DEFESA EFETIVA NO PROCESSO PENAL

Walter Nunes da Silva Júnior¹

RESUMO

Na concepção do Estado democrático de direito, consolidado na Constituição de 1988, os direitos fundamentais se apresentam como limitações ao direito de punir, constituindo-se a cláusula constitucional da ampla defesa como o núcleo do sistema processual penal, a qual, historicamente, nessa seara, somente é assegurada ao acusado. A ampla defesa no processo criminal contém diferença ontológica em relação à que é prevista para o processo civil, porquanto, em linhas gerais, representa o *due process of law*, no sentido da obrigatoriedade de que ela seja *efetiva*, ademais de *eficiente*, além de se traduzir no direito do acusado de *participação* (ser intimado dos atos processuais e estar presente à audiência), de *audiência* (ser ouvido pelo juiz responsável pelo seu julgamento) e de manter-se em *silêncio* (não ser obrigado a produzir prova contra si), características que foram observadas e sedimentadas com a recente reforma do Código de Processo penal, implementada pelas Leis nº 11.689, 11.690 e nº 11.719, de 2008.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito, Ampla Defesa, Devido Processo Penal.

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

A ampla defesa, na qualidade de princípio encartado entre os direitos fundamentais, ao contrário do que se dá em relação ao processo civil, que é estipulado para os litigantes, no processo penal, não está previsto para as duas partes. É da nossa história constitucional que o direito à ampla defesa é estabelecido, apenas, em relação ao acusado. Ademais disso, conquanto na visão individual a ampla defesa seja um direito de se contrapor à imputação criminosa, no sentido coletivo, a ampla defesa representa o direito *due process of law* ou ao *giusto processo*². É questão de ordem pública. Dessa forma, se para o processo civil a ampla defesa se mostra prestigiada apenas com a concessão de oportunidade para que ela seja manifestada, no ambiente criminal a defesa, além de substancial, ou seja, *efetiva*, tem de ser *eficiente*. A par de ter como elementos a *efetividade* e a *eficiência*, a ampla defesa criminal contempla, ainda, como característica, os direitos de *participação*, *audiência* e *silêncio*.

Na sistemática anterior, a defesa propriamente dita do acusado só era manifestada nas razões finais, uma vez que a defesa prévia era meramente facultativa, razão pela qual, de regra, era utilizada, apenas, para o arrolamento de testemunhas. Agora, após a citação, a defesa *efetiva* no início do processo é obrigatória.

De outra banda, o interrogatório, com o novo procedimento, deixa de ser o primeiro ato da instrução do processo e passa a ser considerado, propriamente, como exercício do direito de defesa, ou melhor, o *direito de audiência* do acusado com o juiz responsável pelo seu julgamento. Sendo assegurados e ressaltados o *direito ao silêncio*, o de ter *advogado presente* na audiência em que se dá o interrogatório, o de *se entrevistar com o defensor* antes de prestar o depoimento e, ainda mais, o de falar, apenas, após a produção de toda a prova, cria-se o ambiente necessário para que a defesa tenha mais efetividade. Para complementar essa garantia, com as mudanças, determinou-se, expressamente, a aplicação, na seara do processo criminal, do princípio da *identidade física do juiz* (art. 399, § 1º, do CPP, introduzido pela Lei nº 11.719, de 2008), com isso querendo dizer que o magistrado vinculado ao processo é aquele perante o qual o acusado exercitou o direito de audiência (interrogatório).

A defesa efetiva na seara criminal é preocupação central da reforma do Código de Processo Penal, introduzida pelas Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719, de 2008, assunto que está a merecer estudos que revelem o alcance das modificações operadas.

A exposição começa com análise do alcance do princípio da ampla defesa no sistema criminal, para, em seguida, passar a tratar, concretamente, da defesa efetiva, tal como ela ficou especificada para o procedimento ordinário, que é aplicável, nessa parte, por força do art. 394, § 5º, do Código de Processo Penal, a todas as espécies de procedimento, não apenas aos especiais tratados no próprio Código, como àqueles que estão disciplinados em leis extravagantes. Em visão crítica quanto ao disciplinamento da matéria, fazem-se considerações sobre o prazo para a resposta, a sua obrigatoriedade, sob pena de nulidade, e, ainda, do novo tratamento a respeito das conseqüências decorrentes do abandono da causa pelo advogado.

2. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Na tradição do constitucionalismo brasileiro, o princípio da ampla defesa, além de ser estabelecido com *status* de direito fundamental apenas para o ambiente criminal, é previsto tão-somente para o acusado³. A Constituição de 1988 inovou, a esse respeito, para estabelecer esse postulado, igualmente, para a seara do processo civil, tendo como destinatários tanto o autor quanto o réu. Porém, em relação ao campo criminal, a cláusula da ampla defesa permaneceu

restrita ao acusado, a revelar que, conquanto o processo penal se baseie no modelo acusatório, a defesa deve ser mesmo privilegiada em relação à persecução criminal. Por conseguinte, se à defesa é conferida atenção especial mercê da incidência do princípio da presunção de não-culpabilidade, notadamente quanto à valoração da prova, a compreensão do verdadeiro alcance do princípio da ampla defesa na área criminal mostra que essa cláusula é a pedra de toque de um sistema elaborado sob a batuta dos direitos fundamentais⁴.

O *due process of law*, de criação americana a partir da inclusão, por meio das primeiras emendas, da declaração dos direitos fundamentais na Constituição, ou o *giusto processo*, é o regramento do exercício do *dever-poder de punir* do Estado, normas de proteção que, em essência, se traduzem em regras que circundam o exercício da defesa em si, que é o seu núcleo⁵.

Não é sem razão que a inteligência da jurisprudência estabelecida pela Corte Constitucional espanhola a respeito da inadmissibilidade das provas produzidas por meios ilícitos, preceitua que, em relação à prova derivada, a orientação deve ser no sentido de sua contaminação, quando, no caso concreto, ela comprometer o exercício da ampla defesa.

