de natureza administrativa (parte de ausência, inventário de bens pessoais e públicos e parte de deserção) que, quando reunidos, levam à lavratura do *termo de deserção*, quando então a IPD assume feição processual penal militar.

A deserção é claro exemplo do entendimento de que a principal diferença entre crime militar e transgressão disciplinar é a *intensidade*

2 A doutrina traz quatro teorias que buscam definir o que é *crime propriamente militar*: clássica, topográfica, processual e tricotômica. Em qualquer uma delas se enquadra a deserção.

3 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;

4 O CPPM estabelece quatro procedimentos de Polícia Judiciária Militar: inquérito policial-militar, auto de prisão em flagrante delito, instrução provisória de insubmissão e instrução provisória de deserção.

da ofensa ao bem jurídico militar⁵, eis que o militar, quando ingressa em ausência ilegal⁶, pratica mera falta disciplinar, no entanto, se tal condição perdura por mais de oito dias, a ofensa ao serviço militar é de tal monta que acaba por configurar infração penal militar.

E não se trata de infração penal de rara ocorrência. Pelo contrário, é um dos delitos mais comuns. Para se ter uma ideia, apenas no ano de 2022, deram entrada nas Auditorias da 1ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), com jurisdição sobre os Estados do Espírito Santo e do Rio de Janeiro, 288 instruções provisórias de deserção, situação que desperta profundas reflexões sobre o nível de responsabilidade do jovem brasileiro.

Finalmente, com relação à ação penal militar, há previsão de um rito especial⁷, em que, além das condições genéricas da ação⁸, há uma específica, qual seja, o *status* militar do desertor por ocasião do recebimento da denúncia⁹, sendo inclusive o que estabelece o Enunciado nº 12 da Súmula de Jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM):

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

Sobre tal verbete cabem alguns esclarecimentos. A Praça instável é a temporária, isto é, o nacional que cumpre o serviço militar inicial (ou obrigatório) ou voluntário, podendo ser (re)engajada até um total de 96 meses ou oito anos, de acordo com o art. 3º, II, da Lei n. 6.880, de 9 de dezembro 1980, Estatuto dos Militares. Ao desertar, é desligada do serviço ativo e, quando encontrada, é reincluída¹⁰ para que, então, possa ser responsabilizada.

5 Interessante mencionar que o art. 8º, 2ª parte, do Regulamento Disciplinar para a Aeronáutica assim dispõe: “Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar”.

6 A condição de ausente fica caracterizada a partir do 0h do dia seguinte ao da falta injustificada ao serviço de qualquer natureza (operacional ou administrativo), conforme inteligência do art. 451, § 1º, do CPPM.

7 O processo penal militar possui um procedimento ordinário, aplicável a quase todos os crimes militares e alguns ritos especiais, com destaque para aquele aplicável aos crimes militares de insubmissão e deserção.

8 São condições genéricas da ação penal militar: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e justa causa.

9 É o que a doutrina denomina ação penal militar hipercondicionada.

10 A reinclusão, de acordo com a legislação processual penal militar, depende da submissão da Praça sem instabilidade à inspeção de saúde cujo parecer deve ser apto, sob pena de arquivamento da inquisa.

Por sua vez, a Praça estável é a de carreira. Quando deserta, é agregada e, ao ser localizada, é revertida ao serviço ativo. No caso dos Oficiais, o procedimento é distinto, ou seja, antes de ser agregado, já há o recebimento da denúncia, permanecendo a ação penal militar suspensa até sua localização.

O presente artigo está focado nas Praças, notadamente as que prestam o serviço militar inicial ou obrigatório, haja vista ser a imensa parcela dos casos da infração penal militar ora analisada.

Acerca da qualidade de militar do agente paira importante divergência doutrinária e jurisprudencial, com significativa repercussão no seio das Instituições Militares no que toca aos princípios basilares da *hierarquia e disciplina*, ponto central deste trabalho e que será melhor detalhado adiante.

1.2. Condição de procedibilidade x condição de prossequibilidade

Como dito alhures, a ação penal militar relativa ao delito de deserção exige que o denunciado ostente a qualidade de militar quando do recebimento da peça acusatória, sendo inequívoca condição de procedibilidade.

