

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MARCILEY BOLDRINI DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA
CITAÇÃO POR HORA CERTA APLICADA AO PROCESSO
PENAL**

VITÓRIA

2017

MARCILEY BOLDRINI DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA
CITAÇÃO POR HORA CERTA APLICADA AO PROCESSO
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Processual.

Linha de pesquisa: Justiça, meios de defesa e de impugnação de decisões.

Orientador: Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima.

VITÓRIA

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

S586a Silva, Marciley Boldrini da, 1984-
Uma análise sobre a constitucionalidade da citação por hora certa aplicada ao processo penal / Marciley Boldrini da Silva. – 2017.
135 f.

Orientador: Marcellus Polastri Lima.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Atos jurídicos. 2. Juízes – Decisões. 3. Citação (Direito processual). 4. Controle da constitucionalidade. I. Lima, Marcellus Polastri. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

MARCILEY BOLDRINI DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA
CITAÇÃO POR HORA CERTA APLICADA AO PROCESSO
PENAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito na área de concentração Direito Processual.

Aprovada em 19 de maio de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Marcellus Polastri Lima
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Geovany Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Pedro Ivo de Sousa

À minha família, por tudo que não caberia em uma folha só.

Ao professor Polastri, que no meio de tantos candidatos me deu a honra de ser orientada.

O justo nesse sentido é a mediana entre dois extremos que são desproporcionais, uma vez que o proporcional é uma mediana e o justo é o proporcional.

Aristóteles, *Ética a Nicômaco*

RESUMO

A dissertação tem como premissa a concepção da relação jurídica autônoma consubstanciada a partir do direito de ação, de defesa e do poder estatal de se impor às partes, momento no qual se estabelece uma relação processual que conecta os demandantes ao juízo de forma concorrente, ainda que independentemente, tese inicialmente desenvolvida por Oskar Von Bülow. Outrossim, aponta a existência de uma relação jurídica progressiva entre os sujeitos do processo, que se estabiliza em estrutura triangular, como defendido por Adof Wach, já que o Estado proíbe o particular de fazer justiça e confere ao magistrado a jurisdição, na qualidade de terceiro alheio ao conflito. Essa estrutura processual é viabilizada pela comunicação dos atos processuais, instrumentos hábeis para a cientificação das partes sobre os rumos dados pelo magistrado ao processo, destacando em especial a citação. Esta é vista como elemento essencial para a configuração da relação jurídica processual triangularizada por integrar o demandado à ação, oportunizando a ele o exercício dos direitos pertinentes à defesa. O trabalho analisa, ainda, as modalidades de citação e as formas pelas quais ela se apresenta no processo penal, abrangendo sua evolução legislativa e os efeitos de cada modificação do texto legal, incluindo aqui a internalização da citação por hora certa, instituto oriundo do processo civil, na seara criminal. Na oportunidade, o trabalho traça um parâmetro entre a regulamentação dada pelo Código de Processo Civil de 1973 e o de 2015 e enfrenta os posicionamentos doutrinários quanto à constitucionalidade dessa inovação, levantando os argumentos contrários e favoráveis à aplicação da medida. Por fim, tem como resultado desse confronto a conclusão pela constitucionalidade do ato quando obedecidos os requisitos legais, posição também adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Especial nº 635.145/RS, cujos votos foram objeto de análise. A dissertação também aborda a questão da aplicação da citação por hora certa nos Juizados Especiais Criminais, situação ainda não definida pelo Supremo, mas para a qual se concluiu pela incompatibilidade frente aos objetivos pretendidos pela legislação infraconstitucional.

Palavras-chave: Relação jurídica processual. Relação triangular. Citação por hora certa. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The premise of this dissertation is the concept of the autonomous juridical relationship substantiated from the right to action, to defense and the power of the state to impose itself to the parties, a moment when a procedural relationship is set to connect the plaintiffs to court concurrently, even if independently, a thesis initially developed by Oskar Von Bülow. Furthermore, it points to the existence of a progressive juridical relationship between the subjects in the legal proceedings, which is stabilized in a triangular structure, as advocated by Adof Wach, since the state prohibits private parties from making justice and grants judges their discretion as a third party strange to the dispute. This procedural structure is possible due to communication of procedural acts, instruments able to inform the parties about the course that legal proceedings take. Among these acts, special attention should be paid to summons. The latter is seen as essential element to configure the triangular relationship of legal proceedings, because it integrates defendants into the proceedings, allowing them to exercise their rights to defense. This study also analyzes the modalities of summons and the ways through which it is presented in penal proceedings. It comprises the legal evolution and the effects each alteration has had in the legal text, including here the internalization of “pre-scheduled court summons”, an institution deriving from civil proceedings, in the criminal sphere. In due course, this study traces a parameter between the regulations set by the 1973 and 2015 Code of Civil Procedure, and it faces the doctrinal positions regarding the constitutionality of this innovation by raising arguments for and against applying this measure. Finally, the result of this dispute is the agreement to the constitutionality of this act, provided that legal requirements are observed. This posture was also adopted by the Supreme Federal Court in the judgment of Special Appeal no. 635.145/RS, whose votes were submitted to analysis. This dissertation also addresses the issue of applying the pre-scheduled summons at Special Criminal Courts, a situation still not defined by the Supreme Court, but which has been deemed incompatible according to the objectives intended by the infra-constitutional legislation.