Há, em verdade, uma distinção ontológica entre a ampla defesa no processo criminal e no civil. Como se disse, além de no primeiro ele estar expresso apenas em relação ao acusado, em sede criminal esse postulado não se basta no oferecimento da oportunidade para a apresentação da defesa, precisa ser *efetiva* e *eficiente*. Por isso mesmo, a revelia, no processo civil, importa em perda da oportunidade para a manifestação da defesa e, como regra, torna incontroversos os fatos alegados na exordial, enquanto no processo penal a revelia importa, apenas, na perda do direito de o acusado ser intimado de todos os atos do processo⁶.

A defesa efetiva quer dizer que ela tem de ser produzida, independentemente da vontade do acusado. Por mais que o acusado se ache culpado e queira, por meio da confissão, que a pena lhe seja aplicada, ainda assim, terá de haver o processo e a efetiva defesa, com assistência jurídica desenvolvida por advogado constituído, oferecida pelo Estado, por meio da Defensoria Pública, ou por pessoa nomeada pelo juiz, que tem de ser bacharel em direito. O brocardo jurídico *nulla poena sine iudicio* é, em certa medida, a sedimentação da ampla defesa, na dimensão de sua efetividade.

A ampla defesa importa não apenas na necessidade de que a defesa seja efetiva e eficiente no sentido técnico, isto é, exercida por meio de advogado habilitado, como igualmente que o acusado seja intimado pessoalmente para participar e tomar ciência dos atos processuais, sob pena de nulidade, aceitando-se, ainda, que, em alguns casos, ele *fale* nos autos. Isso quer dizer que o acusado, além da assistência jurídica, detém o direito de participar dos atos processuais e, em alguns casos, de ele próprio fazer a sua autodefesa⁷. O direito à autodefesa é de três ordens: (1)

direito de *ser cientificado* dos atos processuais, (2) de *estar presente* às audiências e, por fim, (3) de *falar nos autos*⁸.

Além do direito de ser citado, que é a forma com que lhe é dado conhecimento da existência de uma demanda judicial contra si, o acusado, ao contrário do que sucede no processo civil, detém o direito de ser intimado pessoalmente da data da realização das audiências, das decisões interlocutórias e, ainda, da sentença⁹. É a forma de assegurar-lhe a participação direta no processo criminal, não só para acompanhar o desenrolar da relação processual, dando auxílio ao seu advogado, mas também para que ele possa verificar se o seu direito de liberdade está sendo eficientemente tutelado por meio do desempenho de seu advogado ou defensor constituído.

Sem embargo do direito de ser intimado dos atos processuais, o acusado tem o direito de estar presente às audiências (*The right to be present*) e delas participar ao lado de seu advogado¹⁰. O direito de presença não está expresso na Constituição de 1988, mas foi objeto de reconhecimento normativo logo com a edição da Sexta Emenda à Constituição americana, na medida em que ali ficou assegurado ao acusado o direito de ser acareado com as testemunhas arroladas contra ele (*"The accused shall enjoy the right to... be confronted with the witness against him"*).

Essa garantia é para fins de permitir que o acusado preste auxílio na sua defesa feita em audiência, muitas vezes materializada com esclarecimentos fáticos importantes ao seu advogado ou defensor constituído, diante de afirmações feitas pelo ofendido, em suas declarações, ou pelas testemunhas, nas suas oitivas. Por isso mesmo, o direito de participar da audiência implica, em verdade, no direito de sentar ao lado de seu advogado e com ele conversar. Embora, na maioria das vezes, essa garantia seja preservada, especialmente quando se trata de julgamento pelo tribunal do júri, ainda há a prática inadequada de colocar o acusado sentado à frente da mesa do juiz, ladeado por dois policiais. Essa prática é condenável porque coloca o acusado em situação vexatória perante todos e sugestiona a sua culpabilidade para o corpo de jurados, além de afrontar, igualmente, o direito à ampla defesa, que, em sua extensão, compreende, também, o direito de o acusado conversar com o seu advogado ou defensor nomeado, auxiliando-o na linha de argumentação e/ou nas perguntas que devem ser feitas em prol da defesa¹¹.

Conquanto tenha o direito de estar presente à audiência, a ausência do acusado, apesar de regularmente intimado, é irrelevante, não sendo causa de adiamento, ainda que justificada a impossibilidade de comparecer¹². Pode ser determinada, porém, a sua retirada do recinto, quando o seu mau comportamento o recomendar ou na hipótese em que a sua presença venha a inibir o depoimento da vítima ou da testemunha, mas o art. 217 do CPP foi modificado pela Lei nº 11.719, de 2008, para alargar, ainda mais, o direito de estar presente, a ponto de estabelecer que,

sendo possível, em vez de determinar a saída do acusado do recinto, deverá ser feita a inquirição da testemunha pelo sistema de videoconferência.

A terceira dimensão do direito à ampla defesa na seara criminal é o reconhecimento de que o acusado, nada obstante tenha o direito de ter uma representação técnica no processo, exercida por advogado constituído ou defensor nomeado, ainda detém o direito de ele próprio, em muitas hipóteses, falar por si nos autos do processo¹³. É a autodefesa.

Antes da reforma operada em relação aos procedimentos ordinário e sumário, objeto da Lei nº 11.719, de 2008, essa capacidade postulatória do acusado verificava-se já no início do processo, a partir da defesa prévia, pois o art. 395 do Código de Processo Penal, em sua redação anterior, dispunha que “O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.” Em razão disso, se o denunciado quisesse, no seu próprio interrogatório, ele poderia indicar as testemunhas que tivesse a pretensão de que fossem ouvidas. Por outro lado, ele próprio podia, querendo, em substituição ao seu advogado, apresentar a defesa prévia, que se tratava de peça facultativa e, normalmente, era utilizada apenas para arrolar testemunhas e, de soslaio, afirmar, sem adiantamento da tese e dos aspectos a serem explorados na defesa, que, no final do processo, seria comprovada a inculpabilidade do inculpatado.

Com a simplificação dos procedimentos ordinário e sumário, o interrogatório do acusado, corretamente, deixou de ser o primeiro ato de instrução do processo para ser o último (art. 400, *caput*, do CPP), ao passo que a defesa prévia foi eliminada¹⁴. Porém, assegurou-se ao acusado, no final da audiência de instrução, a possibilidade de requerer, independentemente da manifestação de seu advogado, “[...] diligências cuja necessidade se origine de circunstâncias ou fatos apurados na instrução” (art. 402 do CPP).