Ocorre que se discute se tal *status* é necessário durante a instrução processual, o que também o caracterizaria como *condição de prossequibilidade*, apta a levar à *extinção do processo sem julgamento de mérito*, com fulcro no art. 485, VI¹¹, da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil (CPC), norma aplicável ao processo penal militar com o permissivo no art. 3º, “e”¹², do CPPPM.

Para o STM, inequívoco tratar-se apenas de condição de procedibilidade, como se vê no Acórdão da Apelação nº 7000864-91.2021.7.00.0000, julgada em 15 de dezembro de 2022, que possui a seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÕES. RECURSOS DO MPM E DA DEFESA. DESERÇÃO. PRELIMINAR DE FALTA DE CONDIÇÃO DE PROSSEQUIBILIDADE. DEFESA. RÉU MILITAR À ÉPOCA DO

¹¹ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual.

¹² Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: e) pela analogia.

RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. PEDIDO MINISTERIAL. REVOGAÇÃO. BENEFÍCIO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA (SURSIS). RÉU LICENCIADO. POLÍTICA CRIMINAL. MANUTENÇÃO DA BENESSE. RECURSO DEFENSIVO. AÇÃO DELITIVA. CARACTERIZAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS. CONDUTA NÃO AMPARADA POR EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 3 DA SÚMULA DO STM. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MANUTENÇÃO. DESPROVIMENTO. DECISÕES UNÂNIMES. O licenciamento do réu não tem o condão de obstar o andamento da atividade jurisdicional que visa apurar o crime de deserção, haja vista não ser condição *sine qua non* a permanência do militar nas fileiras da Força para a prosseguibilidade da ação penal. Precedentes desta Justiça Especializada (...).

Esse também é o entendimento da Administração Superior do Ministério Público Militar, ramo do Ministério Público da União que atua perante a Justiça Castrense, como se verifica no Enunciado nº 17 de sua Câmara de Coordenação e Revisão:

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

Não obstante, os Juízes Federais da Justiça Militar da União, autoridades judiciais de 1º grau, firmaram entendimento de que também é condição de prosseguibilidade, tendo inclusive sedimentado tal posicionamento no Enunciado nº 5 da I Jornada de Direito Militar, realizada entre os dias 28 e 30 de maio de 2019:

“A condição de militar é necessária para o recebimento da denúncia, o prosseguimento do processo e a execução da pena, nos crimes de deserção”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por seu turno, oscila:

Habeas Corpus nº 146.355/RJ, julgado em 22 de junho de 2018

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR). STATUS DE MILITAR DA ATIVA. CONDIÇÃO PARA DEFLAGRAÇÃO DA AÇÃO PENAL. SUPERVENIENTE EXCLUSÃO DAS FORÇAS ARMADAS. IRRELEVÂNCIA, PARA FINS DE PROSSEGUIMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. 1. A ação penal que trata de deserção (CPM, art. 187) somente poderá ser instaurada contra militar da ativa, constituindo, portanto, condição de procedibilidade; isto é, o status de militar é exigido somente na fase inicial do processo, como pressuposto para deflagração da ação penal, sendo irrelevante, para fins de prosseguimento da instrução criminal ou do cumprimento da pena, a posterior exclusão do agente do serviço ativo das Forças Armadas. Inteligência do art. 456, § 4º, e do art. 457, § 1º e § 2º, ambos do CPPM. 2. Agravo Regimental a que se nega provimento.

Habeas Corpus nº 167.584/RS, julgado em 21 de maio de 2019

10. É entendimento desse Supremo Tribunal Federal que a condição de militar da ativa é condição necessária não só para a consumação do crime de deserção, mas também para o processo e julgamento do delito e, em caso de condenação, da execução da pena que for imposta, como resulta do art. 457, § 3º, do Código de Processo Penal Militar (reincluída que seja a praça especial ou a praça sem estabilidade). Portanto, a perda da condição de militar impede o prosseguimento da execução penal, por falta de condição objetiva de procedibilidade. Não há como processar um civil pelo crime de deserção. Diante da exclusão do serviço ativo não há “condição de procedibilidade para o prosseguimento da ação e, por conseguinte, para a execução da pena imposta pelo crime de deserção. Precedentes.” (HC 108.197/PR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 15.02.2012); HC 103.254/PR, rel. Min. Celso de Mello, DJe 13.4.2011; HC 90.672/SP, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 20.03.2009; HC 90.838/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 22.05.2009; HC 79.531/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29.01.1996).

