

O desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor e suas repercussões processuais na instrução provisória de deserção

Rafael Martins Liberato de Oliveira

Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014).

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4979167532874116>

e-mail: rafaelmartinsliberato@gmail.com

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail:

claudia.luz@mpm.mp.br)

Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail:

fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 10/10/2023

Data de aceitação: 11/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10076000

RESUMO: No presente artigo, baseado em pesquisa teórica e aplicação do método dedutivo mediante revisão de literatura e análise de textos legais, buscamos demonstrar a existência de uma discricionariedade regrada conferida pelo ordenamento jurídico aos comandantes quanto à reinclusão de desertores, especialmente nos casos em que a captura ou apresentação voluntária não ocorre depois de decorridos longos períodos, havendo indicativos de que o trânsito pode já não atender a todas as condições necessárias à prestação do serviço militar. Sustentamos que essa possibilidade é decorrência de uma interpretação sistemática das normas envolvidas, à luz de determinados princípios constitucionais. Defendemos, ademais, que a manifestação expressa ou tácita do desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor, respeitada a independência

funcional dos membros Ministério Público Militar e da Justiça Militar da União, pode gerar repercussões processuais na instrução provisória de deserção, culminando na própria extinção do procedimento, em razão da ausência de interesse de agir, considerada por parte da doutrina como uma das condições da ação penal.

PALAVRAS-CHAVE: deserção; Administração Militar; discricionariedade; serviço militar; extinção da punibilidade; interesse de agir.

ENGLISH

TITLE: The lack of Military Administration interest in the reintegration of deserters and its procedural repercussions in the provisional desertion proceedings.

ABSTRACT: In this article, based on theoretical research and the application of deductive methodology through a literature review and analysis of legal texts, we aim to demonstrate the existence of a regulated discretion granted by the legal system to commanders regarding the reintegration of deserters, especially in cases where capture or voluntary presentation does not occur after extended periods, with indications that the defector may no longer meet all the necessary conditions for military service. We argue that this possibility is a result of a systematic interpretation of the involved norms in light of specific constitutional principles. Furthermore, we contend that the expressed or tacit manifestation of the Military Administration's lack of interest to promote the deserter's reintegration, while respecting the functional independence of the members of the Military Public Prosecutor's Office and the Military Justice, may have procedural repercussions in the provisional desertion proceedings, potentially leading to the termination of the procedure itself due to a lack of standing to bring an action, as considered by certain doctrinal perspectives as one of the conditions for criminal action.

KEYWORDS: desertion; Military Administration; discretion; military service; extinction of punishability; interest to act.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Do regramento legal das instruções provisórias de deserção e casos expressos de arquivamento – 3 Da discricionariedade regrada da Administração Militar na reinclusão de desertores: uma consequência necessária da incidência de princípios constitucionais – 4 Das consequências processuais da manifestação da Administração Militar e a possível extinção da instrução provisória de deserção por ausência de interesse de agir – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma leitura conjugada dos parágrafos primeiro a terceiro do art. 457 do Código de Processo Penal Militar¹, conclui-se que, na deserção de praça, a reinclusão (se praça sem estabilidade) ou reversão ao serviço ativo (se praça estável) são condições de procedibilidade para a apresentação e recebimento de denúncia².

251

¹ Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

Inspecção de saúde

§ 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

§ 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

Reinclusão

§ 3º Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

² Nesse sentido, a súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar.

No caso da deserção de oficial, a lei processual penal militar não prevê condição de procedibilidade para a apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Todavia, o prosseguimento do processo após o recebimento da exordial acusatória dependerá da captura ou apresentação voluntária do oficial desertor, na forma do art. 454, § 4º, do CPPM³.

Em outros termos, seja qual for a modalidade de deserção, o exame do mérito da pretensão punitiva estatal pelo Poder Judiciário pressupõe a prévia captura ou apresentação voluntária do agente do crime. No caso dos oficiais, isso é necessário para o prosseguimento do processo às fases posteriores ao recebimento da denúncia. No tocante às praças, a exigência decorre da necessidade de prévia reinclusão ou reversão, conforme o caso, já que o *status* de militar do denunciado é condição imposta pela lei para o recebimento da denúncia.

Por outro lado, o art. 132 do Código Penal Militar estabelece um regramento especial para o cômputo do prazo prescricional referente ao crime de deserção ao determinar que, em se tratando do referido delito, “embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”.

A aplicação conjunta de todos esses dispositivos legais conduz a uma conclusão incontornável: nos casos em que o agente jamais se apresenta ou vem a ser capturado, as instruções provisórias de deserção poderão se arrastar por décadas, sem qualquer resultado prático, até a consumação da prescrição, o que somente ocorrerá quando o desertor completar a idade

³ Art. 454. Transcorrido o prazo para consumir-se o crime de deserção, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente ou ainda a autoridade superior, fará lavrar o termo de deserção circunstanciadamente, inclusive com a qualificação do desertor, assinando-o com duas testemunhas idôneas, publicando-se em boletim ou documento equivalente, o termo de deserção, acompanhado da parte de ausência. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)
(...)

§ 4º Recebida a denúncia, o Juiz-Auditor determinará seja aguardada a captura ou apresentação voluntária do desertor.

legalmente exigida. Não se trata de um problema exclusivamente teórico, mas sim de uma situação extremamente comum nas auditorias de todo o país.

Cabe destacar que, em muitos desses casos, a atuação da Administração Militar se limita à lavratura do termo de deserção, atendendo às formalidades prescritas pela lei, e seu encaminhamento à auditoria competente, sem qualquer realização de diligências com o propósito de captura dos desertores, a não ser aquelas que venham a ser requisitadas pelo MPM. Quando as diligências adotadas nos primeiros anos posteriores à consumação da deserção restam infrutíferas, raramente esses procedimentos produzem resultados práticos, limitando-se comumente a sucessivas vistas ao Ministério Público, apenas para que o membro oficiante manifeste que, no seu entender, já não há mais diligências cabíveis a serem requisitadas.