Registre-se, por fim, que o inciso LXXIV do art. 5º dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, tendo o cuidado de antes assinalar que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (art. 5º, inciso LXIII). Na medida em que se entende que a expressão *preso*, utilizada pelo constituinte, em verdade, quer dizer toda e qualquer pessoa a quem se imputa a prática de algum tipo de crime, tem-se que o direito de *assistência de advogado*, catalogado como direito fundamental no dispositivo em foco, é assegurado, igualmente, não apenas ao preso, mas ao acusado em geral. A assistência jurídica por parte do Estado ao acusado é garantia prevista não apenas para quem não possui recursos suficientes para patrocinar a sua defesa, mas a toda e qualquer pessoa, como está

dito no inciso LXIII do art. 5º da Constituição. A estruturação da Defensoria Pública, por conseguinte, é dever constitucional decorrente de garantia com *status* de direito fundamental.

3. DEFESA EFETIVA DO ACUSADO

Uma das preocupações com a reforma do Código de Processo Penal foi redefinir a defesa na seara criminal, dentro do contexto do sistema acusatório e do princípio da ampla defesa no arcabouço de um sistema democrático.

Nos ritos previstos na concepção originária do Código de Processo Penal, salvo nos processos de competência originária dos tribunais (Lei nº 8.038/90) e em alguns poucos procedimentos especiais, com esteio em um sistema misto, o acusado era citado para ser interrogado. O interrogatório, dentro de uma visão *acusatória/inquisitória*, era, até então, considerado, a um só tempo, como meio de defesa e de prova. Mais de prova, é verdade, pois, conquanto fosse assegurada a possibilidade de o acusado ficar em silêncio, essa faculdade era menos um direito do que um ônus processual, com repercussão direta na valoração da prova, uma vez que o juiz podia interpretá-lo em prejuízo da defesa. Ou melhor, o silêncio podia valer como prova para refutar os argumentos da defesa.

Assim, o acusado não era chamado para se defender, mas para ser inquirido sobre a imputação delituosa narrada na ação penal. O acusado raramente se apresentava para o interrogatório acompanhado de advogado, ademais de não ser obrigatória a presença do Ministério Público, que, de praxe, não se fazia presente. O interrogatório era, em rigor, o primeiro ato de instrução do processo, feito pelo juiz sozinho, sem a presença do Ministério Público e do advogado. A prova obtida por meio do interrogatório era produzida pelo juiz, e só ele é que tinha contato direto com ela, pois, comumente, o conhecimento e contato do Ministério Público e da defesa só se faziam mediante a leitura do termo de interrogatório.

Como se isso não bastasse, depois do interrogatório, conferia-se a oportunidade de o acusado, apresentar a sua defesa prévia, que era, porém, facultativa. Isto é, o acusado, só após a convocação para o interrogatório, tinha assegurado o direito à defesa técnica¹⁵. Nessa ordem, o interrogatório era uma espécie de direito/dever, pois a falta de sua realização, quando o acusado comparecia a juízo, era causa de nulidade (art. 564, III, alínea “e”, do CPP)¹⁶, ao passo que, não comparecendo, o juiz podia determinar a sua condução coercitiva (art. 260 do CPP).

O nome *defesa prévia* revelava que esse não era o momento para a *defesa efetiva*, sendo oportunidade apenas para a suscitação de preliminares e o arrolamento das testemunhas indicadas pela defesa. A defesa técnica efetiva do acusado, nos termos do rito anterior, estava reservada para

o momento das razões finais, que, feitas, ou não, em audiência, tinham de ser reduzidas a escrito e, ademais, eficientes, sob pena de nulidade diante da ofensa ao princípio da ampla defesa.

Por isso mesmo, a defesa após o interrogatório, prevista na sistemática anterior, era chamada *prévia* porque, além de não ser obrigatória, quando utilizada, não enfrentava o mérito em si da questão, reservando-se a discussão a esse respeito para o momento das razões finais. Muitos justificavam essa disciplina, com o argumento de que a concepção da defesa prévia com essa roupagem se tratava de estratégia, pois, não sendo exposta, desde o início, a linha de argumentação com a qual a assistência jurídica tentaria obter a absolvição do acusado, o Ministério Público não poderia, nas razões finais, refutá-la. De fato, deixando-se para revelar os fundamentos da defesa apenas no momento das razões finais, o Ministério Público pode ser surpreendido quanto à tese com fulcro na qual se pede a improcedência da pretensão acusatória. Nesse caso, o Ministério Público, concretamente, somente poderia se reportar aos argumentos de mérito da defesa com a eventual interposição do recurso.

Sobre não ser necessária a efetiva defesa nesse primeiro momento, ela era, em rigor, de todo desnecessária e sem utilidade, até porque grassava o entendimento de que não havia possibilidade, na seara do processo penal, de o juiz, depois de receber a ação penal, reapreciar questão referente a esse juízo de admissibilidade ou absolver sumariamente o acusado, senão no momento próprio para a sentença. Ou seja, uma vez recebida a ação penal, o julgamento antecipado da lide era vedado.

O legislador da Lei nº 11.719, de 2008, acertadamente, desconstruiu a lógica anterior. Agora, o acusado é citado para se defender tecnicamente, ou seja, por meio de advogado¹⁷. O interrogatório, decorrente da amplitude do princípio da ampla defesa, meio de autodefesa, ficou reservado para ser exercido após a realização, em rigor, do último ato de instrução, momento em que ele terá condições de saber de todas as provas existentes nos autos.

Dessa forma, em atenção à citação, o acusado, por intermédio de advogado constituído ou nomeado, deverá apresentar resposta em peça escrita, na qual deverá conter a *alegação de tudo o que interesse à sua defesa*¹⁸, notadamente quanto à argüição de *preliminares*, apresentação de *documentos*, requerimento de *justificações*, especificação de todas as *provas pretendidas* e *arrolamento das testemunhas*, com o *requerimento de intimação, quando necessário*.

