

**A**

inconstitucionalidade da

Súmula nº 10 do STM

Luis Antonio Carvalho Vasconcellos

Estudante de Direito da Universidade Católica do Salvador.
Estagiário da Procuradoria de Justiça Militar da 6ª Região Militar.

“Ainda tendo de conviver com a vigente tolerância com a subsistência do poder punitivo no interior do Estado de direito democrático, há de se exigir, no mínimo, que as regras que regulam o funcionamento do sistema penal se destinem a controlar e conter seu exercício; se pautem pela orientação de que muito mais importante do que investigar e punir a prática de condutas criminalizadas é proteger a liberdade; determinem que o sacrifício da liberdade, enquanto ainda admitido, só possa acontecer como exceção, em último caso e dentro dos limites estabelecidos nas normas fundamentais inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas. No campo das prisões provisórias essa exigência é ainda maior. Nesse campo, a contenção e a redução da violência, dos danos, dos enganos e das dores produzidas pelo sistema penal concretizador do poder punitivo fazem ainda mais urgente o efetivo compromisso com a máxima eficácia dos princípios e normas garantidores dos direitos fundamentais, fazendo ainda mais imperativa a reafirmação da prevalência da tutela da liberdade sobre o poder punitivo, exigindo a permanente efetivação da garantia da presunção de inocência.”

(Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris. p. VII).

ÁREA DO DIREITO: Penal. Processo Penal. Penal Militar. Processo Penal Militar.

RESUMO: Com este artigo, pretende-se demonstrar a absoluta inaplicabilidade da Súmula nº 10 do Superior Tribunal Militar, em face da ordem normativa constitucional brasileira. Em que pese a inconstitucionalidade do assento jurisdicional saltar aos olhos, o pérfido entendimento sumulado vem sendo reiteradamente aplicado, disfarçando-se a sua verdadeira e nefasta função: antecipar a pena para punir um inocente à margem das garantias processuais.

PALAVRAS-CHAVES: Prisão. Liberdade provisória. Crime de deserção. Inconstitucionalidade. Súmula.

ABSTRACT: This article intends to demonstrate the absolute inapplicability of 'Súmula' n.º 10 of the Superior Military Court, in face of the Brazilian constitutional normative order. Despite the fact that the unconstitutionality of the court's position strikes the eye, this execrable understanding is being consistently applied, disguising its true and iniquitous function: to anticipate the punishment of an innocent man on the sidelines of procedural safeguards.

KEYWORDS: Prison. Provisional liberty. Delict of abandonment. Unconstitutionality. Docket.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.1. O delito de deserção. Afirmação histórica, singularidades e conceituação – 1.2. Consequências jurídicas do crime – 2. Análise e crise do instituto da prisão provisória por deserção – 3. Conclusão – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1. O DELITO DE DESERÇÃO. AFIRMAÇÃO HISTÓRICA, SINGULARIDADES E CONCEITUAÇÃO

A histórica classificação dos crimes militares como próprios e impróprios. Os primeiros são entendidos como condutas típicas ilícitas e culpáveis, que somente poderiam ser cometidas por militares¹. Ainda, resgatando a concepção demasiadamente precisa que os romanos lhes atribuíam, são aqueles “que só o soldado pode cometer”², porque “dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser o serviço, a disciplina a administração ou a economia militar” (Digesto, Liv. XLIX, Título XVI, L.2: *De re militare. ... Proprium militare est delictum quod quis uti miles admittit*). Os segundos caracterizam-se pela possibilidade de o sujeito ativo do delito, agindo sozinho³, ser civil.

Em que pese a clássica diferenciação ser contemporânea dos mais rudimentares institutos jurídicos de nosso sistema normativo, herdados da cultura

¹ Lobão, Célio. Direito Penal Militar. 2. ed. p. 67.

² Esmeraldino Bandeira, Dir., Just., Proc., Militar, v.1. p. 26.

³ Ressalva-se a possibilidade de cometimento de crime propriamente militar por civil, em coautoria com militar, quando as circunstâncias de caráter pessoal poderão se comunicar quando elementares do tipo. Art. 53, §1º, do CPM.

greco-romana, ainda pesa certa celeuma doutrinária a respeito da classificação. Todavia, no que se refere especificamente aos delitos de deserção (todas as modalidades descritas no Capítulo II do Título III do CPM, exceto o favorecimento a desertor, art. 193 do CPM), não subsiste dúvida, havendo quem lhe classifique como delito puramente militar, à vista de seu caráter personalíssimo.