Keywords: Juridical Procedural Relationship. Triangular relation. Pre-scheduled Court Summons. Constitutionality.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

CPC – Código de Processo Civil

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

RE – Recurso Extraordinário

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO. A RELAÇÃO PROCESSUAL	16
	a) Processo como contrato	19
	b) Processo como quase-contrato	20
	c) Processo como relação jurídica	22
	d) Processo como situação jurídica	25
	e) Processo como procedimento em contraditório	26
2.1	Formas de representação da relação jurídica processual	27
	a) Relação triangular	27
	b) Relação linear	29
	c) Relação angular	30
2.1.1	A Relação triangular e o ordenamento jurídico brasileiro	31
3	OS ATOS DE COMUNICAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA	33
3.1	Atos de Comunicação Processual em Espécie	47
3.1.1	Intimação	48
3.1.2	Notificação	50
3.1.3	Citação	51
3.1.3.1	A Citação no Processo Penal antes da Reforma Legislativa de 2008	63
3.1.3.2	A Suspensão do Processo para o Réu Revel Citado por Edital	65
3.1.3.3	A Citação Penal após a Reforma de 2008	71
4	DA CITAÇÃO COM HORA CERTA	74
4.1	Sua criação como forma e agilizar as ações penais e evitar as falhas da suspensão do processo para o réu revel	75
4.2	Procedimento	77
4.2.1	Trâmite previsto no Código de Processo Civil de 1973	77
4.2.2	Trâmite previsto no Código de Processo Civil de 2015	79
4.3	Breve visão de Direito Comparado	86
4.4	(In) Constitucionalidade da Citação por Hora Certa no Processo Penal	90
	a) Posição pela Inconstitucionalidade	91

	b) Posição a favor da Constitucionalidade.....	94
5	DISCUSSÃO: O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE OS DIREITOS E OS OBJETIVOS DO PROCESSO	98
5.1	Julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.145	113
5.2	Da compatibilidade da citação por hora certa com o Juizado Especial Criminal	120
6	CONCLUSÃO.....	128
	REFERÊNCIAS.....	132

1 INTRODUÇÃO

O sistema processual brasileiro vem enfrentando desafios recorrentes em razão do surgimento de novas demandas, com contornos próprios e característicos da sociedade moderna, que muito se diferencia daquela estabelecida quando da entrada em vigor das principais leis nacionais.

O crescimento populacional e das cidades, as inovações tecnológicas, os novos arranjos interpessoais e as diferentes maneiras de se praticar crimes alteraram o contexto social do país, apresentando situações antes não contempladas pelo ordenamento jurídico e, por isso, requereram respostas eficientes do Judiciário, buscando adequar a prestação da tutela jurisdicional aos obstáculos agora apresentados.

É nesse contexto que o ordenamento jurídico brasileiro passou por diversas reformas legislativas, através das quais se buscou criar mecanismos para adequar os procedimentos jurídicos, atendendo aos apelos de celeridade, sem provocar a supressão de garantias e tampouco engessar a atividade jurisdicional.

O processo penal não ficou alheio ao panorama apresentado, passando por diversas modificações para atingir esse objetivo. Dentre elas, destacou-se a evolução no sistema citatório, abordando a possibilidade de suspensão do processo e da prescrição para os casos de réus não encontrados, evitando o julgamento ante a completa revelia, além da criação de novos procedimentos para facilitar a persecução penal ou destinados a delitos de menor potencial ofensivo, nos quais é possível transacionar, abdicando-se da ação penal, ou mesmo suspender a ação mediante o cumprimento de condicionantes.

Vislumbrou-se a nítida rejeição à instrumentalidade negativa do processo, afastando sua visão como um fim em si mesmo, repudiando-se os exageros e o abuso excessivo das formas. Nesse contexto, o processo-crime passa a ter mais uma preocupação: evitar o alongamento da ação por vários anos, impedindo a consolidação da prescrição.

Nesse diapasão, sem dúvida alguma, no ano de 2008, é que as maiores alterações legislativas foram realizadas, a fim de atualizar o código, já ultrapassado frente à Constituição Federal e a tratados internacionais, ainda que isso tenha ocorrido de forma pontual, por meio de leis esparsas.

Procedimentos foram alterados, recursos extintos, novas formas de colheita de provas admitidas. Contudo, dentre as alterações promovidas, destaca-se a introdução da citação por hora certa ao Código de Processo Penal, assunto de estudo da presente dissertação.

Considerada como uma das formas de comunicação de atos processuais, essa modalidade de citação é destinada à integração, na relação jurídica, de réus que se furtam à comunicação oficial, com o objetivo de impedir ou postergar a marcha da ação.

Com isso, buscou o legislador, a partir de uma nova leitura das garantias constitucionais, mas com olhos na preservação dos direitos fundamentais, o atendimento aos anseios da população por uma tutela jurisdicional mais célere e justa, coibindo o uso de normas protetivas de maneira abusiva, o que levaria a subversão do sistema punitivo.

Entretanto, essa inovação não passou ilesa a críticas por parte de alguns doutrinadores, que levantaram diversos problemas e questões sobre a constitucionalidade e a convencionalidade do instituto, suscitando, inclusive, a ocorrência de eventuais nulidades na implementação desse ato.

