

A obrigatoriedade do Defensor em audiência criminal militar e a necessidade de não se prejudicar o ato processual *

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo

Aspectos gerais. O processo penal marca-se, por excelência, por ser um processo de garantias, de um lado, ao Estado, assegurando-lhe *a persecução penal*, realizada pelos Órgãos legais: a Polícia e o Ministério Público, buscando a responsabilização do criminoso, por meio do *jus puniendi*, enquanto, de outro lado, garantindo àquele tido como criminoso *o direito de se defender*, para concretização do seu *status libertatis*.

Desse modo, o nosso ordenamento jurídico garante ao acusado, no processo penal, que tenha direito à *defesa real* e à *defesa técnica*: a primeira, exercida *pessoalmente* quando do interrogatório; a segunda exercida por meio de seu *defensor* ao longo do processo.

Pois bem, exurgem da Carta Magna *três* princípios essenciais para assegurar ao réu a sua defesa no processo judicial: o da *ampla defesa e do contraditório*, e também o da *essencialidade da presença do defensor* perante os atos judiciais (artigo 5º, inciso LV, c. c. o artigo 133, ambos da CF), os quais irão direcionar a lei infraconstitucional na concretização daqueles princípios.

É nesse contexto que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) dá implemento àqueles princípios reitores, garantindo-se ao réu, no processo penal militar, uma justa e devida maneira de trilhar a *lide penal*.

Como ensina **Julio Frabbrini Mirabete**, “No campo penal, opondo-se o titular do direito de liberdade à pretensão punitiva, e não podendo o Estado impor, de plano, o seu interesse repressivo, surge a *lide penal*. Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão do Estado,

deve fazê-lo, pois o Estado também tutela o *jus libertatis* do imputado autor do crime. Diante da auto-limitação que se impõe ao próprio Estado, a pretensão punitiva somente pode ser exercida tendo como instrumento o direito de ação (*jus perseguendi* ou *jus persecutionis*).”¹

Vem assim, o CPPM, dispor que incumbe ao juiz *prover a regularidade do processo* (art. 36), estando nela inserida zelar pela presença do advogado para o réu (art. 71), devendo adiar a audiência quando, *motivadamente*, o defensor não compareça e, no caso de persistência da falta, nomear-lhe substituto para efeito do ato, ou, se a ausência perdurar, para prosseguir no processo (art. 74 do CPPM), garantindo-se ao advogado, no exercício de sua função no processo penal militar, os direitos que lhe são assegurados e exigindo-lhe os deveres que lhe são impostos pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 75).

Neste trabalho, interessa-nos verificar algumas situações em que o juiz *deve* assegurar a presença do *defensor constituído* do réu em audiência, todavia, *podendo substituí-lo* por um defensor *nomeado*, a fim de que *não* seja prejudicado o ato processual designado.

Para uma abordagem precisa do tema, a interpretação ora desenvolvida levou em consideração as normas previstas e integradoras, *in casu*, no Código de Processo Penal (CPP Comum), por expressa disposição do CPPM (art. 3º, alínea “a”).

Desenvolvimento. A Justiça Militar sempre se marcou pelo seu aspecto garantista no processo, de forma que “*nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*” (art. 71 do CPPM). A mesma regra encontra semelhança no *Codex* Processual Penal Comum (art. 261).

Essa regra aplicada ao interrogatório do réu, como ato privativo do juiz, sempre recebeu *temperamento* na Justiça Castrense, permitindo-se ao defensor as reperguntas ao réu (parágrafo único do art. 303 do CPPM).

¹ “Processo Penal”, Atlas, 1993, pág. 25.

Veja que hoje, em face do advento da Lei n. 10. 792/03, o artigo 185 do CPPM Comum, foi alterado, inserindo-se neste *a obrigatoriedade da presença do defensor no interrogatório*, bem como o direito de entrevista reservada do acusado com o defensor, mas tal garantia já encontrava previsão no CPPM (§ 1º do art. 306).

Questão que surge, de início, é se o defensor constituído pelo réu não puder comparecer, *motivadamente*, ao interrogatório, ou à audiência de testemunhas, se pode o juiz realizar o ato sem aquele.

Ora, vamos dividir a resposta a essa indagação em *duas* partes: a primeira em relação ao interrogatório e a segunda à oitiva de testemunhas.

Quanto ao interrogatório, diz o CPPM e o CPP Comum que é um *ato privativo do juiz*, não sendo permitida a intervenção das partes (arts. 303 e 188, respectivamente).

