

Ligeiras digressões acerca da defesa do acusado no Processo Penal Militar*

Getúlio Marcos Pereira Neves

Juiz de Direito da Justiça Militar do Espírito Santo

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais

pela Universidade de Lisboa

1) O defensor:

O advogado é indispensável à administração da justiça (art. 133 da CF). Não por outro motivo o art. 71 do CPPM já dispunha (aliás a exemplo do disposto no art. 261 do CPP), que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado perante a Justiça Militar sem defensor, e, não o apresentando, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz (art. 71, par. 2. do CPPM)¹.

Na organização das Auditorias Militares federais existe previsão expressa para que a Defensoria Pública da União ali mantenha defensor em funcionamento (art. 69 da LOJMU), o que seria de acontecer nos estados cuja lei de organização judiciária remeta a organização das Auditorias Militares à legislação federal (caso do Estado do Espírito Santo). No entanto, na prática as associações de classe representativas dos círculos hierárquicos (Cabos e Soldados, Sub Tenentes e Sargentos, Oficiais) disponibilizam assistência jurídica a seus associados, que constituem em sua defesa os profissionais que ali prestam serviços.

□ Baseada em trecho da Monografia “Lide Penal Militar e Sujeitos Processuais na relação Processual Penal Militar”, apresentada em 2006 à Escola da Magistratura do Espírito Santo, na pós-graduação lato sensu em Teoria do Processo.

¹ O que, antes da EC 45/04, ficava a cargo do oficial Presidente do Conselho de Justiça, a teor do inciso III do art 29 da LOJMU.

Esta prática é bastante vantajosa, na medida que a defesa é sempre exercida por profissionais especializados numa matéria tão específica. Por outro lado, o fato de as associações disponibilizarem defesa a seus associados tem induzido a Defensoria Pública estadual a não disponibilizar profissional de seus quadros para funcionamento na Auditoria Militar, direcionando-os para outras varas que demandam seus serviços. Um dos prejuízos que podem decorrer dessa situação é a suspensão de ato processual por ausência de defesa, quando o acusado, intimado para o ato de qualificação e interrogatório, não se comunica com o defensor de sua preferência, ou com a associação de classe para que esta lhe disponibilize um. Ao contrário do CPP, o CPPM determina, na qualificação e interrogatório do acusado, a nomeação pelo juiz de defensor ao que não o tenha, porque este assistirá obrigatoriamente o ato (art. 306, par. 1., do CPPM).

As prerrogativas do defensor podem mesmo influenciar na tramitação da ação penal, e especificamente na ação penal militar. Não comparecendo ele a ato processual por motivo justificado, sua falta por uma vez acarretará a suspensão e redesignação, a teor do art. 74 do CPPM. Ainda, tem o direito de solicitar a suspensão da sessão de julgamento - ou mesmo a ela não comparecer, e neste caso sua ausência acarretando, por uma vez, a suspensão do ato. Somente na sua segunda ausência desmotivada ao julgamento é que será substituído (art. 431, par. 5, do CPPM), mas neste último caso pode o Conselho de Justiça Militar entender que abandonou a causa e agir na forma do par. 7. do art. 71 do CPPM, com a comunicação do fato à seccional local da Ordem dos Advogados do Brasil para adoção das medidas disciplinares que aquela entender cabíveis.

2) Óbices à tramitação da ação penal militar envolvendo a pessoa do acusado:

Numa sistematização de exposição visando a apresentar estratégias de defesa na ação cível, agrupou Cleanto Siqueira, no seu “A Defesa no Processo Civil: as Exceções Substanciais no processo de conhecimento” (2. ed. Belo Horizonte: Del

Rey, 1997), as defesas possíveis para o demandado na seara do processo civil, procedendo a um estudo pormenorizado dos instrumentos de defesa de mérito indireta, ditas exceções substanciais. Interessante é que o autor impregnou o estudo da técnica processual do conteúdo de direito material possível em cada tópico levantado.

Sem embargo a interessante abordagem pode-se mostrar útil não só no processo civil como também no penal, e especificamente no militar, se desenvolvida adequadamente. Isto porque, em sede de processo penal, ditas exceções não se podem brandir da forma como se o faz no processo civil: este tipo de defesa, incluindo-se aí as alegações sobre condições pessoais do acusado, elementos do tipo etc., acabam na lide penal por desaguar quase sempre no mérito da questão, pelo ataque à atipicidade do fato (já que na falta de um elemento do tipo o delito não se consuma).

No entanto, o exame de certas condições do réu pode dizer respeito, também, à culpabilidade - por exemplo, sua imputabilidade ou a inexigibilidade, nas circunstâncias, de conduta diversa de sua parte. Especificamente em sede de processo penal militar, reveste-se de especial relevo a questão dos limites da alegação da excludente do cumprimento de ordem de superior hierárquico, (respaldada a alegação pela carga de coação que representa a organização hierarquizada da corporação militar e a disciplina inerente a esta organização). Na mesma sede há espaço, até mesmo, para uma espécie de “reconvenção” (se se abstrair da exposição esta quase que grosseira imprecisão terminológica): se a defesa demonstrar que não só a ação do réu não foi ilícita, como, por outro lado, revestiu-se de componentes de bravura, passíveis de elogio em folha de assentamentos funcionais.