Essas posições basearam-se na possibilidade de haver supressão de garantias, especialmente as permitentes ao direito de defesa e ao contraditório, por ausência de comunicação prévia e pessoal dos réus sobre os fatos contidos na denúncia, o que tomaria contornos graves, posto que o bem protegido na jurisdição penal é a liberdade, direito indisponível, diferentemente do que ocorre na esfera cível, onde eventuais falhas se apresentariam menos gravosas.

É nessa conjuntura que o estudo da temática se justifica, pois o latente conflito entre direitos e garantias constitucionais dos demandados e a necessidade de um processo justo, célere e eficaz torna-se mais intenso quando se põe em questão um dos bens mais preciosos do indivíduo.

Tamanha é a relevância da discussão, que o assunto foi levado à mais alta corte do país por meio de recurso extraordinário, ao qual foi dada repercussão geral, qualidade conferida às causas que, de alguma forma, impactam várias demandas e, portanto, merecem uma decisão da autoridade máxima sobre matérias afetas à Constituição.

Assim, levantou-se todas as problemáticas relacionadas à aplicação da citação por hora certa ao processo penal, as dificuldades práticas de sua implementação, os argumentos favoráveis e contrários sobre o tema e as alterações procedimentais sofridas com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, com o objetivo de analisar a compatibilidade ou não do instituto com as diretrizes do processo penal, sobretudo aquelas constitucionalmente dispostas.

Para tanto, partiu-se da revisão bibliográfica dos principais autores, desde temas periféricos, porém essenciais para compreensão teórica e a solução da problemática, até a leitura de textos específicos, em que os autores apresentam sua posição sobre o assunto e levantam os problemas e vantagens a ele relacionados.

Dessa forma, foi necessário explorar as teorias sobre a natureza jurídica do processo, sobretudo a doutrina de Oskar von Bülow, para quem o processo é uma relação jurídica de direito público e que se estabelece reciprocamente entre os sujeitos processuais. Essa relação se diferencia da questão de mérito, compreendendo direitos e deveres decorrentes da ação em si e com pressupostos próprios de existência e validade.

Utilizou-se, ainda, como referencial teórico, as lições de Adolf Wach, segundo as quais a relação jurídica se configura entre todos os sujeitos do processo, não só incluindo as partes, como também o juiz, que, mesmo em posição de destaque,

como representante imparcial do Estado, interage diretamente com os demais interlocutores.

A configuração defendida por Wach tem como elemento essencial a citação, por meio da qual o réu será chamado a integrar a demanda, tomando conhecimento dos termos da denúncia, já que é a partir dela que a relação jurídica ganha sua forma triangular, viabilizando ao demandado exercer todos os direitos pertinentes à defesa e a garantias resguardadas nos mais diversos diplomas legais. Vale lembrar que o Código de Processo Penal deixa claro, no artigo 363, que essa foi a corrente doutrinária por ele adotada.

Ao passar pelas modalidades e formas segundo as quais a citação pode se realizar, chega-se ao estudo dos elementos da citação por hora certa, instituto que migrou do processo civil para o processo penal com o fim de atender a específica situação de quando o réu se furta a ser comunicado e, conseqüentemente, a responder a ação penal.

Com isso, pretendeu-se dar tratamento diferenciado ao réu que cria embaraços à comunicação, em relação àquele que realmente não foi encontrado pelo oficial de justiça; situações que, embora distintas, até 2008 eram tratadas de forma análoga, garantindo a ambos os indivíduos a suspensão do processo e da prescrição, o que até então era visto como inadequado.

Foi necessário repassar os rígidos critérios para a implementação prática da citação por hora certa, inclusive as restrições implementadas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que cuidou no novo Código de Processo Civil, verificando quais os pontos que poderiam ou não serem levados ao processo penal.

Posteriormente, elencaram-se os posicionamentos doutrinários sobre o assunto, com o fim de identificar quais os óbices e vantagens levantados pelos juristas, bem como avaliar o conflito principiológico posto por eles. Só então passou-se a discutir a fundo o tema, momento em que foi possível se posicionar, aderindo a uma das correntes.

Chegou-se, inclusive, a analisar o julgamento do recurso extraordinário que versa sobre o tema e os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal na decisão, abordando também o ponto sobre a aplicabilidade ou não da citação por hora certa aos juizados especiais criminais, questão suscitada pela corte, no entanto deixada em aberto na sessão de julgamento. Passou-se, ainda, por um breve estudo de direito comparado com o objetivo de analisar como outros países cuidam do assunto.

O trabalho foi desenvolvido sob uma ótica dialética, e buscou-se avaliar os argumentos de toda ordem, chegando-se à posição que se entende como a mais adequada, conforme pode-se verificar ao longo do texto que se segue.

2 DA NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO. A RELAÇÃO PROCESSUAL

Sob o aspecto sociológico, o direito se apresenta como um meio de controle social, compreendendo formas e instrumentos de imposição de padrões, modelos culturais e de pensamento, valorizando ideais coletivos, buscando a superação dos conflitos e a paz social.