Mesmo diante do *princípio do contraditório*, tal regra, que encontra simetria no CPP Comum (art. 187), *sempre foi válida*, no entanto, as partes poderiam levantar qualquer *questão de ordem* (parágrafo único do art. 303 do CPPM) ou serão indagadas pelo juiz *se restou algum fato para ser esclarecido*, formulando as perguntas correspondentes, se o entender pertinente e relevante (art. 188 do CPP Comum), assegurado, assim, *o contraditório* ao final do interrogatório, nos dois *Codex*.

Deixa claro o CPPM que, se a presença do defensor for *imprescindível* ao ato processual, sua falta *motivada* adiará o ato (art. 74), no entanto, é de se reconhecer que o interrogatório, *sendo ato privativo do juiz*, não exige a presença do defensor constituído, podendo o defensor *ad hoc* substituí-lo para aquele ato.

Aqui é sabido que a *orientação jurídica* ao réu deve preceder ao ato processual, daí ser feita a citação com antecedência mínima ao interrogatório, e a audiência ser designada com prazo mínimo (arts. 291 e 402 do CPPM, respectivamente) permitindo-se ao réu *buscar a melhor orientação jurídica junto ao seu patrono*; caso contrário, deve o juiz garantir *a entrevista do réu com seu defensor*, antes da realização do interrogatório (§ 2º do art. 185 do CPP Comum).

Não é por outro motivo que o CPP Comum dispõe que o acusado será interrogado na presença de seu defensor, *constituído* ou *nomeado* (art. 185).

Desse modo, embora inegavelmente o interrogatório tenha de ser realizado em presença de defensor (art. 71 do CPPM e 185 do CPP Comum), *não* precisa aquele ato ser *adiado*, pela ausência do defensor constituído, ainda que motivadamente justificado, devendo ser realizado o ato por defensor *ad hoc*.

Por outro lado, se a ausência se fizer *imotivadamente*, nem há de se cogitar do adiamento do ato, o qual deve ser realizado pelo defensor *ad hoc*.

No tocante à segunda pergunta (falta do defensor constituído em audiência de testemunha), não sendo o ato privativo do juiz, mas sim *um ato das partes*, é de se reconhecer que se a falta do defensor constituído for *motivada*, esta irá prorrogar o ato por pelo menos uma vez. Na segunda falta, o ato, mesmo que motivado, deverá ser realizado com defensor *ad hoc*, nos termos do artigo 74 do CPPM.

Insta saber se o CPPM admite *qualquer* motivação ou, se pelo contrário, *restringe* o motivo da ausência para justificar a prorrogação do ato processual.

Durante a instrução criminal, se o defensor constituído *ficar doente*, desde que tal estado seja comprovado por atestado médico, com a firma de seu signatário devidamente reconhecida, *o ato será adiado*; se, no entanto, a doença perdurar *por mais de dez dias*, será nomeado defensor substituto pelo juiz, caso o réu não constitua outro defensor de sua livre escolha (§ 3º do art. 390 do CPPM).

Limita, desse modo, o CPPM a prorrogação do ato, no caso de doença do defensor, *em até dez dias*, quando então deverá o processo continuar o seu andamento. Esta norma do CPPM é mais complacente que a norma correspondente no CPP Comum, em que a doença do defensor deve determinar a sua substituição definitiva ou somente para a audiência (art. 403).

“No caso de ausência do defensor, por outro motivo ou sem justificativa, ser-lhe-á nomeado substituto, para assistência ao ato e funcionamento do processo, enquanto a ausência persistir, ressalvado ao acusado o direito de constituir outro defensor” (parte final do § 3º do art. 390 do CPPM).

Observa-se, portanto, que o CPPM, apenas admite *uma justificativa* para a ausência do defensor nas audiências de testemunhas, ou seja, *por motivo de doença*, assim mesmo desde que *não ultrapasse dez dias*, salvo o que imponha ao juiz o andamento do processo, acarretando a designação de defensor substituto, ou possibilitando ao próprio acusado a constituição de *novo* defensor.

No caso das audiências deprecadas, *a falta imotivada* do defensor nenhum impedimento trará para a realização do ato.

Esta exegese realizada com base no CPPM ajusta-se ao que é norma no CPP Comum, estabelecendo que “*A falta de comparecimento do defensor, ainda que motivada, não determinará o adiamento de ato algum do processo, devendo o juiz nomear substituto, ainda que provisoriamente ou para o só efeito do ato*” (parágrafo único do artigo 265 do CPPM).