A tese da condição de prosseguibilidade, com o devido respeito, mostra-se *contra legem*, como leciona o destacado Promotor de Justiça Militar Cícero Robson Coimbra Neves:

No caso de praça, uma vez recebida a denúncia, não se prevê na lei processual penal militar a necessidade de que o réu (já denunciado e com denúncia recebida) continue a ostentar a condição de militar. Nos termos do § 3º do art. 457, reincluída a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. Após isso, o juiz determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao Ministério Público, que requererá o arquivamento - ou arquivará, se aceita a nova dinâmica do art. 28 do CPP -, ou o que for de direito, ou oferecerá a denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

Claramente, nos termos legais, ostentar o *status* de militar não é condição de prosseguibilidade (...) oficial ou praça, com processo já em curso, que percam a condição de militar pela demissão, exoneração etc., à luz da lei processual penal militar, continuarão a ser processados, sob pena de causa de extinção de punibilidade não prevista no Código Penal Militar.

Importante mencionar que, até pouco tempo atrás, tal discussão não possuía tanta importância, visto que, como regra, o militar temporário não poderia ser dispensado do serviço militar enquanto estivesse respondendo penalmente, a teor do art. 394 da Lei Processual Penal castrense: “

Artigo 394 - O acusado solto não será dispensado do exercício das funções ou do serviço militar, exceto se, no primeiro caso, houver incompatibilidade com a infração cometida”.

Tal cenário modificou-se com a inclusão do art. 34-A¹³ da Lei n. 4.375, de 17 de agosto de 1964, Lei do Serviço Militar, *in verbis*¹⁴:

13 Disposição incluída pela Lei n. 13.954, de 16 de dezembro de 2019.

14 Inevitável reconhecer que o art. 394 do CPPM foi tacitamente revogado pelo art. 34-A da Lei n. 4.375/1964. Registre-se ainda que o novo dispositivo legal foi introduzido na lei do serviço militar em razão da jurisprudência firmada de que o desertor deveria ser licenciado ao término do serviço militar inicial.

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

Ocorre que, como anunciado, tal celeuma não se limita à seara processual penal militar, haja vista a postura adotada pelos magistrados impactar na ordem das Organizações Militar.

1.3. As responsabilidades disciplinar e penal militar no âmbito das Forças Armadas

Embora o sistema jurídico brasileiro tenha consagrado a *independência das esferas de responsabilidade dos agentes públicos*¹⁵, tal princípio sofre significativa flexibilização nas Instituições Militares Federais.

Dessarte, o art. 42, § 2º, da Lei n. 6.880/1980 preconiza que a conduta que configura transgressão disciplinar e crime militar será responsabilizada apenas na esfera penal militar:

Artigo 42 - [...]

[...]

§ 2º - No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

Tal preceito é repetido nos regulamentos disciplinares das Forças:

Decreto n º 88.545, de 26 de julho de 1983 - Regulamento Disciplinar para a Marinha

Artigo 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.

¹⁵ Como qualquer outro princípio, este não é absoluto, havendo exceções, como a repercussão das decisões penais na seara administrativo-disciplinar.

**Decreto n ° 4.346, de 26 de agosto de 2002 -
Regulamento Disciplinar para o Exército**

Artigo 14 - [...]

[...]

§ 4º - No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

**Decreto n ° 76.322, de 22 de setembro de 1975 -
Regulamento Disciplinar para a Aeronáutica**

Artigo 9º - No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.

Todo ilícito penal (militar) também é um ilícito disciplinar, eis que há inequívoca violação a valores e deveres militares, todavia a autoridade militar estaria impedida de impor sanção disciplinar, em virtude do conjunto normativo supracitado.

É nesse contexto que surge a problemática a ser enfrentada e que será apresentada a seguir.

2. A IMPUNIDADE DO DESERTOR

Como exposto, a responsabilização do militar que consuma o crime de deserção deve ocorrer na esfera penal militar, por meio de denúncia oferecida pelo Ministério Público Militar e do devido processamento pela Justiça Militar da União.

Ocorre que, não raras vezes, durante a instrução processual, o réu é licenciado da Força, deixando de ostentar a qualidade de militar, assim, acolhendo-se o entendimento dos magistrados de 1ª instância, há a extinção do processo penal militar sem julgamento de mérito.