É evidente que disso surgem diversos inconvenientes, notadamente o dispêndio de recursos materiais e humanos em procedimentos fadados ao arquivamento. Frise-se que, em muitas das instruções provisórias de deserção mais antigas, mesmo na improvável hipótese de captura ou apresentação voluntária do agente, a sua reinclusão às fileiras das Forças Armadas se torna inviável em razão de fatos supervenientes (v.g., o caso dos conscritos que desertam e, nos anos seguintes, tornam-se arrimos de família).

Diante desse cenário, promotores atuantes perante a 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar passaram a defender, em suas manifestações, uma tese segundo a qual, no caso de instruções provisórias de deserção que tramitam há mais de dez anos ou nas quais o agente do crime, em se tratando de praça sem estabilidade, já tenha completado trinta anos de idade ou mais, poderá ser encaminhado ofício ao respectivo comandante, para que este manifeste o interesse ou não da Administração Militar na reinclusão do desertor. Em caso de manifestação da autoridade pelo desinteresse na reincorporação do agente à Força ou se, no entender do Ministério Público e do Judiciário, esse desinteresse resultar de outras

circunstâncias, a exemplo da absoluta inexistência de diligências adotadas pela autoridade militar com o fito de promover a localização e captura do desertor, a IPD poderá, segundo essa compreensão, ser arquivada por ausência de interesse de agir.

A tese em questão vem sendo acolhida pelos magistrados da referida auditoria, o que culminou no arquivamento de diversas instruções provisórias de deserção que ali tramitavam há muitos anos, décadas em alguns casos.

Ocorre que o procedimento adotado por aquele órgão jurisdicional de primeira instância encontrou resistência na Corregedoria do Superior Tribunal Militar. Em 02 de junho de 2022, o então Corregedor, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, encaminhou o OFÍCIO CORREGEDORIA - Nº 2668353, tendo como destinatário o Comandante Militar do Leste, o General de Exército André Luiz Novaes Miranda.

Reproduzimos, a seguir, o inteiro teor do citado documento:

Senhor Comandante,

1. Cumprimentando-o cordialmente, venho à honrosa presença de Vossa Excelência para abordar o assunto abaixo relatado, o qual chegou ao conhecimento desta Corregedoria da Justiça Militar no contexto da jurisdição correicional deste signatário, prevista no art. 14, inciso I, alínea "b", da Lei n. 8.457/1992 (Lei de Organização Judiciária Militar): 1.1 Ao proceder a análise correicional da Instrução Provisória de Deserção número 000004-76.2003.7.01.0401, que tramitou na 4ª Auditoria da 1ª CJM (RJ), oriunda do 2º Regimento de Cavalaria de Guarda, observou-se prática inconveniente na prestação de informações do Comando, dando ensejo a fundamento de arquivamento do procedimento, sem amparo no rito próprio. 1.2 Desse modo, diligência promovida pelo Ministério Público Militar em 18.04.22 (4ª PJM/RJ), solicitou ao Comando da OM "informar se remanesce interesse na reinclusão" do desertor ALEXANDRE DA SILVA ALVES PINTO. Ocorre que o desertor não estava apresentado ou capturado. 1.3 Por meio de Ofício de 20.04.22, o Comando informou: "manifesto o não interesse(sic) na reinclusão do senhor ALEXANDRE DA SILVA ALVES PINTO, desertor desta Organização Militar (OM) sob o IPD 000004-76.2003.7.01.0401" (grifo nosso). 1.4 Em decorrência da informação, o MPM requereu ao Juízo o arquivamento da IPD com base no art. 457, § 2º, do CPPM, ao nosso sentir, inadequado ao caso em tela, pois o desertor não estava

apresentado, como também a autoridade militar não possui atribuição discricionária para agir por conveniência nessa sede. 1.5 O Juízo deferiu a promoção de arquivamento ao fundamento de "carência da condição para o exercício da ação penal militar". 2. Da análise correicional, evidencia-se a inadequação da extinção anômala do Procedimento de Deserção, inspirada na manifestação do Comando da OM e totalmente divorciada do rito previsto no Código de Processo Penal Militar: artigos 456 e 457. Nesse sentido, cabe recordar que o desertor capturado ou que se apresente deve ser submetido a inspeção de saúde e, caso considerado apto, será obrigatoriamente reincluído. A lei não permite outra via alternativa, devendo os incidentes serem decididos em Juízo. 2.1 Ao responder consulta atípica do MPM, data vênua o Comando laborou em equívoco e excedeu suas atribuições de Polícia Judiciária Militar, pois não compete a autoridade administrativa manifestar opinião acerca da conveniência da reinclusão de desertor foragido, opinando sobre hipótese, em verdadeira análise virtual. 2.2 A resposta iluminou o Órgão Agente e constituiu amparo para a imprópria extinção da IPD, ainda não alcançada a prescrição, não apresentado o desertor e, por consequência, a divergir do rito estabelecido na lei, pois a prescrição somente seria alcançada após a idade de 45 anos, segundo dispõe o art. 132 do Código Penal Militar. 2.3 No exame desta Corregedoria, a manifestação do Comando nos termos verificados é prática irregular a ser imediatamente obstada com a segura orientação jurídica para as Organizações Militares, de modo a não se expressar entendimento que contrarie o Direito Positivo. 3. Sendo assim, encareço esse Grande Comando a divulgar orientação jurídica aos Comandos subordinados, especificamente quanto ao aspecto ventilado, a fim de se evitar precipitações opinativas que possam dar azo ao arquivamento de Instruções Provisórias de Deserção para além das hipóteses legais. 4. Preveleço-me desta oportunidade para renovar os votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Ministro-Corregedor da Justiça
Militar

Desta forma, os argumentos esposados pelo eminente Ministro, em síntese, focaram-se na alegada ausência de amparo legal do procedimento acolhido pela 4ª Auditoria da 1ª CJM, já que, no seu entender, a lei não conferiria ao Comandante a possibilidade de juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da reinclusão do desertor, e, não tendo ocorrido a captura ou apresentação voluntária do agente do crime, a instrução

provisória de deserção referida no ofício somente poderia ser extinta após o decurso do prazo prescricional fixado pelo 132 do Código Penal Militar.

No presente artigo, manifestaremos as razões pelas quais discordamos do respeitável posicionamento externado pela Corregedoria do STM.