No entanto, a concepção do direito como meio regulador foi se construindo e se desenvolvendo ao longo da história, de forma que, nos primórdios do arranjo social, esse fator estabilizante não se fazia presente, restando a função de punição de condutas socialmente reprováveis aos líderes religiosos, tribais ou à vingança pessoal, por meio da qual cabia a vítima perseguir e aplicar os meios capazes para punir seu agressor sem que houvesse a intervenção de um terceiro imparcial nesse processo.

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, como soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão.

[...]

A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 23).

Essa forma de resolução de conflitos não se mostrava eficaz, ocasionando diversas injustiças, seja por empregar meios desproporcionais de repreensão, seja por não promover a justiça de fato, especialmente quando havia desequilíbrio entre os agentes em conflito.

Destarte, a fim de se estabelecer critérios mais seguros e garantir o emprego adequado das forças de repressão, o Estado passou a, gradativamente, assumir o poder-dever de aplicar e executar as sanções penais, garantindo resposta adequada

às infrações.

Na Grécia antiga, somente os crimes considerados como públicos, aqueles reputados como mais graves por causar prejuízo à coletividade, eram levados ao crivo do poder estatal, enquanto os crimes considerados como menores ou particulares permaneciam sob a tutela privada, dependendo da iniciativa da parte ofendida.

Distinguiu-se o próprio (privado) do público, assim como a associação voluntária (contrato) que gerava uma espécie de responsabilidade, daquela “associação involuntária” (delitos) que gerava também responsabilidade.

[...]

Aquilo que é hoje para nós crime (de ação pública) dependia de ação privada. Os crimes públicos eram denunciáveis por qualquer um já que inexistia órgão público de acusação. Imaginava-se que a democracia dependia de que todos e qualquer um se sentissem atingidos por ações delituosas de qualquer cidadão e tomassem o interesse de denunciar o caso ao tribunal (LOPES, 2011, p. 25).

Por influência do direito grego, essa mesma sistemática de diferenciação entre delitos públicos e privados foi mantida no direito romano, na esfera criminal, que, passando por diversas fases históricas, saiu do domínio da autotutela dos conflitos (*vindicta*) chegando às formas de persecução penal pública e privada.

Em relação aos delitos de persecução pública, chamados *crimina*, a atuação estatal era voltada para os fatos consistentes em *perduellio* (traição e atentado contra a segurança do Estado) e *parricidium* (morte do *pater*, do chefe do grupo) e, portanto, consideradas como de interesse do governo. Por outro lado, as demais infrações (*delicta*), entre as quais o furto e as ofensas físicas ou morais eram punidas pela própria vítima que então assumia a vingança (LEITE, 2006).

No decorrer desse processo evolutivo coube aos romanos a definição das diversas funções dos agentes do processo, destacando-se a ideia de postulação, na qual havia análise se os fatos alegados constituíam, *prima facie*, crime e se havia algum empecilho para o andamento da ação, além de desenvolvimento dos órgãos julgadores, que inicialmente concentravam diversos poderes, inclusive o de acusar,

mas, depois, desvinculando-se para uma atuação autônoma.

Foi a partir das construções criadas pelos sistemas jurídicos grego e romano que o homem foi visto como sujeito de direitos. Todavia, com a aproximação da Idade Média, o acusado retorna à condição de objeto do processo, assemelhando-se à coisa, perdendo as garantias até então sedimentadas.

Nesse período da história, influenciada pelas práticas do direito germânico, a Igreja ganha destaque na condução da justiça criminal, restabelecendo o processo inquisitivo e meios cruéis no combate às situações de conflito. Não havia direito à defesa, sendo possível a instauração de processo por decisão do próprio julgador ou mesmo após denúncias anônimas.

Até o final da Idade Média imperou a inquisição e, este sistema inquisitivo perdurou até séculos mais tarde, ou seja, mesmo após a Idade Média. Neste ponto inquisitivo predominavam as delações anônimas, inexistindo a acusação formal e a publicidade, sem nenhuma garantia do réu. Assim, apesar de, já em meados da Alta Idade Média não mais se admitir ordálias, abolindo-se os chamados duelos judiciários, se dava, por outro lado, o apogeu da tortura e do processo secreto, sistema que, como dito, teve no século XIII sua apontada origem, mas persistindo até mesmo depois do século XVI, em alguns isolados locais, inclusive a utilização de ordálias (POLASTRI, 2016, p. 4-5).

Já nos meados do século XVIII, em resposta ao rigor excessivo vivenciado na Idade Média, o mundo experimentou o período humanitário do direito punitivo, buscando abolir a tortura e outros meios cruéis de obtenção de prova. Surge então a concepção de Ministério Público como órgão acusador e a necessidade de uma condenação para a aplicação de qualquer reprimenda; há a criação de tribunais, julgamentos públicos, baseados no direito ao contraditório, e o exercício de defesa durante a instrução.

Apoiada nas ideias de Montesquieu e do Marquês de Beccaria, a sociedade ocidental evoluiu para um novo estágio, resgatando a face humana dos investigados, devolvendo ao réu a dignidade a partir na nova concepção do Direito Processual, que permitiu ao juiz uma única paixão: a Justiça (TORNAGHI, 1987, p. 4).

Nesse viés ideológico, passou-se a conferir ao Estado, e tão somente a ele, o poder-dever de punir as infrações penais, abolindo-se a intervenção particular no processo punitivo. O juiz assumiu uma postura neutra, ignorando as diferentes posições sociais, decidindo apenas com base na lei e após a violação de direitos, consolidando o fenômeno do liberalismo jurídico.