Outra situação que enseja exame neste trabalho é a situação da ausência do defensor constituído no julgamento, e se deve o ato ser adiado.

Estabelece o CPPM que “*Se o defensor faltar ao julgamento, o ato será adiado por uma única vez, sendo que na segunda ausência, salvo motivo de força maior devidamente comprovado, será o advogado substituído por outro*” (§ 5º do artigo 431 do CPPM).

Não há dúvida de que *a presença* do defensor, no julgamento, segundo o CPPM expressa, *é imprescindível*, daí aquele Diploma legal estabelecer *a obrigatoriedade de prorrogação* daquele ato processual, marcando-se *nova* audiência.

Abre nova hipótese de prorrogação daquele ato, se na segunda ausência, o defensor *motivá-la* por *motivo de força maior*, devidamente comprovado.

Como motivo de força maior, estarão englobados os casos de doença, anteriormente comentados, bem como quaisquer outros fatos impeditivos da presença do defensor em Juízo, desde que devidamente comprovados.

Diante da sistemática do CPPM, a comprovação sobre o motivo do impedimento da presença do defensor deverá ocorrer em tempo hábil, ou seja, logo após o fato e antes da realização da audiência redesignada, sob pena de perder o sentido aquela justificação imposta ao defensor faltante ao ato processual.

Assim, não havendo comprovação por parte do defensor de sua ausência, na *segunda* designação do julgamento, caberá ao juiz *nomear outro defensor ao réu* para a realização daquele ato.

Outra questão que o exame da situação propicia é *a recusa* do defensor substituto pelo réu.

Nos casos legais, *não cabe ao réu recusar o defensor substituto dado pelo juiz*, diante da ausência do defensor constituído, devendo-se aqui observar o que dispõe a lei.

O interesse público sobrepõe-se à vontade do réu, determinando a substituição compulsória do defensor constituído para o julgamento, quando aquele esgotar as possibilidades de ausência àquele ato processual.

Tal situação vem bem ilustrada por Fernando de Almeida Pedroso: “O que não se permite ao acusado – doutrina Espínola Filho – é, caprichosamente, pretender que o Juiz substitua o defensor nomeado, sob pretexto de que não tem confiança nele, a fim de ter outro, também designado pelo julgador (nosso grifo). A substituição, nessa hipótese, reclama, sem dúvida, uma apresentação e fundamentação de motivos, pelos quais, a critério do Magistrado, se evidencie que a defesa está sendo conduzida de modo negligente, ou inábil, em forma a comprometer os interesses do defendido.’ Não constitui cerceamento de defesa, dessarte, a nomeação ao réu, de defensor que não lhe cai no agrado.”²

Conclusão. O CPPM e, até por analogia, o CPP Comum prevêm a presença obrigatória do defensor do réu nos atos processuais, todavia, salvaguardando a celeridade do processo, estabelecem que a audiência somente poderá ser adiada por motivo justificado, quando então, nomeará para o ato um defensor *ad hoc*; caso contrário, poderá adiar o ato, mas agora, essa medida é facultativa.

Adiamento de audiência é facultativo. TACrimSP: “Embora seja comum o adiamento de atos do processo a pedido do defensor, por impossibilidade de comparecimento a eles, tal se dá por mera liberalidade do juiz, sem qualquer direito daquele, *ex vi* do disposto no art. 265, parágrafo único, do Código de Processo Penal” (RT 520/400).

² “Processo Penal e o Direito de Defesa”, RT, 1994, pág. 196.

Veja que nem mesmo a doença do defensor é motivo para se protelar o processo, marcando o CPPM *um prazo de dez dias*, salvo o qual, se perdurar a doença, *deverá ser nomeado defensor substituto* para o prosseguimento do processo.

A única motivação aceita para adiamento do ato processual no CPPM, quando da instrução criminal, *é a doença do defensor*, mesmo assim limitada ao decurso legal de dez dias.

A presença do defensor, além da exigência *constitucional* (art. 133 da CF) e *legal* (art. 74 do CPPM), deve possibilitar àquele uma atuação no processo, sob pena de se estar cerceando a defesa do réu, ante o princípio constitucional regente (art. 5º, inciso LV, da CF).

O dever do Magistrado na condução do processo é zelar pela regularidade de seu andamento, cabendo-lhe, portanto, dentre as variadas situações que deve decidir, cuidar para que os atos processuais não sejam procrastinados sem justificativa.

*** Artigo Publicado na Revista de “Direito Militar”, AMAJME, nº 57, 2006, pg. 32/35**