Primeiro, note-se que, aqui, com apuro técnico, o legislador, seguindo a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil (art. 285), deixou expresso que a citação é para o acusado apresentar resposta. Isso quer dizer que ele deve apresentar não apenas a *defesa direta*, que é impugnar/contestar os fatos e a argumentação jurídica exposta na ação penal, mas também as *exceções*, a chamada *defesa indireta*, com a qual o acusado se opõe à pretensão punitiva, sem

indagação do mérito da questão, com o objetivo de extinguir o processo (*exceção peremptória*: litispendência, ilegitimidade de parte e coisa julgada) ou provocar o afastamento do juiz ou do júízo (*exceção dilatória*: suspeição e incompetência).

Nesse momento, o acusado pode, naturalmente, argüir, como matéria preliminar, a rejeição da denúncia, em razão da ausência de pressuposto processual ou de condição da ação, o que abrange a invocação da inépcia da inicial e a falta de justa causa. Essa é a forma de submeter essa matéria ao contraditório e, ademais, de exigir que sobre o assunto haja uma decisão fundamentada¹⁹.

Se a defesa pretende que, antes da sentença, o juiz se pronuncie sobre a inadmissibilidade de provas, a seu júízo, obtidas por meios ilícitos, a matéria, naturalmente, há de ser agitada na resposta. É o momento oportuno para fundamentar e pedir a absolvição sumária com base na (1) *existência manifesta* de causa excludente da ilicitude do fato, (2) *existência manifesta* de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade, (3) circunstância de o fato narrado *evidentemente não constituir crime*, (4) extinção da punibilidade do agente.

As causas excludentes de criminalidade estão catalogadas no art. 23 do Código Penal, que são legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito. Quanto à excludente de culpabilidade do agente, o legislador ressaltou, como hipótese de absolvição sumária, a inimputabilidade, ou seja, quando o acusado, ao tempo da prática do crime, não tem o completo discernimento quanto ao caráter ilícito de sua conduta. A excludente de culpabilidade a ser argüida com a resposta, portanto, deve ser aquela decorrente de *erro sobre a ilicitude do fato* ou *erro de proibição* ou de *inexigibilidade de conduta diversa*.

O pedido de absolvição sumária pode ser justificado, também, na demonstração de que o crime evidentemente não é crime, hipótese que não é fácil de estar caracterizada quando não houver a apuração dos fatos por meio da instrução processual. Embora seja uma situação difícil de se verificar, ela não é impossível e, embora sem muita freqüência, a previsão normativa de que é causa de absolvição sumária vai dar ensejo não apenas a pedido nesse sentido, como, em alguns casos, ao seu acolhimento.

Por fim, pode, ainda, ser objeto de pedido de absolvição sumária na resposta apresentada pelo acusado a ocorrência de extinção da punibilidade. As causas de extinção da punibilidade estão elencadas no art. 107 do Código Penal²⁰, mas há outros fatos que detêm a mesma natureza jurídica, como são os casos dos crimes tributários, em que o pagamento do valor do tributo devido, em qualquer fase do processo, enseja a extinção da punibilidade. A argüição de extinção de punibilidade mais freqüente é, sem dúvida, a prescrição, mas, em se tratando dos crimes tributários, o mais freqüente é a extinção da punibilidade pelo cumprimento da obrigação fiscal

mediante o pagamento da quantia devida. Note-se que o Código de Processo Penal já fazia previsão a respeito, ao estabelecer, no art. 61, que, “em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-la de ofício”

4. PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA RESPOSTA

Como regra geral, o legislador estabeleceu o prazo de dez dias para a apresentação da resposta (art. 396, *caput*, última parte), dispositivo que, por expressa determinação legal, aplica-se a todos os procedimentos, mesmo aqueles regulados por lei extravagante.

Pelo fato de no Código de Processo Penal não haver nenhum dispositivo similar ao do Código de Processo Civil que elege como critério, para o termo de início da contagem do prazo, a data da juntada do mandado aos autos, no ambiente criminal o prazo inicia a sua fluência a partir mesmo da diligência²¹. Ou seja, da data consignada na certidão pelo oficial de justiça no próprio mandado de citação ou intimação. Diante de divergências surgidas a esse respeito quanto à aplicação subsidiária, ou não, do que prescreve o Código de Processo Civil, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 710, vazada nos seguintes termos: “No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem”.

A Comissão de Reforma tentou modificar a regra, sugerindo que a contagem dos prazos passasse a se dar, assim como no processo civil, a partir da juntada do mandado cumprido nos autos. Mas essa sugestão não foi acolhida, o que foi de boa ordem, até porque não se tem registrado inconveniente devido à regra tradicionalmente estabelecida para a seara criminal²².

Houve, porém, a incongruência de determinar-se que, em se tratando de citação feita por edital, o prazo tenha início a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído à secretaria do juízo. Ora, como já foi aqui salientado mais de uma vez, o acusado não é citado mais para ser interrogado, o que justificava a exigência contida no art. 365, VI, do Código de Processo Penal, como requisito necessário do edital expedido para esse tipo de comunicação processual, a indicação do “juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer”.

Se a citação era para o acusado ser interrogado, obviamente que o edital deveria conter o local e a hora para o comparecimento. Agora, como se sabe, não. A citação é para a resposta. A contagem do prazo para a resposta, no caso de citação por edital, deveria, é verdade, até ser maior do que aquele estipulado pela lei para o caso em que esse chamamento é pessoal. Poder-se-ia estipular um prazo de trinta ou sessenta dias após a publicação do edital, por exemplo.

Pode-se dizer que não houve, propriamente, um lapso do legislador, pois o que ele quis, realmente, foi estabelecer que a perfectibilização da citação por edital, quanto ao início da contagem do prazo, só se dará a partir do comparecimento do acusado em juízo, pelo fato de essa ser a oportunidade em que ele irá receber a cópia da ação penal. A esse respeito, releva acrescentar que o Supremo Tribunal Federal tem a Súmula 366, segundo a qual “Não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa ou não resuma os fatos em que se baseia”.