Contudo, com o restabelecimento das desigualdades entre os indivíduos, favorecidas por instrumentos jurídicos manejados de forma extremada, como o direito à propriedade individual e de livre contrato, foi necessário o refinamento do papel do Estado, que passa a incorporar a proteção a direitos e liberdades individuais com os direitos sociais, de modo a propiciar a igualdade social e a segurança jurídica.

E hoje, prevalecendo as ideias do *Estado social*, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústias; e de outro, para advertir os encargos do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a *realização da justiça* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 27).

Assim, vários foram os estudos dedicados a definir os contornos da natureza jurídica da relação instituída entre as partes e o Estado, a partir do exercício do direito subjetivo da ação por parte do autor. Alguns, ainda diretamente influenciados pela concepção romana do direito, passaram a defender teses consideradas como privatísticas da atuação estatal na resolução de conflitos, enquanto outros se inclinaram para uma abordagem sob o aspecto do direito público, como passa-se a analisar detalhadamente.

a) Processo como contrato

Desenvolvida entre os séculos XVIII e XIX por Robert Joseph Pothier, influenciado pelos ideais de Ulpiano¹ e Rousseau, destaca-se pela concepção do processo como

¹ Eneu Domício Ulpiano foi um jurista romano. Sua obra influenciou fundamentalmente a evolução dos direitos romano e bizantino.

contrato ao ligá-lo à realidade da *litis-contestatio*² romana, partindo do princípio de que as partes, voluntariamente, se submetiam ao processo e à vontade de um árbitro, como um verdadeiro negócio jurídico, não havendo a obrigação de comparecer em juízo.

Como se nota, essa teoria baseia-se na autonomia das partes, ignorando a figura do juízo como agente estatal e pacificador da sociedade. Como bem destacou Hélio Tornaghi,

[...] nele não existe nada que se apreça com a *litis-contestatio* romana; o juiz não é um particular, é um órgão do Estado que julga e impõe a própria decisão, com o assentimento das partes ou sem ele; a jurisdição é função soberana do Estado. Os próprios deveres e encargos processuais, quer das partes, quer do juiz, quer dos demais sujeitos (escrivãos, meirinhos, testemunhas, peritos, tradutores, intérpretes, etc.) provém da lei e não de qualquer contrato entre as partes (1977, p. 322).

Ante tais características, essa teoria passou a ter apenas importância histórica e didática, mas não guarda qualquer respaldo pelos doutrinadores modernos, visto que a concepção de submissão voluntária das partes vai de encontro à construção do poder estatal como o detentor exclusivo da atividade jurisdicional, independente da aceitação das partes.

b) Processo como quase-contrato

Ainda sob o aspecto privatista, surge, no século XIX, a teoria do quase-contrato. Desenvolvida por Arnault de Guényvau e Savigny, a teoria procurou contornar as críticas tecidas em face da corrente anterior, e afirmava que a parte que procurava o juiz se submetia à vontade dele, não importando a vontade do outro litigante.

² “A princípio a *litiscontestatio* era o ato pelo qual as pessoas que assistiram ao desenvolvimento do processo, na fase *in iure*, perante o pretor, testemunhavam (daí *cum testarif*) a transformação do conflito, vago e indeterminado, em lide; quando então se fixava a *res* (coisa demandada), a escolha do juiz e a obrigação que as partes voluntariamente assumiam de se submeter à decisão judicial que viesse a ser proferida. Este foi o primeiro significado do fenômeno “*litiscontestatio*”, no período das ações da lei. Já no período formulário (ou *performulas*), a *litiscontestatio* passou a significar a tríplice operação pela qual o pretor entregava ao autor a fórmula e este a passava ao réu, que a aceitava. A partir da *litiscontestatio*, autor renunciava à prestação que afirmava devida pelo réu, em torca do direito à condenação deste; e o réu, por sua vez, ficava liberado da prestação devida ao autor, em troca da sua submissão àquilo que fosse decidido pelo juiz. A partir desse momento desaparecia qualquer relação de direito material entre as partes, pois os seus direitos e obrigações seriam aqueles que a sentença declarasse” (ALVIM, 2012, p. 130).

Os quase contratualistas viam na *litiscontestatio* um ato bilateral em si mesmo, pelo qual se atribuíam direitos a uns e obrigações a outros; mas, como, nela, o consentimento não era inteiramente livre, pois, se o réu se recusasse, a comparecer perante o pretor, o autor poderia conduzi-lo à força. A *litiscontestatio* não apresentava, por isso, o caráter de um contrato, porque este supõe a liberdade de alguém de verificar a conveniência ou não de se sujeitar ao cumprimento de determinada obrigação (ALVIM, 2012, p. 131).

Pelas mesmas razões da corrente anterior, essa teoria foi afastada, acrescentando ainda a dificuldade de se definir o que seria um “quase-contrato”, conceito só possível por via de exclusão, já que, normalmente, as obrigações advinham de um ilícito ou de um contrato (ou da lei, fonte não mencionada pelo autor). A substância de um contrato é o acordo, se não há acordo não há contrato (TORNAGHI, 1977, p. 323).