Iniciaremos por uma análise sobre o regramento legal das instruções provisórias de deserção, incluindo as hipóteses de extinção desse procedimento de polícia judiciária militar. Trataremos sobre a natureza jurídica não vinculante do entendimento firmado no OFÍCIO CORREGEDORIA – Nº 2668353. Em seguida, examinaremos a possibilidade de manifestação da Administração Militar sobre o seu (des)interesse na reinclusão de desertores, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis, defendendo que se trata de ato administrativo submetido a uma discricionariedade regrada. Por fim, defenderemos que o posicionamento, expresso ou tácito, da Administração Militar, pode trazer repercussões processuais, culminando na extinção da IPD por ausência de interesse de agir, sempre respeitada a independência funcional dos membros do Ministério Público e do Judiciário atuantes no caso.

256

2 DO REGRAMENTO LEGAL DAS INSTRUÇÕES PROVISÓRIAS DE DESERÇÃO E CASOS EXPRESSOS DE ARQUIVAMENTO

A Instrução Provisória de Deserção (IPD) é um dos procedimentos de polícia judiciária militar previstos e regulamentados no CPPM. Como aduz Cícero Robson Coimbra Neves (2018, p. 676):

O terceiro procedimento de polícia judiciária militar consiste no referente à apuração do crime de deserção, intitulado procedimento de deserção, termo de deserção ou instrução provisória de deserção, cujas disposições se aplicam integralmente aos crimes dos arts. 187, 188, I a III, e 192 do Código Penal Militar, todos eles consumados com o transcurso de oito dias após um ato específico (falta ao

serviço, não retorno à Unidade após férias, fuga após cometimento de crime etc.).

O Código Processual Penal castrense prevê dois procedimentos distintos que podem reger as instruções provisórias, a depender das condições pessoais do desertor. Caso se trate de oficial, a IPD será regida de acordo com as regras previstas nos artigos 454 e 455. Em se tratando de praça, aplicam-se as regras previstas nos artigos 456 e 457.

A fase preambular de ambos os procedimentos é regida pelas normas gerais dos artigos 451 a 453, concernentes às formalidades sobre lavratura e os efeitos do termo de deserção. O art. 452 possui especial relevância, ao prescrever que o termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e sujeita o desertor desde logo à prisão.

A diferença mais fundamental consiste nos requisitos para início e prosseguimento da ação penal. Na deserção de oficial, não há previsão de condição de procedibilidade a ser observada antes do recebimento da denúncia, porém, após este marco, o processo somente prosseguirá com a captura ou apresentação voluntária do desertor. Já na deserção de praça, o agente do crime será excluído do serviço ativo, se não possuir estabilidade, ou agregado, em se tratando de praça estável. Em caso de captura ou apresentação voluntária, a praça sem estabilidade será reincluída, após se submeter à inspeção de saúde que ateste a sua aptidão para o serviço militar. A praça com estabilidade, por sua vez, será revertida ao serviço ativo, sem necessidade de se submeter à inspeção de saúde. Somente após a reinclusão ou reversão, conforme o caso, a denúncia poderá ser recebida (condição de procedibilidade).

Existe, portanto, em todos os processos de deserção, a exigência de captura ou apresentação voluntária do acusado como um requisito imprescindível à conclusão da ação penal. Sem a presença do desertor, ao

menos nas fases iniciais do procedimento, o juiz não poderá proferir sentença de mérito, seja absolutória ou condenatória.

A primeira hipótese legalmente prevista de arquivamento da IPD é apresentada pelo art. 457, § 2º, do CPPM, incidindo nos casos em que a ata de inspeção de saúde informar conclusão pela incapacidade definitiva da praça desertora sem estabilidade para o serviço militar. Trata-se, inclusive, de uma consequência lógica resultante da condição de procedibilidade acima referida. Não podendo o desertor ser reincluído, será inviável a apresentação de denúncia pelo Ministério Público Militar.

No art. 457, 3º, há menção expressa à possibilidade de o *Parquet* das Armas requerer o arquivamento do feito, mesmo após a reinclusão ou reversão ao serviço ativo da praça desertora. Implicitamente, neste ponto, a lei se refere à possibilidade de extinção da IPD por outros motivos, tais como a ocorrência de nulidades insanáveis no curso do procedimento ou a presença de circunstâncias que afastem a ocorrência do crime, tais como excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Por fim, outra hipótese de extinção da IPD pode ocorrer quando incidir causa extintiva da punibilidade do agente, especialmente a prescrição. No caso dos desertores tânsfugas (aqueles que não foram capturados e nem se apresentaram), o art. 132 do CPM prevê um regramento específico para o cômputo do prazo prescricional, dispondo que no “crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”.

A doutrina apresenta algumas razões que justificam a existência desse regramento especial (Neves, 2015, p. 149-150). Uma delas seria o propósito de o legislador estabelecer a prescritibilidade do crime de deserção no caso do tânsfuga, que sem a dita norma se tornaria “imprescritível”, em razão da natureza permanente do delito. A outra seria estabelecer um limite etário a partir do qual existe uma presunção absoluta (*juris et de jure*) no

sentido de que o agente não mais poderá servir aos propósitos do serviço militar. Essa percepção é reforçada pelo fato de que o art. 5º da Lei 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar Obrigatório) estabelece que a “obrigação para com o Serviço Militar, em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco anos).

De todo modo, o regramento em questão representa um expressivo alargamento do prazo prescricional no crime de deserção, que em alguns casos poderá chegar a décadas. Por isso não é incomum, em diversas auditorias do país, a identificação de IPDs que tramitam há dez, vinte ou mais anos, mesmo sendo extremamente remota a probabilidade de que tais desertores sejam capturados (até porque normalmente as diligências para a captura não se prolongam por tanto tempo) ou venham a se apresentar espontaneamente. Ademais, mesmo na improvável hipótese de captura ou apresentação voluntária em tais casos, o longo período decorrido faz supor que parcela considerável desses indivíduos, por diversas razões, já não detêm mais as condições necessárias para a prestação do serviço militar.

