

## Direito de Livre Escolha do Advogado

Fernando Fragoso  
Christiano F. Fragoso

Infelizmente tem se tornado prática extremamente comum, notadamente na 1.<sup>a</sup> instância da Justiça Estadual do Rio de Janeiro, a designação pelos Juízos criminais de todas as audiências de um determinado dia para a *mesma* hora. Todas as audiências são invariavelmente marcadas para as 13 horas.

Trata-se de costume extremamente descortês e desrespeitoso para com os jurisdicionados, e inegavelmente violador dos direitos dos advogados.

Entretanto, poucos são os advogados que têm a coragem profissional de se levantar contra um tal abuso de poder. O art. 7.<sup>o</sup>, inciso XX, do Estatuto da Advocacia, é absolutamente claro: “*Art. 7.<sup>o</sup> São direitos do advogado: (...) XX - retirar-se do recinto onde se encontre aguardando o pregão para ato judicial, após trinta minutos do horário designado e ao qual ainda não tenha comparecido a autoridade que deva presidir a ele, mediante comunicação protocolizada em juízo.*”

Argumenta-se que tratar-se-ia de uma questão menor, em nome da qual não valeria a pena “enfrentar” o Juízo, até mesmo para procurar preservar o constituinte de uma eventual ira incontida de um magistrado suscetível.

Por isso, merece evidente aplauso uma recente decisão prolatada pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que declarou nula uma audiência iniciada mais de duas horas após o horário assinado e realizada sem a presença do advogado constituído pelo réu, que, premido pela necessidade de atender a outro compromisso profissional, viu-se obrigado a ausentar-se, obviamente após protocolizar petição em que fundamentava tal necessidade.

Nesse caso, o Magistrado, comparecendo extemporaneamente, simplesmente ignorou a petição defensiva e realizou a audiência, após nomear defensor *ad hoc*. Reafirmando o direito instituído no art. 7.<sup>o</sup>, XX, da Lei n.<sup>o</sup> 8.906/94, corolário do princípio constitucional da ampla defesa (art. 5.<sup>o</sup>, LV, CRFB), aquela eg. Corte declarou a nulidade absoluta de tal audiência, em acórdão ementado nestes termos: “*AUDIÊNCIA - REALIZAÇÃO FORA DO HORÁRIO DESIGNADO. É de ser declarada nula a audiência realizada fora do horário designado e sem a presença do advogado constituído que adotou a providência do art. 7.<sup>o</sup>, XX, do EA. Nomeação de defensor dativo, que não afasta a nulidade, porque constitui direito inconcusso do réu ver-se defendido por advogado de sua escolha, direito que é da classe dos fundamentais de defesa.*” (2.<sup>a</sup> C. Cr., rel. Juiz CÉSAR ABREU, Ap. 33.820, unânime, j. 12/05/98).

Trata-se de raciocínio totalmente lógico e que já vinha sendo desenvolvido, em casos semelhantes, em favor do Ministério Público, como se nota no seguinte precedente: *“É de se declarar nula, nos termos do art. 564, III, ‘d’, do CPP, a audiência realizada fora do horário designado e sem a presença do Ministério Público, violando o disposto no art. 792 do CPP e o princípio do contraditório.”* (RT 693/345).

Contraditório assimétrico.

Como bem salientou o eg. Tribunal de Justiça, a nomeação de um defensor dativo para o ato obviamente não tem o condão de afastar a nulidade. É que constitui direito impostergável do cidadão envolvido em processo criminal que sua defesa seja exercitada pelo advogado de sua livre escolha, de sua inteira confiança. Como ressaltam todos os processualistas, essa relação de confiança é o mais importante alicerce que fundamenta a própria existência da Defesa.

Por isso, este direito elementar se encontra previsto expressamente em várias convenções internacionais ratificadas pelo Brasil, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque (art. 14, n.º 3, ‘d’) e o Pacto de San José da Costa Rica (art. 8.º, n.º 2, ‘d’).

Segundo nos ensina a preclara prof.<sup>a</sup> ADA PELLEGRINI GRINOVER, titular de Direito Processual Penal da USP, interpretando o art. 5.º, § 2.º, CF, *“todas as garantias processuais penais da Convenção Americana integram, hoje, o sistema constitucional brasileiro, tendo o mesmo nível hierárquico das normas inscritas na Lei Maior”*.

**As Cartas Políticas de todas as nações democráticas já fizeram inserir este direito no rol de garantias fundamentais ao acusado em processo penal.** A Constituição de Portugal, por exemplo, assim dispõe sobre o direito de escolha do defensor: *“Artigo 32.º (Garantias de processo criminal) (...) 3. O arguido tem o direito de escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e fases em que essa assistência é obrigatória.”* .

