

APLICAÇÃO DA LEI 11.449/07 NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. (Lei que modificou o artigo 306 do Código de Processo Penal Comum)*

JOSÉ ALMIR PEREIRA DA SILVA

APLICAÇÃO DA LEI 11.449/07 NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. (Lei que modificou o artigo 306 do Código de Processo Penal Comum)

JOSÉ ALMIR PEREIRA DA SILVA é Bacharel em Direito, havendo colado grau em janeiro 2004, foi conciliador do Juizado Especial Civil – Anexo São Miguel Paulista – SP e Conciliador no Juizado Especial Criminal no Fórum de Itaquera (2000-2003). Aprovado no Exame de Ordem nº 122 - OAB/SP. Atualmente é pós-graduando *Lato Sensu* em Direito Militar, curso iniciado no 1º semestre de 2006.

1 - INTRODUÇÃO

Com o advento da Lei 11.449 de 15 de janeiro de 2007, mais uma vez o Código de Processo Penal Comum sofreu modificação, pois acresceu no parágrafo 1º do artigo 306 do *codex* em comento a obrigatoriedade de extração de cópia integral do auto de prisão em flagrante para a Defensoria Pública no prazo de vinte e quatro horas, quando o preso não indicar o nome de seu advogado, senão vejamos:

“Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

§ 1º Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública”.

(grifamos)

Essa nova imposição legal coloca em pé de igualdade todos os participantes do tríduo processual, uma vez que agora todos recebem a comunicação da prisão em flagrante no seu inteiro teor, visto que anterior a essa lei somente o juiz e o ministério público eram comunicados. O juiz por imposição constitucional expresso no artigo 5º, inciso LXII e o Ministério Público por determinação de Lei Infraconstitucional, Lei Complementar Federal nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e no Estado de São Paulo pela Lei Complementar nº 734/93 (Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo).

Alexandre de Moraes preleciona:

“A comunicação imediata da prisão ao juiz competente e aos seus familiares ou pessoa indicada pelo preso consiste em verdadeira garantia de liberdade, pois dela dependem outras garantias expressamente previstas no texto constitucional, como a análise da ocorrência ou não das hipóteses permissivas para a prisão (...), como a possibilidade de relaxamento por sua ilegalidade (...), ou, nos casos de legalidade se possível for, a concessão de liberdade provisória com ou sem fiança (...)”.¹

Nesta esteira se observa que a comunicação da prisão em flagrante vem com o condão de ampliar a garantia ao direito de liberdade, considerando que possibilita permitir que se obtenha dos órgãos competentes maior assistência, pois agora os autos de prisão em flagrante obrigatoriamente passarão não só pelo crivo do magistrado e do membro do Ministério Público, mas principalmente, receberá a chancela do advogado constituído ou do defensor público, que, certamente, se constatar alguma irregularidade pugnará pelo imediato relaxamento da prisão ou poderá adotar outras medidas que melhor lhe convier.

Ademais, esta determinação legal reforça o importante papel das Defensorias Públicas, instituição essencial para preservação dos direitos fundamentais, haja vista que por exigência constitucional o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados, (artigo 5º, inciso LXXIV, CF), sendo ainda, denominada como instituição essencial à função jurisdicional do Estado, conforme artigo 134 da Carta Magna.

Não se pode fugir da realidade que nossa população, em número significativo busca a assistência jurídica gratuita, daí se constata a importância deste instituto jurídico, uma vez que garante aos cidadãos desprovidos de recursos o efetivo acesso a Justiça, sendo-lhe garantido sua ampla defesa e o contraditório no âmbito penal.

Cumprindo ainda argumentar que a igualdade e liberdade são valores basilares da democracia, portanto devem estar sempre em voga no Estado Democrático de Direito, assim, essa inovação da lei trás a confirmação do efetivo emprego desses valores essenciais, visto que como discorrido alhures, colocou todos em “pé de igualdade”, visando, efetiva proteção a liberdade e um tratamento isonômico.

Corroborando esta assertiva torna-se salutar destacar os ensinamentos do constitucionalista José Afonso da Silva que assevera:

“Igualdade e liberdade, também, não são princípios, mas valores democráticos, no sentido de que a democracia constitui instrumento de sua realização no plano prático. A igualdade é o valor fundante da democracia, não a igualdade formal, mas substancial”.²

É cediço que a Constituição Cidadã trás no artigo 5º, inciso LXII um rol daqueles que devem ser comunicados quando ocorrer a prisão de qualquer pessoa, entretanto, pode a lei infraconstitucional acrescer novas garantias ao cidadão, fomentando assim o verdadeiro ideal de justiça. Outrossim, o inciso LXIII do mesmo artigo constitucional tutela o direito ao preso de ser informado de seus direitos, entre eles estão assegurados à assistência da família e de advogado. Assim, a inovação da lei que impõe a imediata comunicação da prisão a Defensoria Pública somente implementou o ideal constitucional, além disso o legislador primou pela valoração da igualdade, pois patrocinou a esse órgão as mesmas prerrogativas dadas ao Ministério Público, ou seja, receber comunicação da prisão em flagrante.

2 - APLICAÇÃO DA LEI 11.449/2007 NO DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR

Volvendo-se ao Código de Processo Penal Militar, torna-se imperioso destacar que ao mencionar o tratamento isonômico, não buscamos adentrar ao mérito dos motivos que conduziram o acusado a prisão em flagrante, mas ao tratamento igualitário das formalidades processuais, uma vez que o interprete deve sempre levar em consideração que o direito militar possui uma especialidade em relação a outras searas do direito, visto que toda seu arcabouço está norteado pelas balizas mestras da hierarquia, disciplina e preservação das instituições militares.