Diante disso, é inevitável o surgimento do questionamento quanto à adequação e razoabilidade da não previsão de outras hipóteses de extinção das instruções provisórias de deserção, sem que se faça necessário aguardar que os trânsfugas completem os elevados limites etários legalmente previstos. Como desenvolveremos a seguir, pensamos que, em certas circunstâncias, outras hipóteses de arquivamento da IPD podem surgir, com fulcro na aplicação direta de princípios constitucionais e na interpretação sistemática e teleológica do conjunto de normas que regem os aspectos materiais e processuais do delito em questão.

3 DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR NA REINCLUSÃO DE DESERTORES: UMA

CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA DA INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma interpretação literal do já mencionado art. 457, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, reforçada pelo que dispõe o art. 128, § 3º, da Lei nº 6.880/1980⁴ (Estatuto dos Militares), e, com ainda maior ênfase, o art. 80 do Decreto nº 57.654/1966⁵, pode conduzir à conclusão de que, em havendo captura ou apresentação voluntária do desertor, e sendo este considerado apto para o serviço após inspeção de saúde, a Organização Militar estará obrigada a promover a sua reinclusão às fileiras da Força, não havendo espaço para qualquer margem de discricionariedade do Comandante quanto a isso.

Todavia, entendemos que essa percepção inicial não resiste a uma leitura sistemática dessas normas, à luz de princípios constitucionais.

É cediço que a distinção fundamental entre atos administrativos vinculados e discricionários reside na maior ou menor liberdade conferida ao agente público no momento da sua prática. Enquanto naqueles a lei elenca todos os elementos do ato administrativo, incluindo o motivo e o objeto, nestes últimos existe espaço para juízo de conveniência e oportunidade pelo administrador.

O poder discricionário é uma ferramenta imprescindível para que a Administração Pública (inclusive no âmbito da Administração Militar) possa

⁴ Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a conseqüente demissão ex officio para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.
(...)

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

⁵ Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão **obrigatoriamente** incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.

Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, deste Regulamento. (g.n.)

cumprir adequadamente os seus objetivos constitucionais, já que seria impossível ao legislador prever todas as situações concretas nas quais o gestor precisará fazer escolhas por um outro caminho. Como leciona José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 68):

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. **Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.** Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação. (g.n.)

261

Examinando o mesmo conceito com foco na Administração Militar, Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2023, p. 65) leciona que o poder discricionário se faz presente sempre que a lei facultar, implícita ou explicitamente, ao administrador a prática de determinados ato com base em critérios subjetivos, i.e., apoiado em um juízo de conveniência e oportunidade.

Desta forma, ainda que a lei não disponha de modo expresse, a discricionariedade do ato pode estar implícita, por exemplo, a partir da utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados (v.g., “ordem pública”, “interesse coletivo” etc.). Em certos casos, entendemos que também

é possível inferir a natureza discricionária do ato a partir da interpretação sistemática das normas envolvidas, especialmente quando conclusão diversa puder implicar a vulneração de valores constitucionalmente resguardados.

Por outro lado, a doutrina administrativista é unânime ao esclarecer que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, já que o agente público sempre deve motivar a sua conduta no ordenamento jurídico, guiado necessariamente pelo propósito de atender ao interesse público no caso concreto, sob pena de desvio de poder.

Postas tais premissas, identificar se existe algum grau de discricionariedade no ato de reinclusão da praça desertora passa, inicialmente, pela própria identificação de qual é o bem jurídico resguardado pela previsão legal, bem como de quais são os princípios constitucionais que conformam a atividade militar.

O crime de deserção (art. 187) e seus casos assimilados (art. 188) estão previstos no título III do Código Penal Militar, intitulado “Dos crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar”. Como asseveram Cícero Coimbra e Marcelo Streifinger (2021, p. 1.105), o tipo penal em questão tutela “o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente”, bem como o “dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão”.

Não restam dúvidas de que o serviço militar (obrigatório ou não) é um dos instrumentos necessários ao atendimento das missões precípua das Forças Armadas, dispostas no art. 142 da Constituição Federal de 1988. Ademais, os princípios da hierarquia e da disciplina, expressamente mencionados no dispositivo constitucional em questão são não apenas elementos estruturantes das instituições militares, mas também condicionantes da interpretação/aplicação de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico a respeito dessas instituições. Como assinala Alexandre Reis de Carvalho (2005, n.p.):

(...) hierarquia e disciplina são conceitos em que se baseiam, estruturam e organizam as Forças Armadas, encontrando-se consagrados na atual Carta Magna com verdadeiros princípios constitucionais, não por estarem inseridos no texto constitucional, **mas pela sua orientação de cunho axiológico**, compondo a própria essência da regulação política do Estado (acerca desta questão, analisaremos oportunamente a natureza jurídica dos princípios). **Não por acaso, mas pela sua inquestionável importância, a hierarquia e a disciplina militar, inerentes a todas instituições militares, fazem jus a efetiva tutela do Direito Constitucional, Penal e Administrativo.**(g.n.)

Desta forma, parece-nos evidente que a Administração Militar jamais pode se afastar desses vetores axiológicos, mesmo quando isso implique a aplicação direta de princípios constitucionais, em detrimento da literalidade de normas legais, se do contrário puder resultar o comprometimento de valores constitucionalmente resguardados. Em outras palavras, em todas as suas atuações os comandantes devem levar em consideração o cumprimento da missão das Forças Armadas, inclusive de modo a preservar os preceitos da hierarquia e da disciplina no seio da organização sob sua responsabilidade.

É por essa razão que entendemos inadequada a interpretação segundo a qual apenas quando a ata de inspeção de saúde revelar a inaptidão do desertor para o serviço militar a organização militar estará dispensada do dever de promover a sua reinclusão.

Para melhor visualizarmos os inconvenientes resultantes de uma visão intransigente no sentido contrário, apresentamos a seguinte situação hipotética. Determinado conscrito se ausenta injustificadamente por mais de oito dias da organização militar em que servia, consumando o crime de deserção. Em cumprimento ao que dispõe o art. 456, § 4º, do CPPM, é promovida a sua exclusão do serviço ativo. Meses depois, durante operação policial em uma comunidade, o ex-militar é preso em flagrante delito, portando ilegalmente um fuzil e significativa quantidade de droga, em

circunstâncias que indicam ter sido recrutado por uma conhecida organização criminosa.