O que se nota é que a teoria do quase-contrato insistiu nos contornos privados dados à relação estabelecida entre as partes e o juízo, ignorando a complexa atuação deste último, que não pertence à ordem jurídica privada.

As teorias de direito privado foram sendo abandonadas até o final do século XIX, quando o processo (civil e penal) deixou de ser considerado um apêndice do direito privado, adquirindo autonomia. Na esfera penal, o marco dessa evolução foi o fato de a pena passar ao estágio de pena pública, deixando a cargo do Estado a administração da justiça, pois passou a deter exclusivamente o poder de punir, implicando no abandono completo da vingança privada (LOPES JR, 2013, p. 86).

É a partir daí que teorias jurídicas começam a desenvolver a concepção de processo como elemento público, além da diferenciação entre o direito material (mérito), previamente existente entre as partes, e a relação iniciada após o exercício do direito subjetivo da ação, apresentando contornos próprios e instrumentais para a tutela do primeiro, mas que com ele não se confunde.

Voltando ao binômio direito Penal-Processual, a independência conceitual e metodológica do Direito Processual em relação ao direito material foi uma conquista fundamental. Direito e processo constituem dois planos verdadeiramente distintos no sistema jurídico, mas estão relacionados pela unidade de objetivos sociais e políticos, o que conduz a uma relatividade do binômio direito-processo (*substance-procedure*) (LOPES JR, 2013, 80).

Assim, ganham força no meio jurídico as teses publicistas, que buscam explicar a natureza do processo sob o enfoque do direito público, destacam-se entre elas as teorias que compreendem o processo como relação, situação jurídica e procedimento em contraditório.

c) Processo como relação jurídica

Em 1868, Oskar von Bülow lançou uma obra intitulada de “*Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais*”, considerada como um divisor de águas para o estudo e a sistematização do processo ao colocar as relações jurídicas substanciais e processuais em planos distintos, instituindo a clássica divisão entre direito material e processual.

Considerando o contexto histórico, no qual o Estado não mais permitia a autodefesa dos bens jurídicos ao chamar para si a obrigação de exercer a jurisdição, além dos procedimentos executórios e coercitivos para a implementação das decisões, o jurista ressalta que a relação instituída entre o agente estatal e as partes deve ser vista sob o aspecto jurídico do direito público e não sob o enfoque privatista, como vinha ocorrendo (CAETANO, 2006).

Desse modo, Bülow leciona que a relação jurídica processual formada a partir do direito subjetivo de ação do autor toma contornos próprios, não podendo ser confundida com a relação litigiosa. Para ele, o processo determina as faculdades e deveres que cabem aos diversos sujeitos processuais e os põe em relação contínua uns com os outros.

Afirma ainda que o processo é uma relação jurídica complexa e dinâmica, com direitos e deveres recíprocos, já que as partes cooperam com a atividade jurisdicional, exercida por um servidor do Estado, agente público, sendo, portanto, uma relação de direito público.

Quando o autor propõe uma demanda em juízo, forma-se uma relação jurídica entre ele e o juiz; com a citação do réu, esta relação jurídica se

completa, ligando o réu ao juiz; e todos são, enquanto sujeitos processuais, titulares de direitos, poderes e faculdades, e os correspondentes, deveres, sujeições e ônus. Portanto, quando postas as partes em confronto, no processo, formam-se entre os sujeitos processuais uma relação jurídica, que não é vista a olho nu, mas que se encarregada de uni-los, e só se extinguirá com o trânsito em julgado das sentenças. A esse fenômeno é que se chama relação jurídica processual ou simplesmente processo (ALVIM, 2012, p. 141).

Segundo Bülow, diferentemente do que ocorre com as demais relações jurídicas,

A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, ao desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se desenvolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas que constituem a matéria do debate judicial, apresenta-se como totalmente concluídas; a relação jurídica processual se encontra em embrião. Somente se aperfeiçoa com a litiscontestação, o contrato de direito público, pelo qual, de um lado, o tribunal assume a obrigação concreta de decidir e realizar o direito deduzido em juízo e de outro lado, as partes ficam obrigadas, para isto, a prestar uma colaboração indispensável e a submeter-se aos resultados desta atividade comum (2005, p. 6).

Concluiu, em suma, que a relação jurídica processual é autônoma (independente da relação material), pública (dada a presença do Estado, titular da jurisdição) e complexa (visto a constante condição de movimento e transformação), cujos passos se desenvolvem de forma gradativa (considerando as etapas do processo) sob o conceito de unidade, já que os atos são orientados para um único fim desejado (KHALED JR, 2011, p. 30-31).

No entanto, como qualquer outra relação jurídica, Bülow observou que a processual também deve considerar a presença de requisitos para seu nascimento, quais sejam o objeto, os fatos ou atos e os movimentos necessários ao seu deslinde e quem é capaz ou competente para solucionar a questão controvertida.

Estabelece, então, uma série de pressupostos para definir a existência e a validade do processo e que fundam com clareza as condições prévias para a instituição e tramitação de toda relação processual. Não basta que estejam presentes os elementos considerados como formadores da relação (partes, matéria, atos e seus movimentos), mas também que esses elementos estejam livres de qualquer defeito.

