

**PROBLEMAS DECORRENTES DA REFORMA PROCESSUAL DE 2008:  
CITAÇÃO DO ACUSADO, NOMEAÇÃO DE DEFENSOR E SUA  
CONSTITUIÇÃO APUD ACTA**

JOSÉ BARCELOS DE SOUZA \*

Leis modificativas de Código me trazem às vezes a imagem de modificações e consertos domésticos, por profissionais que, ao repararem alguma coisa danificada, ou executarem alguma modificação, produzem outros estragos. Foi o que fez o legislador, em mais de um aspecto, trazendo confusões enormes quanto à finalidade da citação e à nomeação de defensor para o réu que não o tiver.

Corre perigo, em verdade, de ser afrontado o mais abrangente princípio do Direito Processual Penal, o da amplitude da defesa e do contraditório, por isso mesmo princípio da maior importância, visto que os ditames do processo podem reduzir-se a uma única regra essencial, qual seja a de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido e sem o direito de defender-se<sup>1</sup>, e, juntamente com ele, do mesmo modo correndo risco de ofensa, suas duas mais significativas expressões, que são a citação e a conhecida regra do art. 261 do Código de Processo Penal, segundo a qual “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, regra jurídica esta cuja transgressão constitui nulidade absoluta, prevista que está no art. 564, III, c, do mesmo Código.

Claro que essa antiga e tradicional regra continua invidiosa *no caso de citação pessoal* nos procedimentos ordinário e sumário, pois, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado “para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias” (art. 396, *caput*). Isso feito, aplica-se o disposto no § 2º do art. 396-A, que dispõe: “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado,

---

\* Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e Subprocurador-geral da República aposentado. Livre-docente pela UFMG. Diretor do Departamento de Direito Processual Penal do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

1. O lúcido pensamento não é originalmente meu, mas de Karl Larenz, na obra *O Direito Justo (Das Richtige Recht, München, C. H. Beck, 1979)*.

citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias.”

Assim, naqueles procedimentos, *ao réu pessoalmente citado* será dado logo defensor, se ele não o tiver, isso já para o oferecimento de resposta à acusação, *comparecendo ou não o réu*.

O problema poderá surgir se, *citado por edital, não comparecer o réu*.

É que o parágrafo único do art. 396, com nova redação dada ao projeto, dispõe que “no caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído.”

Quer dizer, nesse caso de citação por edital, *o prazo para a defesa não começará a fluir* se o acusado não comparecer nem constituir defensor. Ainda que semelhante situação dure por muitos anos. Comparecendo, em qualquer tempo, é que o processo terá andamento, na conformidade das regras dos arts. 394 e seguintes do Código, como esclarece o art. 363, § 4º.

E já que, por ser revel o réu citado por edital, não correrá o prazo para defesa, a lei manda também, art. 366, que ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, permitindo, entretanto, que o juiz determine a produção antecipada das provas consideradas urgentes.

Então, o juiz poderá ser levado a raciocinar que, suspenso o processo, não há nomear defensor, não só por falta de objeto, já que o prazo para defesa ainda não começou a fluir, como também porque a prática de qualquer ato processual estaria suspensa, à exceção de produção antecipada de prova que vier a ser determinada. Demais disso, o até então vigente parágrafo do art. 366, que mandava fosse dado defensor ao acusado, foi expressamente revogado pela reforma de 2008, o que reforçaria o suposto entendimento de que ainda seria prematura a nomeação de defensor. Haveria, ainda, um outro argumento a corroborar aquele raciocínio: foi vetado também o § 3º do art. 363 do projeto, que dispunha o seguinte: “As provas referidas no inciso II do § 2º deste artigo serão produzidas com a prévia intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor público ou dativo, na falta do primeiro, designado para o ato”.

Então, até parece que tudo se fez de caso pensado, sem receio de inconstitucionalidade, só para evitar o atropelamento do procedimento com a apresentação de uma defesa antes da hora, quando não para reforçar o propósito do legislador de que não tenha andamento o processo sem o comparecimento do acusado ou de defensor constituído, ou seja, para dar mais força a seu intento de deixar paralisada a marcha de processo em caso de revelia.