A sede não é adequada para tentar desenvolver uma sistematização da defesa penal. Mas se o exame de ditas matérias de defesa pela abordagem procedida por Cleanto Siqueira não é de todo impossível, em se tratando de processo penal

(se se adota uma visão menos ortodoxa do conteúdo da lide penal), diga-se que no processo penal algumas estratégias indiretas de defesa (as que não se dirigem ao ataque direto da atipicidade da conduta) se fazem por meio de questões incidentais, prejudiciais ou não à demanda, e são brandidas por meio de incidentes processuais.

Registre-se aqui uma diferença sutil perceptível no exame de ditas questões oponíveis à possibilidade de prosseguir diretamente para o conhecimento da pretensão autoral, ao se fazer a confrontação de seu funcionamento numa e noutra sede processual. É que no processo civil, ditas alegações, sejam ou não incidentes, se revestem de um caráter predominante de estratégia de defesa, dentro de uma lógica de apreensão do direito formal, visando a combater a pretensão do autor pela descaracterização de seu direito. Para isto, o réu tenta demonstrar nos autos a ocorrência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito daquele, na forma do inciso II do art. 333 do CPC.

Já no processo penal em geral (e que ocorre no militar também), a proposição de tais questões (aliás, por meio de incidentes processuais), além de estratégia de defesa - se entendidas no sentido de desviar uma possível decisão desfavorável - também vai conferir ao julgador a possibilidade de buscar, tanto quanto possível nas circunstâncias, a verdade material, que interessa na decisão da lide penal.

Ao se partir para o exame de ditos incidentes processuais pelo prisma do acusado como parte na relação processual, em atendimento à metodologia aqui adotada, podem-se listar as seguintes, passíveis de serem opostas levando em conta a pessoa do réu:

a) questões prejudiciais, elementares do delito (e assim não se enquadrando na classificação de defesa indireta) - notadamente as que dizem respeito ao estado civil do acusado ou da vítima, v.g. nos crimes contra os costumes; ou a

propriedade de bens pelo acusado, pela vítima ou terceiro, nos crimes contra a propriedade – todas a serem dirimidas no juízo cível.

Se o juiz reputar séria e fundada a arguição, em “juízo de prelibação”, a ação penal ficará suspensa até a solução da questão, mas sem prejuízo da produção de provas que independam do deslinde daquela (art. 123, letra c, do CPPM). A suspensão será obrigatória no caso de decisão acerca de estado civil do acusado (enquanto que é facultativa nos outros casos).

b) dúvida quanto à imputabilidade penal da acusado, a ser dirimida através de incidente de sanidade mental (e aqui se enquadrando na classificação de defesa processual indireta desenvolvida acima), instaurado na forma dos arts. 156 e seguintes do CPPM e cuja tramitação, da mesma maneira, suspende apenas a atividade de produção de provas a que se repute indispensável a presença do acusado (art. 158 do CPPM). No entanto, esta disposição de suspensão do curso da ação penal é mais rígida em sede de processo penal militar, onde o direito do acusado de estar presente à instrução criminal é indiscutível.

3) A conduta pregressa do acusado como elemento de sua defesa:

Em que pese ao fato de as transgressões disciplinares serem infrações de natureza distinta à do delito militar, o comportamento militar do acusado pode ter influência na decisão (em muito menor grau) e no *quantum* da pena (regularmente) a lhe ser aplicada no caso de condenação.

Não se trata aqui, tecnicamente, das circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM (dispositivo equivalente ao art. 59 do CP), v.g., a personalidade do agente e seus antecedentes criminais, de observância obrigatória no procedimento para cálculo do apenamento a ser imposto ao acusado, isto em qualquer esfera criminal. O comportamento militar de que se fala é definido no art. 51 do RDE nos termos seguintes: “o comportamento militar da praça abrange o seu procedimento civil e

militar, sob o ponto de vista disciplinar”, o mesmo sentido do disposto no art. 57 do Regulamento Disciplinar dos Militares do Espírito Santo, que por sua vez faz menção a “procedimento civil e funcional da praça”.

O inciso II do art. 72 do CPM elenca, como uma das circunstâncias que sempre atenuam a pena, “ser meritório o seu comportamento anterior”. Sendo circunstância atenuante genérica, é reconhecível de ofício pelo juiz, nos termos do art. 437, letra b, do CPPM. Como refere Jorge César de Assis (Direito Militar: Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos, Curitiba: Juruá, 2006, pág. 102), fazendo menção a julgamento do Superior Tribunal Militar, este comportamento meritório não pode ser o simples recebimento de elogios e medalhas, “tido como normalidade na vida castrense”, mas presumindo-se a atenuante na ocorrência de circunstâncias excepcionais e que revelem o mérito do acusado no enfrentamento da situação ou no desincumbir-se de suas obrigações legais ou aquelas outras, de cunho moral, que lhe impõe a ética militar a que está sujeito.

Como a atenuante genérica pode influir para trazer para baixo o apenamento que está sendo aplicado, a sua conduta pessoal e profissional satisfatória pode ser brandida pela defesa em suas razões – o que o mais das vezes é feito pelo defensor. Por este motivo deverá vir sempre aos autos a folha de assentamentos funcionais do acusado, espelho de sua vida pessoal e profissional após o ingresso na Corporação Militar, o que deverá ser solicitado pelas partes ou ordenado de ofício pelo Juiz Auditor, no caso de ausência.