Com os mencionados grupos de requisitos processuais – os pressupostos processuais – acrescenta-se à relação litigiosa substancial existente no processo (a chamada *merita causae*) uma matéria de debate mais ampla e particular. O tribunal não somente deve decidir sobre a existência da pretensão jurídica em pleito, mas também, para poder fazê-lo, deve certificar-se se concorrem as condições de existência do processo mesmo: ademais do suposto de fato da relação jurídica privada litigiosa (da *res in iudicium deducta* [coisa deduzida em juízo (ou levada a juízo)] deve comprovar se dá-se o suposto de fato da relação jurídica processual (do *iudicium*) (BÜLOW, 2005, p. 10).

A partir da concepção dos pressupostos processuais, Bülow considera a existência de um dualismo na atuação do juiz, que, antes de decidir a matéria de mérito posta, deve analisar a presença e higidez dos pressupostos processuais necessários para a relação jurídica processual, contribuindo, com isso, para o desenvolvimento da teoria sobre nulidades.

O autor também foi o responsável por diferenciar os conceitos de “processo” e “procedimento”. Segundo Bülow, a distinção se faz ao considerar processo com instrumento da jurisdição, enquanto procedimento é considerado como meio que inicia, desenvolve e termina o processo.

Como bem explicam Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 285), enquanto o processo pode ser identificado pelo aspecto dos atos que lhe compõem e das interações entre eles, bem como pelo aspecto das relações entre os sujeitos, o procedimento é apenas o meio extrínseco pelo qual aquele se instaura, desenvolve-se e é finalizado, nada mais que a manifestação externa do primeiro, a sua realidade perceptível.

Vale destacar que, apesar de desenvolvida com enfoque no campo cível, as lições de Bülow sobre a relação jurídica processual também foram estendidas ao processo penal, exercendo forte influência na condição do réu. A partir dessa nova concepção do processo, a figura do réu como sujeito de direito, vinculado às leis e não à descrição do juízo, é restabelecida, enterrando de vez a ultrapassada e cruel concepção dele como objeto do processo.

Dando base pública ao processo e considerando as partes como sujeitos de direito em face do Estado, a teoria da relação processual é não apenas uma concepção científica, mas, realmente, uma garantia contra os abusos do

Poder Judiciário (TORNAGHI, 1987, p. 15).

d) Processo como situação jurídica

Apesar da tese desenvolvida por Oskar von Bülow encontrar aceitação até hoje, não se pode dizer que ela reinou no meio jurídico sem nenhuma crítica. O principal contestador da concepção de processo como uma relação jurídica foi James Goldschmidt, para quem o processo configuraria uma situação jurídica.

Segundo esse jurista, com o processo, o direito subjetivo do autor se converte em meras possibilidades (de praticar atos para o reconhecimento do direito pretendido), expectativas (de ter o pedido reconhecido) e ônus (encargo de praticar certos atos a fim de evitar um provimento negativo). Logo, onde se viam direitos, agora se veem chances.

Essa dinâmica do estado de guerra é a melhor explicação para o fenômeno do processo, que deixa de lado a estática e a segurança (controle) da relação jurídica para inserir-se na mais completa epistemologia da incerteza. O processo é uma complexa situação jurídica, na qual a sucessão de atos vai gerando situações jurídicas, das quais brotam *chances*, que bem aproveitadas, permitem que a parte se libere das *cargas* (probatórias) e caminhem em direção a uma sentença favorável. Não aproveitando as chances, não há a liberação de uma carga, surgindo a perspectiva de sentença desfavorável (LOPES JR, 2013, p. 92).

Na ótica de Goldschmidt, as partes não possuem obrigações, mas cargas processuais, que, se não observadas, põem o processo em risco, afastando a ideia de segurança jurídica da tese de Oskar von Bülow. Ademais, admite que os pressupostos processuais configurariam, na verdade, pressupostos para uma sentença de mérito.

Apesar de importante contribuição na fixação de conceitos, até então nebulosos, a tese de Goldschmidt não foi suficiente para afastar a ideia de relação jurídica processual defendida por Bülow, havendo, na verdade, quem diga que as categorias apresentadas pelo autor seriam compatíveis com a concepção da natureza de relação jurídica do processo.

e) Processo como procedimento em contraditório

Outra teoria que merece atenção é a desenvolvida pelo italiano Elio Fazzalari, que, repudiando a tese de Bülow, estabeleceu com primazia a noção de processo como procedimento em contraditório, afastando a ideia da relação jurídica processual e de procedimento como instrumentalidade do processo, conceitos por ele considerados como insuficientes para respostas efetivas aos problemas sociais.

Esta teoria tem como referência uma estrutura dialética na construção do processo ao considerar que, para se identificá-lo, é fundamental a participação dos destinatários na construção do provimento definitivo em contraditório paritário. Isso não significa a mera participação dos sujeitos, mas sim a igualdade de oportunidade e tratamento no processo.

Consoante esclarece Aroldo Plínio Gonçalves,

Há processo sempre onde houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, e a essência deste está na “simétrica paridade” da participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos (1992, p. 115).

Fazzalari também foi responsável por criar novos conceitos para “processo” e “procedimento”. Ao estabelecer que o processo é caracterizado como uma espécie do ‘gênero’ procedimento, diferenciando-se deste quando da participação das partes na atividade de preparação do provimento, já que, em certos procedimentos, essa participação pode não ocorrer.