Superiormente esclarecedor é o comentário dos ilustres J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA sobre o dispositivo: *“O argüido tem o direito à escolha do defensor (ou defensores) e não apenas direito à assistência de defensor (n.º 3). Tal direito justifica-se, com base da ideia de que o arguido não é objecto de um acto estadual mas sujeito do processo, com direito a organizar a sua própria defesa.”* (*“Constituição da República Portuguesa Anotada”* , Coimbra Editora, 3.ª ed., 1993, p. 204).

Como pode um cidadão exercer seu direito de defesa em um processo penal, se ele não pode sequer escolher o advogado de sua confiança para produzi-la e organizá-la?

Apesar de sua inegável importância, parece que a matéria não tem merecido a devida atenção de nossa doutrina processual penal, que ainda não traçou convenientemente as conseqüências legais e as implicações práticas decorrentes do reconhecimento jurídico desse direito. É bem verdade que, há muito tempo, a questão da livre escolha do advogado vem sendo comumente debatida em casos de réus revéis. E pode-se até dizer que, neste casos, constitui jurisprudência remansosa do eg. Supremo Tribunal Federal a garantia de livre escolha do advogado. Veja-se o seguinte aresto da 1.<sup>a</sup> Turma de nossa Corte Suprema, relatado pelo e. Min. CELSO DE MELLO: *“O réu tem o direito de escolher o seu próprio defensor. Essa liberdade de escolha traduz, no plano da persecutio criminis, específica projeção do postulado da amplitude de defesa proclamado pela Constituição.”* (HC 67.755-0/SP, j. 26.06.90, DJU 11.09.92).

Não se trata, entretanto, simplesmente de conferir ao réu o direito de escolher o advogado. Tal direito seria absolutamente inócuo, se o acusado não tivesse o direito de se fazer defender efetivamente, em todos os atos do processo, pelo advogado de sua escolha. Por isso, parece-nos evidentemente inconstitucional o parágrafo único do art. 265, do Código de Processo Penal. Vejamos o que dispõe tal preceito: *“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.”*

Recentemente, o eg. Superior Tribunal de Justiça, por sua 6.<sup>a</sup> Turma, sendo relator o eminente Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, proferiu decisão lapidar, em que, reconhecendo o direito defensivo de livre escolha do advogado, repele o anacrônico dispositivo legal: *“RHC — CONSTITUCIONAL — PROCESSUAL PENAL — DEFESA — ESCOLHA DE ADVOGADO — A Constituição da República consagra o devido processo legal. A defesa deve ser desenvolvida materialmente. Não mais se tolera defesa meramente formal. O art. 265, parágrafo único do Código de Processo Penal precisa ser relido face a Carta Política de 1988.”* (RHC 7.846/RJ, j. 29/10/98, v.u., DJ 07/12/98).

No que é seguido pela jurisprudência de outros Tribunais do país: *“A escolha, pelo réu, de defensor de sua confiança, é uma das mais vigorosas colunas do instituto da ampla defesa. Não pode o magistrado, sem justo motivo, destituir o advogado constituído pelo acusado e nomear-lhe outro. Cerceamento caracterizado.”* (TACrim-RS, 3.<sup>a</sup> C.Cr., Ap.Crime n.º 292213642, Juiz VLADIMIR GIACOMUZZI, j. 22.12.92, JTARGS 85/114).

Assim também a doutrina. MIRABETE, perfilhando a tese, cita vários acórdãos em que este direito impostergável e inalienável que os acusados em processo penal titularizam é consagrado: ‘STF: RT 541/475, 603/444; TJSP: RT 402/67, 451/348, 483/266, 568/276; TJSC: RT 521/455; TJMT: RT 486/334; TAMG: RT 536/379; TACRSP: RT 521/398-9, JTACRESP 45/406, 50/102, 55/196, 62/113-4 e 209.’.

**O direito de escolher o patrono é consectário natural do princípio da ampla defesa**, tendo assento constitucional. Em hipótese semelhante, o eg. TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DO RIO DE JANEIRO pronunciou-se neste sentido: *‘HABEAS CORPUS - CERCEAMENTO DE DEFESA. DEFENSOR CONSTITUÍDO - IMPOSSIBILIDADE - COMPARECIMENTO - ADIAMENTO - RECURSO. Provando o advogado constituído que no dia da audiência estava impossibilitado de comparecer, acometido de mal súbito, por hipertensão arterial, não se justifica a nomeação de dois outros para o ato com uma presença ficta, sem formular qualquer pergunta no decorrer do sumário de culpa. O não adiamento fere o princípio universal da ampla defesa caracterizando o cerceamento e como conseqüência, a concessão da ordem, com a anulação dos atos praticados sem a presença do patrono.’* (TACrim-RJ, 4.<sup>a</sup> C., Juiz LIBORNI SIQUEIRA, v.u., HC 18.244, DO 14.08.96, j. 20.05.96).

Em conclusão, o **artigo 265**, § único, CPP, faculta ao Juiz a nomeação de defensor substituto no caso de ausência do advogado. Contudo, não há como negar a flagrante inconstitucionalidade deste artigo no caso de ausência motivada do defensor constituído pelo acusado.