Frise-se que, embora pareça um exemplo extremo, situações como essa, infelizmente, não são incomuns, especialmente no Rio de Janeiro, onde jovens com experiência militar e em situação de vulnerabilidade econômica e social muitas vezes acabam sendo aliciados pelas facções criminosas, que exercem o seu domínio em diversas regiões da cidade, um problema social e de segurança pública complexo e que gera consequências às quais nenhuma instituição está imune, incluindo as Forças Armadas.

Pergunta-se: nesse caso, se a ata de inspeção de saúde informar que o desertor encontra-se física e mentalmente apto para o serviço militar, estará o Comandante obrigado a promover a sua reinclusão, a fim de que o agente possa responder a processo pelo crime de deserção, nos termos do art. 457, § 1º, do CPPM? Parece-nos evidente que não, e uma leitura sistemática do conjunto normativo supracitado autoriza essa conclusão.

Primeiramente, são flagrantes os riscos que seriam gerados à tropa (e indiretamente a toda a sociedade), se fosse autorizada a presença de agentes envolvidos com o crime organizado no seio das Forças Armadas, sendo óbvias as consequências deletérias que isso implicaria para a manutenção da hierarquia e da disciplina na tropa.

Ademais, a idoneidade moral é um aspecto a ser considerado tanto na seleção de candidatos ao oficialato e de graduados⁶, como naquela

⁶ Nesse sentido, o art. 11 do Estatuto dos Militares:

Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e **idoneidade moral**, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. (g.n.)
Parágrafo único. O disposto neste artigo e no anterior aplica-se, também, aos candidatos ao ingresso nos Corpos ou Quadros de Oficiais em que é exigido o diploma de estabelecimento de ensino superior reconhecido pelo Governo Federal.

referente ao serviço militar obrigatório⁷. Parece-nos óbvio, diante disso, que também no momento da reinclusão do desertor, o Comandante pode e deve averiguar se esse requisito permanece sendo preenchido pelo ex-militar.

Todavia, considerando a indeterminação jurídica do conceito de idoneidade moral, que demanda valorações à luz das especificidades de cada caso concreto, essa resposta somente encontra algum respaldo jurídico se considerarmos que o ato de reinclusão do desertor, diferentemente do que sustenta parte da doutrina, não é vinculado, mas sim que está submetido a uma espécie de discricionariedade regrada.

Antes de se proceder à reinclusão, deverá ser averiguado se o desertor ainda preenche todos os requisitos para o exercício da atividade militar, bem como se, diante das circunstâncias concretas do caso, a reinserção do agente na tropa é conveniente e oportuna à luz da hierarquia e da disciplina e dos demais princípios que regem a vida na caserna. Somente no caso de resposta afirmativa, o ato administrativo em questão deve ser praticado.

Esse juízo de valor a ser feito pelo comando, por outro lado, está condicionado não apenas pela lei e pelos regulamentos próprios, mas também e especialmente pelos princípios constitucionais que regem a Administração Militar e a Administração Pública como um todo, incluindo aqueles implícitos no texto constitucional, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

⁷ A Lei do Serviço Militar, em seu art. 13, insere o “aspecto moral” como um dos que devem ser avaliados no momento da seleção dos convocados para o serviço militar obrigatório, assim como dos voluntários. O Decreto nº 57.654 de 20 de janeiro de 1966, que a regulamenta, trata da idoneidade moral como critério de seleção em diversos dispositivos e o seu art. 109, “2”, dispõe que são isentos do serviço militar “os convocados que estiverem cumprindo sentença por crime doloso, ou que, **quando da seleção apresentarem indícios de incompatibilidade que, comprovados em exame ou sindicância, revelem incapacidade moral para integrarem as Forças Armadas**, bem como os que, depois de incorporados, forem expulsos das fileiras.” O trecho em negrito denota o caráter subjetivo dessa avaliação, visto que não se especifica por que seriam considerados “indícios que revelam incompatibilidade moral” para que o indivíduo examinado venha a integrar as Forças Armadas, o que reforça a conclusão pela natureza discricionária (regrada) do ato de incorporação. (g.n.)

Com relação ao princípio da razoabilidade, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2019, p. 492) apontam quatro acepções que esse conceito pode assumir, das quais duas interessam para a discussão proposta neste estudo, quais sejam, a razoabilidade como *coerência* e a razoabilidade como *equidade*. Segundo os autores, a razoabilidade como coerência veda que o Estado atue de maneira contraditória, ao passo em que a razoabilidade como equidade permite que, em hipóteses excepcionais, as normas gerais sejam adaptadas, em sua aplicação, às circunstâncias do caso concreto, ou ainda que se negue a aplicação da norma, quando esta provocar grave e flagrante injustiça.

Caso se considere o ato de reinclusão do desertor como vinculado, o princípio da razoabilidade poderá ser lesado nessas duas acepções, a depender das circunstâncias do caso concreto.

No primeiro caso (razoabilidade como coerência), ausência de simetria entre os requisitos exigidos para o ingresso inicial nas Forças Armadas e aqueles observados no momento da reinclusão, quando somente a aptidão física seria avaliada.

No segundo caso (razoabilidade como equidade) o princípio estaria vulnerado, por exemplo, caso se entendesse como compulsória a reincorporação dos desertores que se tornaram arrimos de família após a prática do crime. Isso porque, assim como a inaptidão, definitiva ou por tempo superior a noventa dias, para o serviço militar em caso de moléstia ou acidente (circunstância que pode ser avaliada no momento da inspeção de saúde), a aquisição da condição de arrimo de família após a incorporação também é uma das causas legais que levam à desincorporação do militar (art. 31, § 2º, alínea “b”, da Lei do Serviço Militar). Desta forma, dispensar da reinclusão (e por conseguinte de eventual ação penal pelo crime de deserção) apenas os desertores que se enquadram no primeiro caso, deixando de aplicar

essa interpretação benéfica aos que se tornaram arrimos de família durante o período em que estavam foragidos seria fonte de grave e flagrante injustiça.

Nos casos dos trãnsfugas que permanecem foragidos por longos períodos, o juízo discricionário da Administração Militar não se dá com relação à reinclusão do desertor, já que nem sequer existe a possibilidade de se deliberar sobre isso enquanto o agente permanecer nesta condição, mas sim no tocante à continuidade das diligências para a captura do fugitivo.