Não se há de negar que, conquanto esse pensamento sumular do Supremo Tribunal Federal fosse coerente com o pensamento dogmático da época anterior à mudança de paradigma do ordenamento jurídico experimentada com a edição da Constituição de 1988, ele não se mostra afinado com a nova concepção da ampla defesa, em que se privilegia a defesa efetiva.

Se a preocupação do legislador foi obviar o início da contagem do prazo para a resposta sem que o acusado tenha conhecimento dos termos da ação penal, seria suficiente inserir, dentre os requisitos do edital de citação, o resumo da narrativa fática da ação penal, sob pena de nulidade do ato. Aliado a isso, poderia, ainda, como se disse, ser estabelecido um prazo mais alargado.

O mais provável é que houve, efetivamente, um lapso. Isso tanto parece ser o mais fatível, que o legislador sequer teve o cuidado de modificar o inciso VI, do art. 352 do Código de Processo Penal, que, também coerente com a sistemática anterior, dentre os requisitos do mandado de citação, exige que dele conste exatamente a mesma coisa, ou seja, “o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer”. Por óbvio que o mandado de citação expedido em consonância com o novo rito não deve constar o dia e a hora para o comparecimento em juízo, mas sim que o acusado tem o prazo de dez dias para apresentar a sua resposta.

Aliás, nessa parte da citação o legislador se superou em falta de análise de conjunto do Código de Processo Penal. Outro claro lapso do legislador da Lei nº 11.719, de 2008, sobre a matéria se identifica na medida em que, com a nova redação determinada para o art. 363²³, revogaram-se os incisos I e II então nele existentes, mas, por descuido, não se alterou, também, o dispositivo seguinte, ou seja, o art. 364, que, textualmente, diz: “No caso do artigo anterior, I, o prazo será fixado pelo juiz entre 15 (quinze) e 90 (noventa) dias, de acordo com as circunstâncias e, no caso de II, o prazo será de 30 (trinta) dias”. Pois bem, o artigo anterior (art. 363 do CPP) não tem mais os incisos I e II. Deveria, assim, ter sido revogado o art. 364 do CPP.

Mas o descuido ainda se revela pelo fato de o art. 363, em seu § 1º, com a redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008, dizer que “Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital”, quando o art. 361, da redação originária do Código de Processo Penal, diz que “Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias”. Como se observa,

por falta da devida atenção, há dois dispositivos tratando de um mesmo assunto, sendo que um fala da existência de um prazo, enquanto o outro, que foi o inserido com a reforma, silencia a respeito. Até porque o prazo para a defesa foi tratado pela Lei nº 11.719, de 2008, no art. 396 do Código de Processo, que é de dez dias. Uma interpretação literal dos textos contidos nos artigos mencionados levaria à perplexidade, diante da existência de dois prazos distintos para quando a citação for feita por edital: dez dias, do art. 396, e quinze dias, do art. 361.

De qualquer forma, esse prazo de quinze dias, previsto no art. 361 do CPP, era estabelecido com a intenção de fixar um prazo mínimo entre a ciência do chamamento judicial e a data da realização do interrogatório. Era para que o acusado tivesse um tempo para poder se preparar para o depoimento e, até mesmo, de procurar um advogado para orientá-lo sobre o assunto e mesmo para que ele, ou o seu advogado, pudesse, antes da realização do ato judicial, ir à secretaria do juízo, ter vista dos autos, saber, enfim, não apenas o conteúdo da denúncia, que não constava, sequer em resumo, do edital, assim como das provas existentes nos autos em prol da imputação criminosa.

Diante dessas considerações, tem-se que, na citação por mandado, assim como na realizada por meio de edital, não deve constar o local, o dia e a hora para o comparecimento do acusado, como determina o Código de Processo Penal, respectivamente, nos arts. 352, VI e 365, IV, mas, sim, a advertência de que deve ser apresentada a resposta no prazo de dez dias.

Em verdade, a regra de que a contagem do prazo, no caso de citação por edital, tem início com o comparecimento pessoal na secretaria do órgão jurisdicional do acusado ou de seu defensor constituído, só é válida para os casos em que, diante da revelia, o processo estiver suspenso.

5. OBRIGATORIEDADE DA RESPOSTA DO ACUSADO, POR MEIO DE ADVOGADO

Citado o acusado, a resposta é obrigatória, não sendo possível passar-se à fase seguinte, sem que ela tenha sido manifestada. A fim de ressaltar que assim como no final do processo, em relação às alegações finais, a defesa técnica nesse momento é indispensável, a Lei nº 11.719, de 2008, na redação dada ao art. 396-A, § 2º, disse que “Não apresentada a resposta no prazo legal ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

Como se vê, mesmo que haja defensor constituído, se a resposta não fora apresentada no prazo legal, não é o caso de preclusão do direito de responder, mas de nomeação de defensor para fazê-la.

Isso pode gerar alguma complicação. Pode ser que o advogado constituído se sinta incomodado com a nomeação do defensor pelo juiz, especialmente com o teor da resposta por ele preparada, ao fundamento de que restou comprometida a estratégia de defesa, com a revelação da tese com a qual se tinha a intenção de buscar a absolvição do acusado.

Portanto, para evitar que algo dessa natureza ocorra, o advogado do acusado sempre terá de se manifestar. Não vale, aqui, alinhar o chavão forense de que o acusado é inocente, mas que se reserva para fazer essa demonstração nas razões finais. É preciso habilidade e retórica. Se há algum ponto fundamental — e geralmente há, reconheça-se — que a defesa, por questão de estratégia, reputa necessário ocultar os argumentos a respeito, essa parte deve ser omitida, sem, entretanto, eximir o advogado do dever de fazer, nesse momento, uma defesa efetiva, não apenas simbólica.

Essa ausência de defesa efetiva, ainda que nessa fase inicial do processo seja matéria de ordem pública, portanto, gera nulidade absoluta, sendo de inteira aplicação a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal: “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”. Assim, se a resposta não for apresentada, o juiz, necessariamente, sob pena de nulidade, terá de nomear defensor para esse fim. Todavia, se apresentada a resposta, ainda que ela seja deficiente, ou seja, não se mostre efetiva, isso, por si só, não acarreta nulidade, sendo necessária a demonstração de prejuízo daí decorrente para o acusado.