Como consequência, o infrator não é punido na esfera penal militar nem na esfera administrativo-disciplinar. Na primeira, pela tese da condição de prossequibilidade e, na segunda, pela óbvia impossibilidade de se punir disciplinarmente quem não mais pertence à Administração Pública Militar.

Há com isso grave comprometimento à Ordem Administrativa Militar.

Ora, é inegável reconhecer que, em uma sociedade, a sanção tem como um de seus efeitos práticos valorizar os indivíduos que trilharam o caminho da legalidade e intimidar os que pretendem descumprir as normas jurídicas. É assim que lecionam os eminentes membros do Ministério Público do Estado de São Paulo Victor Eduardo Rios Gonçalves e André Estefam:

20.3. FUNDAMENTOS DA PENA

A aplicação da pena ao condenado possui diversos fundamentos. Refere-se ao tema às consequências **práticas** da condenação (...).

a) Preventivo: a existência da norma penal incriminadora visa **intimidar** os cidadãos, no sentido de não cometerem ilícitos penais, pois, ao tomarem ciência de que determinado infrator foi condenado, tenderão a não realizar o mesmo tipo de conduta, pois a transgressão implicará na sanção. Está é a chamada **prevenção geral**. (destaque no original)

Tal aspecto ganha maior relevo no meio militar, já que aquilo que ocorre na caserna acaba sendo do conhecimento de todos. Dito de outra forma, não se mostra salutar que o efetivo de uma Unidade Militar tenha conhecimento de que um integrante que atentou contra o serviço e o dever militar simplesmente não foi punido.

É nesse contexto que se mostra imprescindível a atuação do Ministério Público Militar, responsável pela defesa da ordem jurídica (militar), a teor do art. 127 da CF, cabendo ainda transcrever o art. 55 do CPPM:

Artigo 55 - Cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como bases da organização das Forças Armadas.

Ao *Parquet Militar* incumbe, além do exercício do controle externo da atividade de Polícia Judiciária Militar¹⁶, zelar pelo cumprimento da Lei Penal Militar, *com especial enfoque aos princípios basilares e de envergadura constitucional*¹⁷ *da hierarquia e da disciplina*.

16 Conforme art. 117, II, da Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, a qual dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

17 Art. 142 da Constituição Federal - 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

Aqui, cabe respeitável crítica e oportunidade de reflexão aos membros do Ministério Público Militar. Ainda que se trate de medida processualmente possível, a extinção do processo penal militar sem julgamento de mérito porque o réu desertor perdeu o *status* militar não poderia ser admitida justamente porque ofende os mais importantes bens jurídicos militares.

Ocorre que, ao contrário, vários Órgãos Ministeriais Militares corroboram com a tese da condição de prossequibilidade, deixando de observar parte de sua missão atribuída pela lei processual penal militar no sentido de tutelar a hierarquia e a disciplina, uma vez que, como explanado, tal opção inviabiliza qualquer forma de responsabilização.

Dessa forma, devem-se buscar alternativas que permitam que os desertores sofram algum tipo de reprimenda, de modo a evitar que o sentimento de impunidade tome conta das Organizações Militares.

3. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Vislumbram-se duas possíveis soluções jurídicas para o problema ora proposto, nunca perdendo de vista que o principal objetivo é fortalecer os princípios da hierarquia e da disciplina.

3.1. Estrita observância ao posicionamento do Superior Tribunal Militar

É fato que o ordenamento jurídico pátrio tem buscado aproximar-se do sistema do *Common Law*, o que se confirma, por exemplo, com a edição de súmulas vinculantes¹⁸ e julgamento de casos repetitivos¹⁹.

A norma processual civil, em seu art. 926 e seguintes, inovou ao estruturar um *sistema de precedentes*, como forma de uniformizar a jurisprudência dos tribunais, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Nesse compasso, importa destacar o art. 927, V, do CPC:

Artigo 927 - Os juízes e os tribunais observarão:

garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

18 Lei n. 11.417, de 19 de dezembro de 2006, que regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

19 Incidentes de resolução de demandas repetitivas, recursos especiais e extraordinários repetitivos, nos termos do art. 928 do CPC.

[...]

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Com efeito, de acordo com a citada disposição legal, os Juízes Federais da Justiça Militar devem observar os entendimentos firmados pelo STM, portanto deveriam seguir a orientação no sentido de que a qualidade de militar do desertor é apenas condição de procedibilidade, prosseguindo com a ação penal militar ainda que o réu deixe de integrar as fileiras das Forças.