O enunciado do art. 187 do CPM, por meio da locução “o militar”, restringe o sujeito ativo do tipo àqueles que possuam essa condição. Não obstante, essa não é a única razão que nos faz crer que o delito de deserção é construção típica detentora de singularidade ímpar quando cotejada com os demais tipos penais do ordenamento.

A começar pela sua gênese, que data de tempos imemoriais, antecedendo até mesmo o Direito positivo, pode-se afirmar que a “deserção” é quase tão antiga quanto os confrontos belicosos. Afinal, o núcleo nevrálgico inspirador do tipo, é dizer, a pujante intenção de coibir a conduta, era a de evitar a evasão dos soldados em situação extrema de guerra. O povo espartano, sociedade antiga marcada, historicamente, pela militarização como nenhuma outra, elevou o escudo como aparato primordial de guerra, não em razão da conhecida falange, mas sim para impedir a evasão do soldado do campo de batalha. Afinal, para facilitar a fuga do conflito, naturalmente o soldado livrar-se-ia primeiro de seu robusto escudo, instituindo-se que o guerreiro de Esparta deveria voltar da guerra com seu escudo ou sobre ele (já sem vida), sob pena de ser declarado desonrado e indigno.

A seu turno, os povos bárbaros também adotaram intenso expediente moral para coibir a evasão de seus guerreiros, ao levarem para a retaguarda do campo de batalha suas esposas e filhos, de modo que o desertor, ao evadir-se de uma situação de iminente derrota, se defrontasse com seus entes mais queridos. Nessa ocasião as mulheres desnudavam os seios, de modo a rememorar as consequências da derrota ao pretendo desertor: estupro e assassinato de suas mulheres e crianças. Com efeito, findavam por revigorar-lhe o ímpeto e a coragem na guerra.

Sob a perspectiva jurídica contemporânea, observa-se claramente o resquício cultural legado dos povos antigos, quando se observa o art. 392 do CPM – deserção em presença do inimigo em tempo de guerra –, cuja pena máxima é a morte por fuzilamento. Causa espécie, ainda, que o Superior Tribunal Militar, dentre as suas nove súmulas vigentes, tenha instituído quatro

relativas ao crime de deserção (STM nº 3, 8, 10, 12), o que denota a quantidade de controvérsias que gravitam em derredor do delito.

À guisa de conceituação, toma-se por empréstimo a consagrada construção de Célio Lobão:

Segundo o Código Penal Militar brasileiro, a deserção consiste no fato de o militar ausentar-se, sem autorização, da unidade em que serve ou do local onde deveria permanecer, por tempo superior a oito dias, ou estando legalmente ausente deixa de apresentar-se nesse mesmo prazo, depois de cessado o motivo do afastamento e, ainda, não se fez presente no momento da partida ou do deslocamento da unidade em que serve⁴.

Noutro giro, Chrysólito Gusmão⁵ (1915, p. 97), assevera que a deserção é ato do militar que rompe o laço que o liga à milícia, afastando-se dentro de certas circunstâncias de tempo da bandeira.

Eterno é o debate acerca da natureza do crime de deserção, havendo quem entenda tratar-se de crime formal, delito de mera conduta, ou, ainda, formal e de mera conduta ao mesmo tempo, e até mesmo formal, instantâneo e de mera conduta. Ou, finalmente, de caráter permanente⁶, o que enseja implicações práticas na captura, dado ao perene estado de flagrância neste último caso.

A *vexata quaestio* não causa maiores reflexos no tema sob análise, pois mesmo considerando o crime como permanente, há de se observar que a prisão por captura é espécie de prisão processual; uma vez passado o momento do flagrante, a excepcionalíssima prisão não decorrente de ordem judicial é convertida em medida cautelar⁷.

⁴ Lobão, Célio. Direito Penal Militar, 2. ed. p. 229.

⁵ *Apud* Assis, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 5. ed. 2ª tiragem. p. 342.

⁶ Assis, Jorge César de. Comentários ao Código Penal Militar. 5. ed. 2ª tiragem. p. 342.

⁷ Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris p. 28.

1.2. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO CRIME

Outra singularidade da deserção diz respeito ao rito procedimental diferenciado adotado na *persecutio criminis*, denominado “processo especial” (Título II, Capítulo I, do CPPM) direcionado, também, para os processos de insubmissão (Capítulo V).