Como pondera Jorge Cesar de Assis (2010), toda deserção se origina de uma anterior transgressão disciplinar de ausência. *In verbis*:

Ora, não se olvide igualmente que para se chegar até o crime de deserção o militar terá que, necessariamente passar pela transgressão disciplinar da ausência. Diríamos, guardadas as devidas proporções que tanto a transgressão disciplinar quanto o crime militar são violações do mesmo dever militar, ou seja, que a deserção é uma infração (ou violação) progressiva, onde o militar evolui da simples transgressão da disciplina para o cometimento do crime, sem solução de continuidade.

Consumada a deserção, não há que se falar em verificação da responsabilidade disciplinar da ausência inicial, que agora restou absorvida pelo crime, tornando-se ante-factum impunível. Significa dizer que se o ausente retornar ao Quartel em prazo inferior a oito dias, responderá tão-somente pela transgressão do regulamento disciplinar.

Não restam dúvidas, portanto, de que, desde a fase anterior à consumação do crime de deserção, a organização militar já pode adotar medidas em face do ausente, no exercício do poder disciplinar. Todavia, a lei não estabelece quais diligências devem ser adotadas no sentido de localizar o transgressor.

Veja-se que, mesmo após a consumação do crime de deserção, o Código de Processo Penal Militar prevê como medidas obrigatórias tão somente a lavratura do termo de deserção, com observância de algumas formalidades, e o seu encaminhamento à auditoria competente, bem como exclusão do desertor serviço ativo (em caso de praça sem estabilidade) ou sua agregação (em se tratando de praça com estabilidade ou oficial).

É certo que a autoridade militar pode adotar diligências necessárias à captura do desertor, inclusive de ofício, não apenas com base nos poderes de polícia judiciária militar, mas também na obrigação legal de promover a prisão dos desertores, o que pode acontecer a qualquer momento, como esclarecem os artigos 243⁸ e 452⁹, ambos do CPPM.

Além disso, a autoridade deverá, obviamente, cumprir as diligências que forem requisitadas pelo Ministério Público Militar no curso da instrução provisória de deserção.

A questão que se coloca nos procedimentos mais antigos é até quando a realização de novas diligências se mostrará razoável, proporcional e condizente com os interesses da Força e, especialmente, com o interesse público subjacente a toda e qualquer atividade administrativa. Por exemplo, no caso de um ex-militar que desertou há mais de vinte anos, faltando poucos dias para completar o período de serviço militar obrigatório, e hoje se encontra na faixa dos quarenta anos de idade, havendo registros que indicam já possuir filhos dependentes, haverá algum sentido prático no dispêndio de mais recursos públicos visando à sua captura? Definitivamente, parece-nos que não.

Neste ponto, além do já mencionado princípio da razoabilidade, também incidem os princípios da eficiência, da razoável duração do processo e da proporcionalidade.

Como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 84):

O princípio da eficiência (...) pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública,

⁸ Art. 243. Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem fôr insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito.

⁹ Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.

também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Destarte, uma atuação estatal eficiente deve privilegiar a maximização dos resultados com o menor dispêndio possível de recursos. Isso não ocorrerá quando se insiste na continuidade de esforços para capturar desertores que se encontram foragidos durante períodos muito longos, havendo poucas chances de êxito e sendo que, mesmo nos casos em que a improvável captura ou apresentação voluntária ocorra, muitos desses indivíduos não mais atenderão às condições necessárias para a prestação do serviço militar.

Em tais casos, nem mesmo a função preventiva geral do Direito Penal estará sendo atendida, já que a composição da tropa, passados muitos anos, já não mais corresponde àquela que foi integrada pelos desertores. O propósito de reafirmar a hierarquia, a disciplina e a coesão na tropa demanda uma atuação rápida, a fim de desestimular novas deserções no seio da organização militar. Por isso é importante que todos os esforços de captura sejam empreendidos com a maior rapidez possível, de preferência nas primeiras semanas ou meses posteriores à consumação do crime.

Já o princípio da razoável duração do processo foi positivado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 mediante Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Ao comentar o referido dispositivo constitucional, aplicável tanto no âmbito judicial como no administrativo, Manoel Antônio Teixeira Filho, citado por Manoel Jorge e Silva Neto (2013, pp. 1059-1060), esclarece que não há sinonímia entre as expressões “razoável duração do processo” e “celeridade processual”:

O adjetivo razoável (duração do processo) sugere aquilo que é ‘conforme à razão, ao direito, à equidade; o que é moderado, comedido’ (...). Nesse sentido, duração razoável contrapõe-se à celeridade. Logo, o conceito de ‘razoável duração do processo’ não se harmoniza com o de ‘celeridade’. O que está subjacente nessas expressões, como elemento comum, é o tempo processual. Sendo uma das

dimensões humanas, o fator tempo não pode ser ignorado em tema de duração do processo. Via de regra, o tempo é um aliado do réu e um verdugo do autor, por motivos algo óbvios. Falar de duração razoável do processo corresponde a colocar interesses das partes no mesmo plano axiológico; cogitar de celeridade processual implica dar preeminência ao interesse do autor, ou seja, daquele que, por definição, busca esse serviço público a cargo do Estado-juiz, desse monopólio estatal, a que se denomina prestação jurisdicional.

Conclui-se, desta forma, que a noção de razoável duração do processo pressupõe que os litígios sob tutela estatal (inclusive quando o próprio Estado for um dos litigantes) não devem ser prolongados para além do tempo necessário e adequado ao seu grau de complexidade.

Ademais, a eficácia irradiante inerente a todo e qualquer direito fundamental (Mendes; Gonet Branco, 2017, p. 154) faz concluir que a referida norma deve gerar consequências em todo o ordenamento jurídico. E a interpretação pela possibilidade de a Administração Militar manifestar o seu desinteresse na reinclusão de desertores em casos antigos vai ao encontro desse princípio, já que permite a solução definitiva dessas situações conflitivas, impedindo que tais instruções provisórias de deserção continuem sendo prolongados para além do prazo de tramitação que seria razoável.