Cumprе ressaltar, que esse diploma processual castrense sempre primou pelas garantias e direitos do acusado, com o escopo de se obter uma persecução penal justa e equânime, a exemplo disto temos a obrigatoriedade de assistência de advogado para acompanhar o interrogatório, circunstância que sempre foi obrigatória nesse *codex*, consoante dispõe o parágrafo 1º do artigo 306. Já o Código de Processo Penal Comum somente garantiu esse direito com o advento da lei nº 10.792 de 1º de dezembro de 2003, que alterou o artigo 185 e parágrafos obrigando a presença do defensor constituído ou nomeado no interrogatório do réu.

Não obstante, não deve o Direito Processual Penal Militar deixar de observar as mudanças processuais introduzidas no nosso ordenamento jurídico, mormente as voltada em benefício do acusado.

É fato que hodiernamente se vem adotando uma cultura minimalista na seara penal e processual penal, em especial, buscando preservar o *status libertatis*, pois o encarceramento que antes era regra passou a ser exceção, logo, quando se verifica a necessidade de prisão, mister se faz adotar todos os cuidados e formalidades, com escopo de garantir ao acusado a verdadeira tutela jurisdicional. Nesta esteira, cumpre a autoridade competente para lavratura do flagrante delito se acautelar e agir em consonância com o ordenamento jurídico, a fim de se evitar grave ofensa à liberdade do acusado.

Neste contexto, torna-se de bom alvitre destacar as lições do magistrado da Justiça Militar do Estado de São Paulo, que ao abordar o tema: “Menagem: forma de prisão ou liberdade provisória”, asseverou:

“A tendência do Direito Penal moderno é substituir as punições que têm evidenciado crueldade por punições mas consentâneas com os conceitos de direitos humanos e os princípios de proporcionalidade entre os maléficos causados e a reprimenda. (...). Assim, antes do trânsito em julgado, só se admite a prisão a título de cautela”.³

Portanto, quando necessário a aplicação da reprimenda corporal do cárcere todas as formalidades legais deverão ser observadas e cumpridas fielmente, uma vez que a prisão passou a ser exceção com base no princípio do estado de inocência (artigo 5º, inciso LVII da CF/88). Ora, é crível que a modificação do artigo 306 do Código de Processo Penal Comum embutiu mais uma formalidade processual quando se tratar de prisão em flagrante.

Não se pode perder de mira que a legislação Processual Penal Castrense em seu artigo 3º permite a aplicação da legislação Penal Comum aos casos omissos, assim, torna-se forçoso admitir que embora a legislação castrense trate do instituto da prisão em flagrante, ela é omissa em relação à comunicação imediata da Defensoria Pública, através do encaminhamento da cópia integral do auto de prisão em flagrante, quando não for indicado advogado pelo preso.

No Estado de São Paulo o Tribunal de Justiça Militar em seu provimento nº 002/05-CG orienta a adoção do artigo 304 do Código Processual Penal Comum, considerando a nova redação dada ao artigo 304 do Código de Processo Penal pela Lei nº 11.113, de 13 de maio de 2005, com o objetivo de agilizar a liberação das pessoas envolvidas, na condição de condutor, vítima e testemunhas, na lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Veja, que é possível a aplicação do *codex* comum ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar, condições estas que se coadunam com a situação em análise, visto que a

aplicação desta nova formalidade, somente trás ao nosso arcabouço jurídico uma melhoria social, visto que possui o condão de agilizar a atuação processual da Defensoria Pública, que tomará ciência da prisão daquele que não constitui advogado, podendo tomar as medidas que achar pertinente ao caso concreto, ampliando assim, a legalidade da persecução penal, pois estará totalmente respaldada pelos princípios norteadores da lei constitucional e infraconstitucional.

3 - CONCLUSÃO

Depreende-se do estudo que a modificação no artigo 306 do Código Processual Penal comum, trouxe um novo contexto ao ordenamento jurídico, ampliando os direitos e garantias processuais do preso em flagrante delito.

Não se pode olvidar que o legislador busca, entre outras, atingir um fim social, considerando que valorou a função precípua da Defensoria Pública, que é a defesa dos direitos e garantia dos desprovidos de recursos para contratação de advogado, fato que atualmente atinge um número significativo de pessoas, entre elas o militar.

Neste norte, somos inclinados em admitir que se faz necessário a aplicação do artigo 306 e parágrafos nos casos concretos e omissos do Código Processual Penal Militar, uma vez que a obrigatoriedade de constar no auto de prisão em flagrante o nome do advogado indicado, e, na sua falta da indicação a extração de cópia integral e remessa a Defensoria Pública, essa medida somente enriquecerá o Direito Processual Penal Castrense e contribuirá para fomentar a verdadeira aplicação constitucional da garantia de assistência jurídica gratuita, quiçá, chegará o dia em que o Defensor Público suprirá todas as necessidades do assistido, inclusive acompanhando a lavratura do auto de prisão em flagrante ou entrevistando o preso no cárcere.

· Este artigo foi apresentado no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Militar da Universidade Cruzeiro do Sul – UNICSUL, como avaliação do módulo 3 (Direito Processual Penal Militar).

¹ MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 406.

² DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.131/132.

³ ROTH, Ronaldo João. Temas de direito militar. 1ª ed., São Paulo: Suprema Cultural, 2004. p. 151.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

MORAES, Alexandre. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4 ed., São Paulo: Atlas, 2004. p. 406.

ROTH, Ronaldo João. Temas de direito militar. 1ª ed., São Paulo: Suprema Cultural, 2004. p. 151.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 23ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p.131/13.

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: <www.tjm.sp.gov.br> .
Acessado em 15 Mai. 2007.