O Código de Processo Penal Militar descreve minuciosamente as medidas a serem tomadas no momento da consumação do delito, a começar pela necessária lavra do termo de deserção, revestida de caráter de instrução provisória, destinada a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando desde logo o desertor capturado à prisão (arts. 451 c/c 243 e 452 do CPPM).

Consoante afirmado supra, não há harmonia doutrinária ou jurisprudencial acerca do estado de flagrância do desertor, o que *a priori* ensejaria a aparente inconstitucionalidade da prisão automática, sem ordem judicial ou flagrante delito. Todavia, a própria Carta Magna autoriza o ato de privação da liberdade nos crimes próprios e transgressões militares, sem os requisitos comuns aos demais delitos, conforme art. 5º, inciso LXI.

Não obstante, o CPPM, ao descrever o rito especial da deserção (arts. 451 *usque* 453), é silente a respeito da manutenção da prisão processual, assegurando, tão somente, a liberdade *ex vi legis* do acusado nos casos de “retardamento processual” (*nomen juris* do art. 453) a que não der causa. Configura, assim, uma garantia processual do acusado de ser posto em liberdade, obviamente, se preso ainda estiver, caso o processo exceda o prazo de 60 dias estipulado no Código. Senão, vejamos:

Retardamento do Processo

Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.

Contudo, em que pese a inexistência de determinação legal expressa vedando a concessão da liberdade provisória ao desertor, que excetuaria a aplicabilidade da regra dos arts. 254 e seguintes do CPPM, o STM editou a Súmula nº 10, com o seguinte teor:

STM Súmula nº 10 - DJ1 Nº 249, de 24.12.96
 Concessão de Liberdade Provisória a Preso por Deserção - Decurso do Prazo
 Não se concede liberdade provisória a preso por deserção antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM.

Com efeito, a referida interpretação do STM urge ser submetida a uma necessária filtragem constitucional, a começar pela análise do instituto processual da prisão provisória.

2. ANÁLISE E CRISE DO INSTITUTO DA PRISÃO PROVISÓRIA POR DESERÇÃO

A prisão decorrente da captura do desertor tem natureza de prisão cautelar, haja vista que o ato construtivo ocorre antes de uma sentença condenatória⁸.

Nessa esteira, o termo de deserção, analogicamente ao auto de prisão provisória, constitui título para a prisão provisória.

Destarte, é imperioso adaptar os institutos do CPM e CPPM à observância dos princípios (constitucionais e supralegais) da não culpabilidade, presunção de inocência, devido processo legal, regra de responder ao processo em liberdade e dignidade da pessoa humana.

Assim, faz-se mister assentar as lúcidas e pertinentes colocações de Maria Lúcia Karam:

As normas inscritas nas declarações internacionais de direitos e nas constituições democráticas que constroem a situação de inocência, reconhecendo-a a todos os indivíduos e assim proclamando a presunção de inocência (Declaração Universal dos Direitos Humanos art.11.1, Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, artigo 14.2 e CF/88 art. 5º LVII), revelam que é direito fundamental do indivíduo o de ser considerado e tratado como inocente enquanto não lhe for imposta uma condenação definitiva. Ninguém pode sofrer

⁸ Nesse sentido, Esdras dos Santos Carvalho, Célio Lobão.

os efeitos de uma condenação, sem que esta lhe tenha sido imposta, em um processo regularmente desenvolvido, por sentença que não mais se sujeite a qualquer recurso⁹.

Com efeito, nos parece óbvio que a manutenção da prisão do desertor por 60 dias (1/3 da pena mínima prevista no tipo), sem qualquer justificação fundamentada, tampouco oportunidade de se manifestar, fere a presunção de inocência, além de ser flagrantemente desproporcional (não há necessidade nem adequação, pois inexistente decisão fundamentada, tampouco há proporcionalidade *stricto sensu* quando cotejado o período de privação provisória com a pena mínima prevista para o tipo, de modo a ocorrer uma verdadeira antecipação da punição).

O devido processo legal é um princípio que traz em seu feixe diversos outros, gerais ou específicos de cada processo, que são intensificados pelo primeiro. É dizer, ao se contrariar um princípio processual, a falta é dupla, pois macular-se-ia, igualmente, o princípio do devido processo legal. Pois bem, no processo penal, é garantido ao réu responder em liberdade, via de regra, conforme art. 5º, inciso LXI, c/c Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 9.3). Portanto, ao se determinar a prisão automática do acusado de deserção, viola-se o devido processo legal e a garantia de se responder ao processo em liberdade, como regra, já que, racionalmente, para se excetuar a regra é preciso um motivo legítimo.