Por fim, a conclusão pela existência de discricionariedade regrada dos comandantes no tocante à reinclusão de desertores que permanecem na condição de trânsfugas durante períodos muito longos também se coaduna com o princípio da proporcionalidade, já que, no nosso entender, uma adequada aplicação da técnica de ponderação de interesses (Mendes; Gonet Branco, 2017, pp. 165-171) leva à conclusão pela necessidade de se dar prevalência aos princípios supramencionados, em detrimento de eventuais interesses que possam existir na manutenção dessas instruções provisórias de deserção, estes últimos normalmente calcados em argumentos abstratos e divorciados das circunstâncias do caso concreto.

Cabe destacar, em conclusão, que o desinteresse da Administração Militar da administração militar na reinclusão do desertor também pode ocorrer de forma tácita, nos casos em que, malgrado decorridos longos períodos, constata-se que a autoridade não adotou quaisquer diligências, de ofício, ao longo dos anos, no sentido de promover a localização e a captura do desertor. Evidentemente, essa compreensão dependerá das peculiaridades do caso concreto. Todavia, de um modo geral é possível concluir que, após uma duradoura omissão, eventual manifestação da Administração Militar pela subsistência de interesse na inclusão do desertor pode até mesmo ser interpretada como uma vulneração ao princípio da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), plenamente aplicável às relações entre a Administração Pública e o cidadão (Feldhaus, 2014).

4 DAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DA MANIFESTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR E A POSSÍVEL EXTINÇÃO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

Fixada a premissa segundo a qual é possível aos comandantes, em determinados casos e à luz dos princípios constitucionais e legais que regem a atividade militar, emitirem juízo de conveniência e oportunidade quanto à subsistência de interesse na reinclusão de desertores, resta examinar quais consequências esse posicionamento pode ensejar no andamento das instruções provisórias de deserção em curso.

Como já destacado em tópicos anteriores, o CPPM estabeleceu o *status* de militar do acusado (e, portanto, a sua prévia reinclusão ou reversão ao serviço ativo, conforme o caso) como uma condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção, sem a qual a denúncia não poderá ser recebida pelo juiz. Portanto, o desinteresse na reinclusão do desertor pode ser

interpretado como uma circunstância que leva à ausência de interesse de agir, inviabilizando, em definitivo, a propositura de exordial acusatória.

Ao tratar sobre o interesse de agir como uma das condições da ação penal, Eugênio Pacelli (2017, pp. 68-69) leciona que:

De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito privado, no sentido de que a um direito corresponde um dever. A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição. Se assim se dá no processo civil, o mesmo não ocorre no processo penal, em que, a partir da processualização da persecução penal, não se pode pensar em imposição de sanção penal senão após o devido processo legal. É claro que nas ações penais não condenatórias (ação de revisão, mandado de segurança, habeas corpus etc.) o interesse de agir, como condição da ação, pode perfeitamente ser aplicável ao processo penal, com a mesma configuração que lhe dá a chamada teoria geral do processo. **No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro plus ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo.** É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade. Assim, no campo processual penal, tal concepção é bastante proveitosa, sobretudo no que respeita às hipóteses de reconhecida e incontestável probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa. **Com efeito, diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática de imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente.** E assim ocorre porque, em tais hipóteses, o prazo prescricional inicialmente considerado, isto é, pela pena em abstrato (art. 109, CP), seria sensivelmente reduzido após a eventual sentença

condenatória (com a pena concretizada). Semelhante operação seria possível antes mesmo do início da ação penal, à vista das condições pessoais do agente imputado ou das circunstâncias objetivas do fato, que impediriam, em sede de juízo prévio, a imposição de pena acima do mínimo previsto no tipo penal adequado ao fato apurado na investigação. (g.n.)

Sabendo-se, de antemão, que o desertor não virá a preencher a condição subjetiva exigida para que venha a ser processado pelo crime de deserção, já que a Administração Militar não mais possui interesse na sua reinclusão, conclui-se pela carência de utilidade na manutenção da IPD.

Trata-se, no nosso entender, de uma causa supralegal de extinção da punibilidade aplicável especificamente ao crime de deserção. Embora não esteja prevista no art. 123 do Código Penal Militar, ela decorre do regime processual adotado pelo legislador quanto ao referido delito, a partir de uma leitura sistemática das normas que o compõem, sob a incidência de princípios constitucionais.

Evidentemente, o posicionamento da Administração Militar não é vinculante com relação ao Ministério Público, o *dominus litis* da ação penal. Deve ser respeitada a independência funcional dos membros *Parquet* e do Judiciário atuantes no caso. Por outro, lado, parece-nos que contrariar o posicionamento externado pela organização militar na qual o desertor servia impõe, ao menos, um ônus argumentativo no sentido de se demonstrar a subsistência do interesse de agir na manutenção do procedimento.

No âmbito da atuação perante a 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, parte dos membros do MPM atuantes vêm adotando como praxe a realização de consultas aos comandantes nos casos de instruções provisórias de deserção que tramitam há mais de dez anos ou, em se tratando de indivíduos que desertaram durante a prestação do serviço militar obrigatório, quando o desertor já possui trinta anos de idade ou mais.

A consumação da deserção quando faltava um período muito curto (poucos dias ou semanas) para que o desertor completasse o período de serviço militar obrigatório é outro fator que pode ser levado em consideração, inclusive em razão do que dispõe o art. 34-A¹⁰ da Lei n° 4.375/1964, acrescido pela Lei n° 13.954/2019. Se é possível concluir, de plano, que o licenciamento do militar ocorrerá antes que haja tempo hábil para apresentação de denúncia pelo MPM e recebimento desta pelo juiz, trata-se de circunstância que reforça, em muito, a conclusão de que a IPD em questão não possui mais aptidão para a produção de qualquer resultado útil.

Registre-se que, em que pese seja importante, por razões de segurança jurídica e isonomia, que os operadores do direito que concordam com a tese observem critérios objetivos e coerentes em suas manifestações, parece-nos inevitável a conclusão de que tais critérios podem variar a depender da realidade local de cada auditoria e das particularidades regionais. Por exemplo, no caso de organizações militares situadas em áreas remotas da região Norte, marcadas pelas grandes distâncias, bem como pelas dificuldades de acesso e de comunicação, é natural que o significado da passagem do tempo adquira contornos diferentes do que se observa nas grandes cidades, marcadas por um maior dinamismo das relações sociais, e onde o recrutamento de jovens para a prestação do serviço militar encontra menos obstáculos.