Mas não é bem assim. Não obstante a revogação do parágrafo que mandava fosse dado defensor ao acusado, a regra que estabelecia deverá, pena de

nulidade do ato, continuar sendo adotada, não porque ela incida, como se vigente fosse o texto revogado, mas por força do que dispõe a cabeça do art. 263, *verbis*: “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defende-se, caso tenha habilitação”, regra jurídica que, ainda bem, não foi revogada pela reforma.

Nada importa, para a nomeação de defensor, ainda que só para o só efeito do ato, esteja suspenso o andamento do processo. Está suspenso sim, exceto, porém, para o fim de antecipação de prova. E nem por isso a prova deixará de ter sido produzida regularmente, desde que presente o órgão do Ministério Público e o defensor nomeado (já que o réu não constituiu advogado), tal como determinava o parágrafo do citado art. 366, agora revogado, e o § 3º do art. 363 do projeto, que foi vetado, tudo certamente mais por equívoco que por uma real necessidade técnica.

Entretanto, se em condições normais, isto é, com a presença de defensor constituído ou com defensor nomeado a réu revel, mas citado pessoalmente, a prova antecipadamente produzida seria irrepetível, entendo que, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, nesse caso particular de citação por edital com revelia, o acusado, se e quando comparecer, poderá, a exemplo do que ocorre na asseguuração de prova (prova *ad perpetuam memoriam*), requerer a repetição, se esta for possível, para tanto devendo justificar seu interesse. Isso, não porque não tenha sido regularmente citado, mas simplesmente porque, citado por edital, pode ocorrer – talvez isso aconteça apenas umas poucas vezes, não importa – que não tenha, efetivamente, tomado conhecimento do edital.

2. Se, em verdade, posto suspenso o processo, o réu deva ter defensor por ocasião da produção antecipada de prova, a oportunidade para a nomeação não vai aparecer só quando determinada a produção das provas consideradas urgentes, mas antes mesmo de determiná-la ou não o juiz, isto é, quando o juiz verificar a ocorrência da revelia, pelo que, se vier a ser determinada a produção de prova, já deverá estar nomeado o defensor.

É que, embora não o diga a lei, será de rigor a dação de defensor ao réu revel, por força do princípio da ampla defesa e do contraditório, para que possa o defensor, em igualdade com o Ministério Público ou o querelante, requerer a antecipação de prova, apesar da existência do salutar (a meu ver<sup>2</sup>, em que pese a entendimento em contrário) preceito de que o juiz pode determiná-la de ofício.

---

2. SOUZA, José Barcelos de, “Dificuldades na prática do direito: Produção antecipada de prova e prova *ad perpetuam memoriam*, com a reforma processual penal de 2008”, na obra coletiva *Contributos em homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton*, coordenadores Décio Luiz Alonso Gomes e Alexander Araújo de Souza, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

Deste modo, embora não podendo o defensor desde logo arrolar testemunhas, nem oferecer alegações iniciais de defesa, poderá, com vista dos autos que lhe deverá ser dada – a ele e à parte contrária –, requerer não só a antecipação de prova, cuja conveniência poderá passar despercebida ao juiz (como a qualquer das partes), como também alegar, se for caso, alguma irregularidade no procedimento da citação, o que poderá levar à renovação de diligência, e, talvez, a uma citação frutífera. Além disso, poderá impugnar um pedido de antecipação feito pela acusação. E mesmo, impetrar *habeas corpus* para trancar o processo, se for caso, já que o juiz não rejeitou liminarmente a denúncia ou queixa, como podia fazer, mas, antes, a recebeu (art. 396, *caput*).

Por tudo isso, a nomeação do defensor deverá ocorrer ao findar-se o prazo para comparecimento ou constituição de defensor. O despacho será assim, no sentido de vista ao defensor nomeado, bem como à outra parte, com a determinação de que, findo o prazo, os autos sejam conclusos. Só então, com ou sem requerimentos, o juiz determinará a suspensão (incluindo ou não a antecipação de prova) ou o que couber.