Acaso se entenda que o mencionado dispositivo legal não seria suficiente para vincular as autoridades judiciais, estaríamos diante de incontestável hipótese para suscitar *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)*, com fulcro no art. 976 e seguintes do CPC, com destaque ao art. 985, transcrito a seguir:

Artigo 985 - Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada:

I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região;

II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

§ 1º - Não observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação.

Não se trata de novidade no âmbito da Justiça Militar da União. Recentemente, o STM julgou, em 22 de agosto de 2019, o IRDR n. 7000425-51.2019.7.00.000, que tratou da controvérsia relativa ao órgão competente para o julgamento de ex-militares.²⁰

Embora seja uma medida processualmente viável, mostra-se radical e que deve ser adotada em último caso, buscando-se outras com maior potencial conciliador entre os operadores do direito envolvidos.

²⁰ Na oportunidade, foi firmada a seguinte tese jurídica, a ser seguida por toda a Justiça Militar da União, que compete aos conselhos de justiça julgar “os civis que praticaram crimes militares na condição de integrantes das Forças Armadas”.

3.2. Aplicação integral do princípio da independência das esferas

Outra alternativa para solucionar o problema colocado é o entendimento de que se aplica aos militares federais a independência das esferas de responsabilidade tal como ocorre com os agentes públicos civis e muito bem sintetizado pelo Procurador da Fazenda Nacional e Professor de Direito Administrativo Matheus Carvalho:

A prática de condutas ilícitas pelos agentes públicos ensejará sua responsabilização na esfera penal, civil e administrativa. Com efeito, é possível que, pela prática de um único ato indevido, o servidor sofra sanções diversas, sendo admitida a cumulação destas sanções sem que se considere a ocorrência de *bis in idem*, uma vez que cada uma das instâncias de apuração do fato tem seu fundamento diverso das demais.

Em outras palavras, o agente faltoso poderá sofrer três sanções por um único ato infracional, não sendo isso analisado como *bin in idem* e, da mesma forma, poderá ser absolvido em um julgamento e punido nos outros, não configurando contradição. Isso acontece porque a regra é a que as esferas são independentes entre si, não havendo interferência da decisão de uma instância, no julgamento das demais.

Não se trata de novidade no universo das Instituições Militares, uma vez que, no âmbito estadual, tal princípio já é perfeitamente aplicável, como se observa no Acórdão relativo à Apelação Cível²¹ n. 0800065-26.2022.9.26.0060 do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, julgada em 27 de março de 2023:

EMENTA

POLICIAL MILITAR - Demissão - Ação Ordinária pleiteando reintegração ao cargo - Alegação de arquivamento do inquérito policial (...) - Arquivamento de inquérito policial sobre os mesmos fatos não obsta o processo disciplinar - Independência das Esferas de Responsabilização (...). O arquivamento do inquérito policial militar na esfera criminal não obsta a apuração administrativa em razão da independência das esferas (...).

²¹ As Justiças Militares Estaduais, ao contrário da Justiça Militar da União, possuem competência para ações contra atos disciplinares, com fundamento no art. 125, § 5º, da CF.

[...]

E não há que se falar em ausência de justa causa para a instauração do Conselho de Disciplina, tendo em vista o arquivamento do IPM.

É sabido que o arquivamento de inquérito policial **não elide a responsabilização disciplinar**; porquanto distinto o ilícito penal do administrativo. Esse tem sido o posicionamento harmônico e pacífico desta Corte Castrense. Em virtude da independência das esferas criminal e administrativa, a autoridade militar tem liberdade para apreciar a questão sob o prisma da deontologia e decidiu, livremente, pela aplicação de sanção disciplinar, não havendo com isso qualquer ilegalidade. (grifo e destaque no original)

Tal interpretação também se mostra possível no nível federal, entendendo-se não recepcionado pela CF de 1988 o art. 42, § 2º, da Lei n. 6.880/1980, como explana o Juiz Federal da Justiça Militar da União Luciano Coca Gonçalves:

(...) há posicionamento doutrinário que defende a incompatibilidade dos dispositivos estatutário e regulamentares citados com a atual Constituição Federal, eis que estariam a ferir o princípio constitucional da independência dos três poderes (art 2º). Sustenta-se, em síntese que a Administração Militar não pode ficar à mercê de uma decisão judicial nem pode o Judiciário interferir sobremaneira no Poder Disciplinar da Administração, como se o Poder Executivo lhe fosse subsidiário.