Assim,

[...] evidentemente, não basta o juiz dizer que a prisão é necessária. Tem sim que apontar quais são efetivamente os comprovados fatos concretos que demonstram a apontada necessidade, explicitando os motivos que o convenceram a reconhecê-los e a decretar ou manter a prisão¹⁰, considerando que a “mera realização de uma conduta objetivamente típica muito longe está a derivação do poder punitivo, porque muito longe ainda está a configuração de um crime em abstrato, como

⁹ Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris.

¹⁰ Karam, Maria Lúcia. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. Vol. 6. Lúmen Júris.

muito longe ainda está a caracterização do concreto fato punível, muito longe ainda estando, portanto, quer a existência quer a aparência do alegado direito do estado fazer valer aquele seu violento, danoso e doloroso poder¹¹.

Destarte, no nosso sistema normativo, o legislador não está autorizado a estabelecer prisões provisórias obrigatórias, muito menos o Judiciário deve interpretar a lei de modo a inovar no sistema, criando a repudiada prisão automática.

Em que pese o bem delineado sistema de garantias constitucionais, o entendimento do STM expresso na súmula nº 10, é de que o desertor deve permanecer preso pelo prazo de 60 dias, não se lhe concedendo a liberdade provisória, somente podendo ser posto em liberdade no caso de julgamento com absolvição (como se fosse tolerável manter um inocente preso), imposição que não encontra qualquer respaldo legal (*ex vi* do art. 453) e afronta a Constituição.

É preciso asseverar que, dentro do sistema acusatório encampado pela Constituição Federal, não é possível a decretação de prisão provisória somente por disposição legal¹². Assim o Supremo vem declarando em diversos julgados vinculados a crimes hediondos, que merecem ser transcritos, mesmo que apenas *en passant*.

Eis, pois, recortes de decisões paradigmáticas do Supremo, utilizadas para resolver os casos-limites acerca da admissibilidade da liberdade provisória:

[...] Não obstante, a regra consagrada no ordenamento jurídico brasileiro é a liberdade; a prisão, a exceção. A regra cede a ela em situações marcadas pela demonstração cabal da necessidade da segregação ante tempus. Impõem-se porém ao juiz, nesse caso, o dever de explicitar as razões pelas quais alguém deva ser preso cautelarmente, assim permanecendo. (HC 101.505, Rel. Min Eros Grau). (Grifos nossos).

¹¹ Idem.

¹² Carvalho, Esdras dos Santos. O direito Processual Penal Militar numa visão garantista. 2010.

Lei do crime organizado. Art. 7º - Inadmissibilidade de sua invocação. [...] Cláusulas inscritas nos textos de tratados internacionais que imponham a compulsória adoção, por autoridades judiciárias nacionais, de medidas de privação cautelar da liberdade individual, ou que vedem, em caráter imperativo, a concessão de liberdade provisória, não podem prevalecer em nosso sistema de direito positivo, sob pena de ofensa à presunção de inocência, dentre outros princípios constitucionais que informam e compõem o estatuto jurídico daqueles que sofrem persecução penal instaurada pelo Estado. (HC 94.404, Rel. Min. Celso de Melo). (Grifos nossos).

[...] Dizer ‘peculiaridade do caso concreto’ é dizer exceção. Exceção que se impõe seja capturada pelo ordenamento jurídico, mesmo porque a afirmação da dignidade da pessoa humana acode à paciente. A transgressão à lei é punida de modo que a lei (=direito) seja restabelecida. Nesse sentido, a condenação restabelece o direito, restabelece a ordem, além de pretender reparar o dano sofrido pela vítima. A prisão preventiva antecipa o restabelecimento a longo termo do direito; promove imediatamente a ordem. Mas apenas imediatamente, já que haverá sempre o risco, em qualquer processo, de ao final verificar-se que o imediato restabelecimento da ordem transgrediu a própria ordem, porque não era devido. A justiça produzida pelo Estado moderno condena para restabelecer o direito que ele mesmo põe, para restabelecer a ordem, pretendendo reparar os danos sofridos pela vítima. Mas a vítima no caso dos autos não é identificada. É a própria sociedade, beneficiária de vingança que como que a pacifica em face, talvez, da frustração que resulta da sua incapacidade de punir os grandes impostores. De vingança se trata, pois é certo que manter presa em condições intoleráveis uma pessoa doente não restabelece ordem, além de nada reparar. (HC 94.916, Rel. Min. Eros Grau). (Grifos nossos).