6. ABANDONO DA CAUSA PELO ADVOGADO

A preocupação em assegurar a efetividade da defesa no processo penal fez com que o legislador da Lei nº 11.719, de 2008, disciplinasse, com melhor técnica, o art. 265, que trata do abandono da causa pelo advogado, prática que, infelizmente, é bastante comum. Em muitos casos, após receber parte ou toda a verba honorária ajustada com o cliente, o advogado, no curso do processo, sem maiores explicações, deixa de patrocinar a causa. Esse comportamento não apenas compromete a defesa efetiva do acusado, como, igualmente, o andamento normal do processo, prejudicando a sua duração razoável. Na sua redação originária, o art. 265 dizia que “o defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis”. Agora, o dispositivo está assim redigido: “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, comunicado previamente o juiz, sob pena de multa de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, sem prejuízo das demais sanções cabíveis”.

Como se vê, com melhor técnica, ficou estabelecido que não basta o advogado possuir *motivo imperioso* para desistir de patrocinar a causa. Ele tem, previamente, de fazer essa comunicação ao juiz. Por conseguinte, mesmo que ele tenha *motivo imperioso*, caso abandone a causa sem a prévia comunicação, a imposição da multa é devida. Essa prévia comunicação tem o condão de evitar que, por algum espaço temporal, o acusado fique indefeso no processo, sem que se tenha conhecimento de que o advogado deixou de defendê-lo. É dever do advogado fazer essa comunicação. Havendo a comunicação antes do abandono, o juiz irá intimar o acusado para constituir novo advogado, assinando prazo para essa finalidade, ao final do qual, se for o caso, intimar a Defensoria Pública ou nomear defensor.

Ademais, essa providência serve, igualmente, para que não sejam adiados atos do processo, especialmente, a audiência una. Se não for feita a prévia comunicação do abandono da causa, só se saberá desse fato no dia da audiência ou, quando intimado para algum fim, se e quando o advogado disser que não mais defende o acusado.

Nada obstante essa nova regra, muitos advogados, assim como faziam antes, não têm prestado atenção a esse ônus processual que lhe é imposta pela norma. É de fundamental importância que, nesses casos, os juízes não deixem de aplicar a multa. O valor foi atualizado pelo legislador exatamente para inibir o argumento de que ele era irrisório. Agora não se tem mais essa justificativa²⁴. Uma pena de 10 (dez) a 100 (cem) salários mínimos, que, na sua fixação, deverá ser levada em conta a capacidade financeira do advogado ou do escritório de advocacia, é bastante expressiva, ainda que aplicada no seu mínimo legal. Cabe aos juízes modificar a sua postura, não deixando que um fato grave como o abandono da causa do advogado, deixando o acusado indefeso, não fique sem a devida censura, principalmente na fase da execução da pena. Isso, infelizmente, ocorre com bastante frequência, ficando o acusado, em razão de esgotada a sua capacidade financeira, sem a devida assistência.

7. CONCLUSÃO

Como se observa, a defesa do acusado no processo penal, com a nova disciplina dada com a reforma, especialmente pela Lei nº 11.719, de 2008, ficou bem mais substancial, tratamento que se adequa ao princípio da ampla defesa, tal como ele está, historicamente, previsto para o ambiente criminal, o qual, ao contrário da seara cível, não se contenta com o oferecimento de oportunidade para a sua manifestação, mas que ela seja efetivamente exercida.

Citado para responder, ou melhor, para se defender, e não para ser interrogado, como era antes, o tratamento dispensado ao acusado passa a ser mais confortável, a par de alinhado ao perfil do modelo acusatório.

¹ Juiz Federal da 2ª Vara do Rio Grande do Norte e ex-presidente da Associação dos Juízes Federais do Brasil (Ajufe).

² Cf. ASSOCIAZIONE FRA GLI STUDIOSI DEL PROCESSO PENALE. *Il Giusto Processo*. Milano Giuffrè Editore, 1998.

³ No Direito Comparado também se observa que o direito de defesa surgiu como uma garantia processual pertinente ao ambiente criminal, mais especificamente a quem é réu, tal como se percebe da leitura das Constituições dos Estados Unidos, da Espanha e de Portugal. Nas Constituições alemã e italiana, porém, o direito de defesa está assegurado de forma genérica, com incidência tanto na seara criminal quanto na cível.

⁴ No livro *Curso de Processo Penal: Teoria (Constitucional) do Processo Penal*, elege-se o princípio da ampla defesa como uma das seis categorias lógicas, decorrentes da compreensão dos direitos fundamentais, que forma, ao lado dos princípios do *devido processo legal* (em sentido estrito), *da presunção de não-culpabilidade, do direito à intimidade em geral e da liberdade, a espinha dorsal* do sistema processual penal. Nessa análise, a ampla defesa abrange o direito ao silêncio e a garantia da inviolabilidade da advocacia. O direito ao silêncio, por sua vez, ao ser alçado a nível constitucional, como consequência, tornou o interrogatório com genuína natureza jurídica de defesa, não mais de prova, na qualidade de direito de ser *ouvido (audiência)* pelo responsável pelo seu julgamento (*direito à identidade física do juiz*) e o direito de recorrer (SILVA JÚNIOR, p. 694-793).

⁵ Antes da processualização do direito de punir, o acusado não era chamado para o processo a fim de se defender, mas para ser objeto de prova. Estabelecendo uma nova fase, a Sexta Emenda à Constituição americana afirmou como direito fundamental do acusado o direito de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação, de ser acareado com as testemunhas, de obter o comparecimento compulsório de testemunhas de defesa e contar com a assistência de um advogado para a sua defesa.

⁶ Salvo o caso de suspensão do processo.

⁷ ANTONIO SCARANCE FERNANDES sustenta que “Quando, nas Constituições, se assegura a ampla defesa, entende-se que, para observância desse comando, deve a proteção derivada da cláusula constitucional abranger o direito à defesa técnica durante todo o processo e o direito de autodefesa” (*Processo Penal Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 258).