(...) cabe ressaltar que o Superior Tribunal Militar, de forma geral, para fins penais, tem considerado irrelevante a circunstância de o agente ter sido punido administrativamente pelo mesmo fato apurado no processo penal militar, ainda que a questão não tenha sido definitivamente solucionada na esfera penal, reconhecendo-se, assim, o sistema da independência entre as instâncias penal e administrativa em sua plenitude (...).

Para respaldar sua linha argumentativa, o autor cita o Acórdão dos Embargos de Declaração n. 0000138-10.2014.7.09.0009, julgado pelo STM, em 29 de junho de 2017, cuja ementa é de clareza solar:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONHECIMENTO. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM, VIOLAÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO INFRINGENTE NEGADO. NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA. COEXISTÊNCIA DAS PUNIÇÕES DISCIPLINAR E PENAL

A Defesa arguiu omissão no julgado por nada dizer a propósito da violação ao princípio do *ne bis in idem*.

Alega a Defesa que o embargante fora punido administrativamente com a prisão disciplinar e o licenciamento. Mesmo diante da aplicação da punição administrativa foi sentenciado como incurso na pena do art. 290 do CPM, configurando dupla punição por fato motivador idêntico.

Trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser arguida em qualquer fase ou instância processual.

Inexiste dupla punição pelo mesmo fato. Inquestionável funcionarem as esferas penal, administrativa e civil de modo autônomo e harmônico. Possível a coexistência das punições disciplinar e penal.

Embargos Declaratórios conhecidos e acolhidos parcialmente. Decisão unânime.

Dessarte, com a captura ou apresentação voluntária do desertor e sua conseqüente reinclusão ao serviço ativo, simultaneamente à adoção das medidas processuais penais militares, a autoridade militar poderia instaurar o processo administrativo-disciplinar e, sem a necessidade de se aguardar o desfecho criminal, aplicar a sanção cabível à luz do regulamento disciplinar da Força.

Dito de outra forma, a autoridade militar, simultaneamente, desempenharia suas atribuições de polícia judiciária militar e exerceria sua competência disciplinar. Com isso, ainda que, durante o processo penal militar, ocorra o licenciamento do desertor, já terá ocorrido a punição disciplinar, que, frise-se, pode ter um efeito prático mais importante do que a condenação criminal.

Tal assertiva se justifica porque a responsabilização administrativa poderá levar a uma sanção disciplinar privativa de liberdade enquanto, na esfera penal, considerando os limites do preceito secundário do art. 187 do CPM, será fixado o regime aberto de cumprimento da pena,

se não for concedido o *sursis*²², a teor do art. 84 e seguintes da Lei Penal castrense.

Logo, considerando os efeitos práticos, a reprimenda disciplinar apresenta-se mais eficaz, tanto sob a ótica do transgressor quanto sob o ponto de vista dos integrantes da Organização Militar.

Para tanto, mostra-se necessário conferir às autoridades militares alguma forma de segurança jurídica para que possam deflagrar um processo administrativo-disciplinar ao mesmo tempo em que há uma persecução penal militar.

Uma opção seria a expedição de *recomendação*, com fulcro no art. 6º, XX²³, da Lei Complementar n. 75/1993 e na Resolução n. 164²⁴, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, orientando a forma de proceder das autoridades militares.

A medida ora proposta, por via reflexa, resolveria outra questão, permitindo a punição do desertor mesmo antes de instauração da ação penal militar. Isso porque é uma realidade o arquivamento de instruções provisórias de deserção, antes do início do processo penal militar, sob o fundamento de que o indiciado perdeu o *status* de militar, ou seja, o desertor foi licenciado antes do recebimento da peça acusatória pela autoridade judicial²⁵.

Ainda que o procedimento de polícia judiciária militar seja arquivado, a teor do art. 397 do CPPM, o infrator terá sido punido disciplinarmente, mantendo-se íntegras a hierarquia e disciplina.

4. CONCLUSÃO

Os Operadores do *Direito Militar*, em seu trabalho hermenêutico, não podem se olvidar da preservação dos valores e deveres militares ao buscar soluções jurídicas para os casos que se apresentam.