E, finalmente:

Superados os pressupostos que autorizam a decretação da prisão preventiva, a liberdade provisória deve ser

imediatamente concedida [...] A custódia cautelar baseada apenas na necessidade de manutenção da ordem pública não pode fundar-se em argumentos genéricos, devendo apresentar contornos concretos e individualizados. (HC 93.134. Rel. Min. Ricardo Lewandowsky).

Destarte, faz-se necessária uma decisão fundamentada em que o magistrado aponte a necessidade de se manter a prisão, analisando o caso concreto, atestando a existência do *periculum in libertatis* e do *fumus comissi delicti*, é dizer, a aparência segura da prática delitiva imputada ao acusado (em sua perspectiva analítica, ou seja, tipicidade da conduta, antijuridicidade e culpabilidade, o que, no caso da prisão por deserção, não ocorre, restringindo-se a autoridade judiciária a apreciar a tipicidade formal da conduta). Além disso, há de se averiguar a existência de sério risco de eventual prejuízo a bem jurídico penalmente tutelado, por conta da preservação da liberdade.

Com efeito, consoante anuncia Esdras dos Santos Carvalho, o STF, instado a manifestar-se a respeito do tema, concluiu pelo equívoco do STM:

[...] para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental. (HC 89645/PA Rel. Gilmar Mendes). (Grifos nossos).

Por derradeiro, faz-se imprescindível mencionar a decisão da então juíza-auditora Maria Lúcia Karam, na IPD 288/97 da 2ª Auditoria da 1ª CJM, exarada em 08 de janeiro de 1998, que concede a liberdade provisória respaldada em apolínea fundamentação jurídica:

Vale ressaltar que o enunciado trazido na Súmula nº 10 do Superior Tribunal Militar, aprovado em sessão de 12 de dezembro de 1996, consagra entendimento que, com a devida vênia, não se compatibiliza com os mencionados princípios e regras constitucionais garantidores da tutela da liberdade. Ao se estatuir que "não se concede liberdade provisória a preso por deserção

antes de decorrido o prazo previsto no artigo 453 do CPPM”, interpreta-se o dispositivo legal que, como exposto na decisão aqui transcrita, cuida tão somente de prazo para conclusão do processo em 1º grau, de forma contrária ao que determina a fórmula fundamental do devido processo legal, transformando-se a prisão provisória decorrente do termo de deserção em uma indevida antecipação de pena com a duração de 60 dias. (IPD 288/97 da 2ª Auditoria da 1ª CJM. Juíza-auditora Maria Lúcia Karam). (Grifos nossos).

3. CONCLUSÃO

À vista de todos os argumentos explicitados, é forçoso concluir pela impossibilidade da aplicação da súmula nº10 do STM. Já passou da hora de se mergulhar a resposta processual penal ao fato típico da deserção em um banho de racionalidade.

É preciso que os juízes-auditores parem de se portar como verdadeiros autômatos, aplicando e replicando uma fórmula absolutamente viciada e perversa, cabendo aos demais partícipes do processo, especialmente o MPM, desconstruir a aparência de licitude da vexaminosa prisão automática, e ao STM revogar a referida súmula, na direção vetorial já apontada pelo STF.

Conforme assentos jurisdicionais transcritos supra, o STF sequer reconheceu a prisão cautelar obrigatória nos crimes hediondos, à época legalmente prevista e amparada por tratado internacional (Pacto de Palermo). O que dizer, então, de uma prisão processual obrigatória fundada tão somente em uma interpretação de tribunal superior, claramente sem amparo legal? Ora, no que tange à redação do art. 453 do CPPM, é de lógica elementar que afirmar algo não significa necessariamente negar o oposto.

Registre-se, ainda, que jamais a conveniência da instrução criminal poderá ser valorada como superior à subsistência do Direito Fundamental à liberdade do cidadão inocente, *ex vi* Constituição Federal. O sofisma lamentavelmente comum de que “o desertor irá fugir à aplicação da lei penal” nada mais faz que subverter a presunção (relativa) de inocência em presunção (absoluta) de culpa, além de pressupor arbitrariamente um comportamento ilícito de um cidadão, por meio de exercício de “futurologia” – o que, de modo algum, tem respaldo legal.