⁸ Na compreensão do direito de falar nos autos, está o direito ao interrogatório, denominado, no Direito português, de *direito de audiência*. Pela especificidade e relevância do assunto, esse direito, como uma das espécies de autodefesa decorrente do direito à ampla defesa, será estudado no momento do interrogatório.

⁹ A falta de intimação ao acusado da audiência, ainda que feita ao seu defensor, é causa de nulidade, se bem que relativa, o que exige, por conseguinte, a demonstração de prejuízo.

¹⁰ No Código de Processo Penal português, o acusado tem o direito de “Estar presente aos atos processuais que directamente lhe disserem respeito” (art. 61º, 1, a), que se traduz em *direito de presença* (PIMENTA, José da Costa. *Código de Processo Penal Anotado*. 2. ed. Lisboa: Rei dos Livros, [19??], p. 204).

¹¹ Quem é advogado, especialmente quem possui militância na área criminal, sente a necessidade de se fazer acompanhar na audiência de seu cliente, pois há explicações imprescindíveis que precisam ser feitas, em razão de algumas afirmações feitas em depoimentos do ofendido e das testemunhas.

¹² No caso de expedição de carta precatória, não está assegurado ao acusado o direito de estar presente na audiência realizada perante o Juízo deprecado. (Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal: “Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Oitiva de testemunhas por precatória. 3. Prescindibilidade da requisição do réu preso, sendo bastante a intimação do defensor da expedição da carta precatória. 4. Desnecessidade de intimação do advogado da data da inquirição da testemunha. 5. Precedentes. 6. Recurso desprovido” (Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro CELSO DE MELLO, Classe: RHC - Processo: 81322, UF: SP, SEGUNDA TURMA, m.v. Data da decisão: 12/03/2004. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp. Acesso em: 22 mar. 2005)). Este é o entendimento da Súmula 273 do STF: “Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado”.

¹³ ADA PELEGRINI, ANTONIO SCARANCE e GOMES FILHO¹³ advertem que “[...] com relação especificamente aos recursos penais, deve-se observar que o art. 577 do CPP outorga ao réu legitimação concorrente e autônoma aos recursos, investindo-o igualmente de capacidade postulatória”, sendo possível, assim, que o acusado, independentemente de seu advogado, interponha o recurso (op. cit., p. 94). Isso somente é razoável em relação aos recursos em sentido estrito e de apelação, os quais, diferentemente das demais espécies

recursais, possuem um procedimento com duas fases: a da interposição e a das razões. O que se reconhece ao acusado é o direito de interpor o recurso, pois aqui é suficiente a manifestação de vontade de impugnar a decisão ou sentença, sendo o seu defensor intimado para apresentar as suas razões, pois aquele não possui qualificação técnica para fazê-las. Na proposta de alteração do Código de Processo Penal enviada à Câmara dos Deputados pelo Governo Federal, que está em tramitação naquela casa legislativa, continua a previsão, nos arts. 577, *caput*, e 578, § 1º. O *jus postulandi* no processo de execução penal é amplo, pois a capacidade postulatória é reconhecida não só a quem o represente, incluindo-se aí o advogado, como a ele próprio e mesmo ao seu cônjuge, parente ou descendente. Isso ocorre porque a experiência mostra que o momento mais crítico para a defesa da pessoa é justamente no processo de execução criminal, pois, nessa fase, geralmente ela perde a sua capacidade econômica para custear advogado, enquanto a defensoria pública, quando existe, não tem quadro suficiente para prestar a devida atenção a todos os condenados. Todavia, os arts. 15 e 16 da Lei nº 7.210, de 1984, em materialização ao preceito da ampla defesa na execução penal, asseguram a assistência jurídica aos presos e internados sem recursos financeiros. Em algumas ações autônomas, também está assegurado o *jus postulandi*. O *habeas corpus* é o maior exemplo de que a capacidade postulatória no processo criminal é assegurada como forma de conferir o mais amplo acesso ao Judiciário na defesa do direito de liberdade. Quanto à revisão criminal, está assegurado o seu ajuizamento pelo *próprio réu ou por procurador legalmente habilitado*, permitindo-se, ainda, no caso de falecimento, que a ação seja ajuizada pelo *cônjuge, ascendente, descendente ou irmão* (art. 623 do CPP).

¹⁴ O legislador, seguindo a mesma idéia que norteou a concepção do sistema do juizado especial e tendo em conta que o direito ao silêncio, elevado à categoria de direito fundamental, fez sobressair a natureza jurídica de direito de defesa do interrogatório, deixou esse importante ato do processo para ser realizado na própria audiência de instrução, após as declarações do ofendido, a inquirição das testemunhas, os esclarecimentos dos peritos, as acareações e o reconhecimento de pessoas e coisas (art. 531 do CPP).

¹⁵ Se o acusado não comparecesse ao interrogatório, o juiz, por despacho, deveria declará-lo revel e, *incontinenti*, nomear defensor dativo para o oferecimento da defesa prévia.

¹⁶ A jurisprudência era no sentido de que, sendo possível, o interrogatório haveria de ser feito, sob pena de nulidade (STF, RTJ 73/758).