3. Mas o pior é a situação confusa e desconcertante para o réu que, citado, se apresenta; e também, por outro lado, de certo modo desconfortável para o advogado.

É que, no sistema anterior, o réu era citado para comparecer para interrogatório, em dia e hora já designados. Hoje nos procedimentos ordinário e sumário, o réu é citado (nas citações por mandado), art. 396, “para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”<sup>3</sup>.

Ora, muito dificilmente terá condições de fazê-lo sem constituir um advogado. E muitas vezes não terá nem condições de contratar advogado. Outras vezes nem saberá, pelo menos de imediato, onde conseguir uma assistência gratuita.

Daí o que já vem ocorrendo com grande frequência no foro: o réu citado comparece a juízo, em geral depois do prazo, não com uma defesa intempestiva, mas para pedir informações ou orientação. E tem acontecido que, quando comparece, a defensoria pública ou um defensor dativo já apresentou defesa sem poder contar com informações pessoais do réu. Isto porque, de acordo com o § 2º do art. 396-A: “Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, tendo sido citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias”.

---

3. Como bem observou Marcellus Polastri Lima (*Manual de Processo Penal*, 3ª ed., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p. 723-724), é importante que o acusado tenha assegurada a ampla defesa, ainda mais agora quando o juiz poderá absolver o réu sumariamente, na forma do art. 397 do CPP, diferentemente do que ocorria no sistema anterior, com dispensa pelo advogado da defesa prévia, para limitar-se a apenas arrolar testemunhas no tríduo.

No caso de citação por edital, então, a confusão é maior.

No anterior sistema, como foi dito, o réu era citado para comparecer para o interrogatório, em dia e hora determinados. Não havia erros. Agora, como visto, é citado para responder à acusação por escrito. Mas uma nova redação do art. 366, *caput*, foi vetada, mantendo-se, assim, o texto já existente, segundo o qual, se o acusado, citado por edital, “não comparecer, nem constituir advogado”, ficarão suspensos o processo e o prazo prescricional.

Ora, se o chamamento não é para comparecer, mas para apresentar defesa ou constituir advogado, indaga-se: comparecer onde e para que? Outros sabem, mas o réu certamente não vai saber.

Nessas circunstâncias, o que se há de fazer é algo semelhante ao que, ainda no último ano de Direito, jovem solicitador, ao despachar com velho juiz observei com admiração impressos que o magistrado tinha para certos despachos rotineiros, que se tornavam extensos por meticulosas recomendações, um deles precisamente para ordenar a citação, o que não se resumia em um “cite-se para o interrogatório”. Pois lá se determinava que do mandado deveria constar, além do dia, hora e local do comparecimento, que o citando poderia comparecer acompanhado de advogado, se tivesse, e, de outro modo, poderia apresentar na hora nomes e endereços das testemunhas que tivesse e quisesse arrolar, advertido de que uma ausência injustificada poderia ensejar uma “condução debaixo de Vara”. “Isso é que é despacho”, pensou com seus botões o então acadêmico de Direito.

Pois muito bem. É só o juiz caprichar no despacho, determinando que conste do mandado ou do edital que o citando deverá, no prazo, constituir advogado ou comparecer à secretaria do juízo, no fórum, apresentando defesa ou informando se tem ou não advogado.

Comparecendo e indicando seu advogado, será oportuna a lavratura de um termo de comparecimento, a valer também como uma procuração *apud acta*. Uma alternativa a facilitar a defesa a tempo e hora, seria sua admissão independentemente de procuração, aguardando-se a indicação por ocasião do interrogatório, a dispensar instrumento de mandato.

Semelhantes providências poderão ser orientadas e divulgadas por ato de órgão da Justiça que queira aprimorar seus serviços, como resolução do Tribunal ou portaria da Corregedoria.

Trata-se de antiga regra, que já aparecia no Código de Processo Penal do Distrito Federal, e hoje ainda está, firme, no art. 266 do Código vigente, *verbis*: “A constituição de defensor independe de instrumento de mandato, se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório”.