22 Estamos diante de outra divergência jurisprudencial porquanto o art. 88, II, “a”, do CPM, em sua literalidade, veda a suspensão condicional da pena (*sursis*). Apesar disso, o STM firmou entendimento da possibilidade de concessão do benefício aos desertores condenados que deixaram de ser militares. Juízes de 1ª instância da Justiça Castrense estenderam esse posicionamento no sentido de conceder o *sursis* a qualquer pessoal, uma vez que a vedação violaria o princípio constitucional da individualização da pena.

23 Art. 6 - Compete ao Ministério Público da União: XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

24 Disciplina a expedição de recomendações pelo Ministério Público brasileiro.

25 Neste caso, o *status* militar é condição de procedibilidade.

Nesse contexto, incumbe ao Ministério Público Militar, além do controle externo da atividade de polícia judiciária militar, fiscalizar o cumprimento da Lei Penal Militar, tendo em conta os princípios constitucionais e basilares da hierarquia e disciplina, assim, as providências processuais adotadas por seus órgãos devem observar a *índole do processo penal militar*²⁶.

Dessa forma, os membros do *Parquet das Armas* devem buscar alternativas que compatibilizem o desenvolvimento da persecução penal militar sem prejudicar os bens jurídicos militares.

Esse especial ramo do Ministério Público da União deve propiciar condições para que a autoridade militar possa desempenhar suas atribuições de polícia judiciária militar e suas competências disciplinares da melhor forma possível.

Respeitado entendimento em sentido contrário, a segunda alternativa, com eventuais aperfeiçoamentos, mostra-se mais adequada, pois concilia o processo penal militar (e a tese da qualidade militar ser condição de procedibilidade e de prossequibilidade) e o direito administrativo disciplinar militar²⁷, ramo jurídico que, com a devida vênia, merece maior protagonismo na prevenção a combates a ilícitos no seio das Forças Armadas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal Militar**. 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Código Penal Militar**. 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²⁶ Expressão prevista no artigo 3º, “a”, do CPPM que gera discussões sobre seu significado, mas que, sem sombra de dúvidas, abrange a observância à hierarquia e disciplina.

²⁷ Em linhas gerais, o direito administrativo disciplinar militar diz respeito à aplicação de sanções disciplinares, inclusive privativas de liberdade, aos militares, nos termos dos regulamentos disciplinares, com a observância do devido processo legal, notadamente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Estatuto dos Militares**. 1980. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Lei do Serviço Militar**. 1964. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm>. Acesso em: 14 jun. 2023.

BRASIL. **Lei Orgânica do Ministério Público da União**. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar para a Aeronáutica**. 1975. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/d76322.htm>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar para a Marinha**. 1983. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1983/d88545.html>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. **Regulamento Disciplinar para o Exército**. 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm>. Acesso em: 13 jun. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 146.355/RJ**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 22 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus n. 167.584/RS**. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 21 de maio de 2019. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Apelação n. 7000864-91.2021.7.00.0000**. Apelantes: Wesley Luiz da Rocha Teixeira e Ministério Público Militar. Apelados: os mesmos. Relator: Ministro Francisco Joseli Parente Camelo. Brasília, 15 de dezembro de 2022. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Embargos de Declaração n. 0000138-10.2014.7.09.0009**. Embargante: Alex Sander Ribeiro Lodi. Requerido: Acórdão do Superior Tribunal Militar n. 138-10.2014.7.09.0009/MS. Relatora: Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Brasília, 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 7000425-51.2019.7.00.0000**. Requerente: Ministério Público Militar. Requerido: 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar. Relator: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Brasília, 22 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.stm.jus.br/>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: JusPODIVM. 2020.

GONÇALVES, Luciano Coca. Crime Militar Extravagante de Licitação e Contrato. In: NEVES, Cícero Robson Coimbra (coord.). **Crimes Militares Extravagantes**. Volume Único. São Paulo: JusPODIVM, 2022.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; ESTEFAM, André. **Direito Penal Esquematizado**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar**. Volume Único. São Paulo: JusPODIVM. 2022.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. **Apelação n. 0800065-26.2022.9.26.0060**. Apelante: Marcos Antonio Franca. Apelado: Fazenda Pública do Estado de São Paulo. Relator: Juiz Enio Luiz Rosseto. São Paulo, 27 de março de 2023. Disponível em: <<https://www.tjmsp.jus.br/>>. Acesso em: 14 jun. 2023.