¹⁷ A inviolabilidade da advocacia, princípio inserto no art. 133 da Constituição, é uma decorrência lógica da cláusula da ampla defesa. Daí exsurge a *imunidade judiciária* e a *inviolabilidade do escritório de advocacia*. Para assegurar a defesa efetiva, não caracteriza o crime de *injúria ou difamação* “a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador” (art. 142, I, do CP), circunstância que não abrange o crime de calúnia. A Lei nº 8.906, de 1994 — Estatuto da Advocacia —, no art. 2º, § 3º, estabelece que “no exercício da profissão, o advogado é inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei” e, mais adiante, no art. 7º, § 2º, esclarece que não constitui “[...] injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele”. A extensão da imunidade ao crime de desacato, porém, foi suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal, adotada no julgamento da ADI 1.127-8. Ressalte-se que a imunidade criminal, relativa apenas aos crimes de injúria e de difamação, circunscreve-se às ofensas feitas na discussão da causa (art. 142, I, do CP) e nos limites desta lei (art. 7º, § 2º, da Lei nº 8.906/94). A inviolabilidade do escritório de advocacia, dos arquivos e dados, da correspondência e das comunicações, incluídas as telefônicas ou afins, com a alteração da Lei nº 11.767, de 2008, estabelece a imunidade do escritório de advocacia em relação a busca e apreensão, salvo se “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado [...]” (art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906/94). Em síntese, a busca e a apreensão em escritório de advocacia devem ser admissíveis nas seguintes hipóteses em que o advogado: (1) tiver participado do crime; (2) não estiver funcionando como defensor no processo em que for determinada a busca; (3) não possuir os papéis em razão de sua função; (4) mesmo no exercício da profissão, em relação a coisas, instrumentos, objetos, armas e munições relativos ao crime em apuração em poder do advogado¹⁷; e (5) em se tratando de documento, ainda que o tenha recebido devido ao exercício da advocacia, se ele se constituir elemento do corpo de delito. Ocorre que a Lei nº 11.767, de 7 de agosto de 2008, incrementou a inviolabilidade do exercício da advocacia, de modo que, doravante, independentemente da situação, a busca e a apreensão só podem ser determinadas em escritório de advocacia quando “Presentes indícios de autoria e materialidade da prática de crime por parte de advogado [...]” (§ 6º art. 7º da Lei nº 8.906, de 1994). Seja como for, no caso de mandado de busca e apreensão em residência ou escritório de advogado, expedido de conformidade com decisão judicial, a sua execução deverá ser acompanhada de representante da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 7º, § 6º, da Lei nº 8.906, de 1994).

¹⁸ O CPP, no art. 571, II, estabelece que o momento para argüir nulidades, no procedimento ordinário e nos processos especiais, é no prazo das razões finais. As razões finais, agora, são, de regra, na audiência de instrução e julgamento. Para argüição de nulidade, nos processos de rito sumário, o art. 571, III, do CPP, estabelecia a defesa prévia, sendo, agora, o momento da resposta. Porém, as ocorridas depois deverão se argüidas quando aberta a audiência e apregoadas as partes. Se em audiência, logo depois que ocorrerem. Em se tratando do

procedimento do tribunal do júri, de regra, nas alegações finais da primeira fase. As ocorridas depois, logo após a abertura da sessão de julgamento. As que surgirem em plenário, logo depois de ocorridas.

¹⁹ Para não repetir o que já foi dito, cf. item 5.1.3.1, *supra*.

²⁰ “Art. 107. Extingue-se a punibilidade: I – pela morte do ofendido; II – pela anistia, graça ou indulto; III – pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV – pela prescrição, decadência ou preempção; V – pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI – pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII – pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II, e III do Título VI da Parte Especial deste Código; VIII – pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração; IX – pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.”

²¹ Essa é a correta interpretação do art. 798, § 5º, alínea “a”, do CPP.

²² A bem da verdade, o mais razoável era que se modificasse a regra do Código de Processo Civil para ajustá-la à do Código de Processo Penal. A interpretação anacrônica daquela regra do CPC faz com que a pessoa citada ou intimada por mandado, no pressuposto de que ocorreu a juntada do mandado cumprido sem maior demora, vá à secretaria do juízo pegar os autos, mas recebe a informação de que não pode fazê-lo, uma vez que o prazo ainda não teve início. Esse estado de coisas perdura, não raro, por um bom lapso temporal. Isso faz com que o advogado, dia sim, dia não, fique no controle quanto à juntada do mandado nos autos, muitas vezes pedindo certidão sobre a situação. Se o advogado se descuidar quanto ao controle sobre a juntada, finda sendo surpreendido com início da contagem. O melhor, portanto, para todos os efeitos, é que a contagem se inicie a partir da diligência, o que, além de ser menos burocrático, simplifica a comunicação processual e imprime celeridade maior ao processo e, o que é importante, dá a certeza do termo inicial do prazo.

²³ Tinham sido aprovados pelo Congresso Nacional, quatro parágrafos. Porém, os §§ 2º e 3º foram vetados pelo presidente da República. Eis as razões do veto, que se mostram de todo coerentes, exceto quanto à sua última parte: “A despeito de todo o caráter benéfico das inovações promovidas pelo Projeto de Lei, se revela imperiosa a indicação do veto do § 2º do art. 363, eis que em seu inciso I há a previsão de suspensão do prazo prescricional quando o acusado citado não comparecer nem constituir defensor. Entretanto, não há, concomitantemente, a previsão de suspensão do curso do processo, que existe na atual redação do art. 366 do Código de Processo Penal. Permitir a situação na qual ocorra a suspensão do prazo prescricional, mas não a suspensão do andamento do processo, levaria à tramitação do processo à revelia do acusado, contrariando os ensinamentos da melhor doutrina e jurisprudência processual penal brasileira e atacando frontalmente os princípios constitucionais da proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Em virtude da redação do § 3º do referido dispositivo remeter ao texto do § 2º, há também que se indicar o veto daquele. Cumpre observar, outrossim, que se impõe ainda, por interesse público, o veto à redação pretendida para o art. 366, a fim de se assegurar vigência ao comando legal atual, qual seja a suspensão do processo e do prazo prescricional na hipótese do réu citado por edital que não comparecer e tampouco indicar defensor. Ademais, a nova redação do art. 366 não inovaria substancialmente no ordenamento jurídico pátrio, pois a proposta de citação por edital, quando inacessível, por motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu, reproduz o procedimento já previsto no Código de Processo Civil e já extensamente aplicado, por analogia, no Processo Penal pelas cortes nacionais”.

²⁴ Pena que o legislador não aproveitou a oportunidade para, em nome da coerência sistêmica do ordenamento processual, providenciar a alteração, igualmente, do artigo anterior, qual seja, do art. 264, a fim de atualizar, igualmente, o valor da multa a ser aplicada pelo juiz, quando o advogado, nomeado pelo juiz para defender o acusado, sem a existência de motivo relevante, recusar o *munus*. No caso, a multa prevista é do mesmo valor que constava do art. 265, alterado pela Lei nº 11.719, de 2008, isto é, de cem a quinhentos mil-réis.