Firmadas essas considerações, concluímos pela absoluta inaplicabilidade da Súmula n.º 10 do STM, à vista de sua manifesta incompatibilidade com o sistema jurídico, pelas razões a seguir elencadas:

a) A Súmula n.º 10 do STM padece de flagrante atecnia, pois interpreta de forma excessivamente lata e prejudicial ao acusado o art. 453 do CPPM, contrariando a sua própria *ratio essendi*, que é a de erigir hipótese de liberação imediata do desertor, em caso de retardamento do processo, ensejando pedido de relaxamento de prisão. Antes de completos os 60 dias, a peça adequada é o pedido de liberdade provisória; após, pedido de relaxamento, *ex vi* da garantia legal que limita a prisão processual.

b) Por conseguinte, a Súmula n.º 10 do STM padece de flagrante ilegalidade, já que se ressent de qualquer amparo legal, tratando-se de construção solipsista, arbitrária, em que o tribunal pretende substituir o legislador, criando norma absolutamente desarmonizada com o sistema castrense.

c) A Súmula n.º 10 do STM é ainda inconstitucional, já que viola os mais elevados princípios constitucionais e processuais penais, tais como princípio da separação dos poderes, da não culpabilidade, do devido processo legal, da regra de responder ao processo em liberdade, da dignidade da pessoa humana, além dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade e, ainda, o art. 5º, LXVI.

d) Inconstitucional também por configurar violação a tratados internacionais de direitos humanos vigentes em nosso sistema normativo, tais como a DUDH, em seu art. 11.1, e o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, art. 14.2, que consagram a presunção de inocência do acusado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como o art. 9.3 deste último, que estabelece a liberdade como regra dentro do processo penal.

Por fim, cabe sinalizar acerca da necessidade de implantação de um expediente de justificação prévia do desertor, que ocorreria imediatamente à sua reinclusão nas fileiras da Força, possibilitando ao militar esclarecer acerca dos motivos e das circunstâncias da deserção, observado o direito de silenciar, com o desiderato de:

a) Somente então possibilitar uma averiguação do *fumus comissi delicti*, pelo conhecimento, ainda que superficial, da aparente antijuridicidade e culpabilidade da conduta, atendendo, destarte, à condição necessária de uma

eventual manutenção da prisão provisória, por meio de decisão fundamentada, atrelada ao caso concreto, elevando a justificação prévia a *conditio sine qua non* para manutenção da prisão;

b) Servir de fundamento para a imediata decretação da liberdade provisória *ex officio* do desertor, até posterior sentença condenatória transitada em julgado;

c) Servir, ainda, como mínimo lastro probatório para a deflagração da ação penal, constituindo-se em elemento de justa causa, reconhecida condição da ação penal, de modo a evitar a reiterada prática da “denúncia de ofício” por parte do MPM nos delitos de deserção, ou, em sentido oposto, possibilitar, desde logo, o arquivamento da IPD nos casos em que for manifesta a inocorrência de crime. Evita-se assim a “movimentação de uma máquina cara, cansativa, abarrotada e cruel¹³”, como o Judiciário, especialmente na jurisdição criminal.

4. REFERÊNCIAS

A Constituição e o Supremo. 3. ed. 2010.

ASSIS, J. C. **Comentários ao Código Penal Militar.** 5. ed. 2. tir.

BARATTA, A. **Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal.** 3. ed. Editora Renavam.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed.

CARVALHO, E. S. **O direito Processual Penal Militar numa visão garantista.** 2010.

CHOUKR, F. H. **Código de Processo Penal – Comentários consolidados e crítica jurisprudencial.** Lumen Juris. 3. ed.

DIAS, J. F. **Direito Penal parte geral.** Tomo I. 2. ed. 2007.

¹³ Expressão de Amilton Bueno de Carvalho.

DOTTI, R. A. Princípios fundamentais do direito penal brasileiro.

JUNIOR, A. L. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5. ed. vol. I.

JUNIOR, A. L. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 5. ed. vol. II.

KARAM, M. L. Liberdade, Presunção de Inocência e Prisões Provisórias. Escritos sobre a Liberdade. vol. 6. Lúmen Júris.

LOBÃO, C. Direito Penal Militar. 2. ed.

LOBÃO, C. Direito Processual Penal Militar. 2. ed.

MIGUEL, C. A. e Coldibeli, N. Elementos de Direito Processual Penal Militar. 3. ed.

NUCCI, G. S. Manual de Direito Penal. 3. ed.

NUCCI, G. Souza. Código de Processo Penal Comentado. 9. ed.

QUEIROZ, P. Direito Penal parte geral. 6. ed.

ZAFFARONI, E. R. Em busca das penas perdidas. Editora Renavam.