Desta forma, afastam-se os riscos de arbitrariedades e de extinções prematuras de instruções provisórias de deserção, pois a conclusão pela ausência de interesse de agir em tais casos somente será verificada mediante análise e ponderação de três instituições: o Comando da Organização Militar que o desertor integrava; o Ministério Público Militar, na condição de

¹⁰ Art. 34-A. Os militares temporários indiciados em inquérito policial comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, **inclusive por crime de deserção**, serão licenciados ao término do tempo de serviço, com a comunicação à autoridade policial ou judiciária competente e a indicação dos seus domicílios declarados. (g.n.)

dominus litis da ação penal e fiscal do cumprimento da lei penal militar; bem como o Judiciário, no papel de fiscal anômalo do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Longe de significar a defesa de um procedimento carente de embasamento legal, essa proposta reforça a necessidade de uma leitura sistemática e atualizada das normas atinentes ao crime de deserção, maximizando a eficácia dos princípios constitucionais aplicáveis.

5 CONCLUSÃO

Em que pesem os respeitáveis argumentos expostos pelo então Ministro-Corregedor do Superior Tribunal Militar no OFÍCIO CORREGEDORIA - Nº 2668353 de 02 de junho de 2022, entendemos que os comandantes que manifestaram desinteresse na reinclusão de determinados desertores que permaneceram na condição de trânsfugas por longos períodos, manifestações estas exaradas após consultas promovidas pelo Ministério Público Militar, não agiram em desconformidade com a legislação administrativa e processual penal militar.

De fato, a interpretação literal art. 457, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, reforçada pelo que dispõe o art. 128, § 3º, da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), e, com ainda maior ênfase, o art. 80 do Decreto nº 57.654/1966, parece conduzir à conclusão de que a reinclusão ou reversão ao serviço do desertor que venha a ser capturado ou que se apresente voluntariamente é sempre obrigatória, inexistindo espaço para qualquer juízo discricionário por parte do Comandante da Organização Militar.

Ocorre que uma interpretação sistemática não apenas das normas que regem o tratamento processual do crime de deserção, mas também daquelas atinentes à prestação do serviço militar, conduzem a uma conclusão no sentido inverso, sendo essa uma consequência necessária da aplicação de

determinados princípios constitucionais, tais como os da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Esse conjunto normativo aponta para existência de uma espécie de discricionariedade regradada da Administração Militar no momento da reinclusão do desertor. Diferentemente do que uma interpretação muito apegada à literalidade do CPPM pode sugerir, a conclusão pela aptidão física do desertor para o serviço militar após inspeção médica não é o único fator a ser considerado neste momento. O Comandante também deve aferir a presença das demais condições necessárias à prestação do serviço militar, especialmente as dispostas na Lei do Serviço Militar e no Estatuto dos Militares.

276 Ante a presença de conceitos jurídicos indeterminados em tais normas, abre-se espaço para um juízo discricionário do Comandante, que deve levar em consideração não apenas as referidas disposições legais, mas também a conveniência e oportunidade da reinclusão do desertor à luz da necessidade de manutenção da hierarquia, da disciplina e da coesão da tropa no âmbito da organização militar.

Em decorrência disso, no caso de instruções provisórias de deserção que tramitam por longos períodos aguardando a captura ou apresentação voluntária do agente do crime, é legítima a manifestação da Administração Militar pela não subsistência de interesse na sua eventual reinclusão nas fileiras da Força, notadamente quando as circunstâncias do caso indicam que o desertor pode já não mais preencher todas as condições necessárias à adequada prestação do serviço militar e cumprimento integral dos deveres militares.

Por outro lado, respeitada a independência funcional de membros do Ministério Público Militar e juízes, a manifestação da Administração Militar pode trazer repercussões processuais, possibilitando a conclusão pela

ausência de interesse de agir na propositura de eventual ação penal e o consequente arquivamento da instrução provisória de deserção.

Isso porque, em tais casos, o posicionamento externado pela autoridade militar autoriza o prognóstico de que o desertor não virá a readquirir o *status* de militar, não podendo, por conseguinte, ser processado pelo crime de deserção, o que culmina na conclusão pela inexistência de interesse-utilidade na manutenção da IPD, justificando o seu arquivamento.

Deste modo, o desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor caracteriza verdadeira causa supralegal de extinção da punibilidade não prevista no art. 123 do Código Penal Militar, mas decorrente do regime processual adotado pelo legislador quanto ao referido delito, a partir de uma leitura sistemática das normas que o compõem, sob a incidência de princípios constitucionais, o que legitima o arquivamento de instruções provisórias de deserção sob esse fundamento.

277

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. 3. ed. Leme/SP: Mizuno, 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. Prazo para a consumação da deserção: afinal, são quantos dias? *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 06 mar. 2010. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19354/prazo-para-a-consumacao-da-desercao-afinal-sao-quantos-dias>. Acesso em: 09 de out. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição Federal de 1988*, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto n° 57.654*, de 20 de janeiro de 1966, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 1.001*, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 1.002*, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Lei n° 4.375*, de 17 de agosto de 1964 – Lei do Serviço Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm#:~:text=LEI%20No%204.375%2C%20DE%2017%20DE%20AGOSTO%20DE%201964.&text=Lei%20do%20Servi%C3%A7o%20Militar.&text=Art%201%C2%BA%20O%20Servi%C3%A7o%20Militar,relacionados%20com%20a%20defesa%20nacional. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Lei n° 6.880*, de 09 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

CARVALHO, Alexandre Reis. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7301>. Acesso em: 8 out. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FELDHAUS, Eduardo. Vedação do comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública. *Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia*. - Salvador: Defensoria Pública da Bahia, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *A Prescrição do crime de Deserção*. In: ASSIS, Jorge Cesar de (coord.). *Deserção: um estudo minucioso sobre o crime militar por excelência*. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: JusPodium, 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.