A principal crítica tecida em face da tese de Bülow se refere à afirmação de existência de direitos e deveres recíprocos, o que para Fazzalari não existe, pois considera impossível se levar em conta a presença de vínculos imperativos entre sujeitos, havendo, para o autor, faculdades, vantagens ou poder.

Ao se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, conseqüentemente, que ele é um vínculo construído entre os sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a

conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então seriam os sujeitos passivos da prestação (GONÇALVES, 1992, p. 97).

A exemplo do que aconteceu com Goldschmidt, para parte da doutrina nacional, as ideias de Fazzalari não são incompatíveis com a lição de Bülow, mas complementares a ela, pois, mesmo que a relação jurídica compreenda direitos e deveres, deve ser realizada em contraditório.

Na realidade, a presença da relação jurídico-processual no processo é a projeção jurídica e instrumentação técnica da exigência político-constitucional do contraditório. Terem as partes poderes e faculdades no processo, ao lado de deveres, ônus e sujeição, significa, de um lado, estarem envolvidas numa relação jurídica; de outro, significa que o processo é realizado em contraditório (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 293).

A complementaridade sugerida se torna mais forte no caso do processo penal, em que o contraditório precisa configurar igualdade de oportunidades, mormente no tocante à gestão da prova e da necessidade de defesa técnica, estabelecendo um ambiente democrático e afastando uma postura inquisitória do juízo.

2.1 Formas de representação da relação jurídica processual

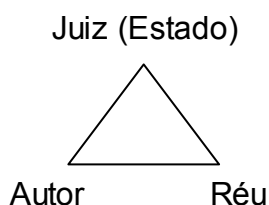
Estabilizada a concepção do processo como relação jurídica como majoritária, novos estudos surgiram com o intuito de melhor definir o tema e os vínculos estabelecidos entre os sujeitos processuais (juiz, autor e réu). Dentre elas, existem três principais correntes que buscaram definir a forma pela qual a relação jurídica se manifesta, que são: a relação triangular, linear e angular.

a) Relação triangular

Sem dúvidas, a sistematização que goza de maior aceitação no meio jurídico é a que toma o processo como uma relação triangular. Desenvolvida em meados de

1885, por Adolf Wach, discípulo de Bülow, define a relação processual como um verdadeiro triângulo, interligando o juiz e cada uma das partes entre si, estabelecendo um vínculo de direito público entre eles, de maneira que todos possuam direitos e deveres recíprocos.

Consoante essa formação, o juiz estaria posicionado no vértice equidistante das partes, mantendo um vínculo com elas que, por sua vez, se comunicam direto entre si. Graficamente, a relação processual triangular se apresentaria da seguinte forma:



Nesses termos,

[...]a iniciativa do autor, que movimenta o juiz, na realidade se dirige contra o réu. O processo é a soma dessa relação jurídica entre as partes com a relação entre cada uma delas e o juiz.

O juiz não recebe das partes o seu poder de jurisdição (ele o tem como órgão do Estado); mas, em cada caso, a sua competência tem como pressuposto a existência de uma relação entre as partes, relação essa que não se confunde com o Direito substantivo na qual o autor funda o seu pedido (TORNAGHI, 1987, p. 18).

Apesar de o juiz ser o titular imparcial da função jurisdicional, as partes mantêm direitos e obrigações diretos, independentes da relação material pré-existente, como o dever de lealdade recíproco, dever de cooperação ou o de convencionar a suspensão do processo. O poder dispositivo das partes é mantido mesmo sob a tutela do juiz, cuja presença na relação processual não subordina os litigantes a meros sujeitos passivos.

Nessa esteira, apesar de Wach considerar o processo com um todo único, reconhece que ele é permeado por uma multiplicidade de pretensões e relações subordinadas e relativamente dependentes entre si.

Sobre a aplicação da teoria com foco no processo penal, Aury Lopes Júnior reforça

que

Partindo dos fundamentos apontados por BÜLOW, aperfeiçoados por WACH e posteriormente por CHIOVENDA, pode-se afirmar que o processo penal é uma relação jurídica pública, autônoma e complexa, pois existem, entre as três partes, verdadeiros direitos e obrigações recíprocos. Somente assim estaremos admitindo que o acusado não é um mero objeto do processo, tampouco que o processo é um simples instrumento para a aplicação do jus puniendi estatal.

O acusado é parte integrante do processo, em igualdade de armas com a acusação (seja ela estatal ou não), e, como tal, possuidor de um conjunto de direitos subjetivos dotados de eficácia em relação ao juiz e à acusação (2013, p. 89-90).

Apesar de ser a teoria amplamente adotada, não se pode afirmar que passou incólume pela visão de outros juristas que, mesmo reconhecendo o processo como uma relação jurídica, questionavam entre quais sujeitos ela realmente se estabeleceria.

b) Relação linear

Dentre os principais críticos da doutrina de Wach, destacaram-se Josef Kohler, para quem a relação se estabeleceria de forma linear. Para Kohler, a relação processual se dá apenas entre as partes, visto que, para se participar de uma relação jurídica, é necessário possuir um interesse dentro dela, condição não contemplada pelo juiz, pois o interesse do Estado no processo é genérico e abstrato.

Desse modo, a representação da teoria linear da relação jurídica se daria da seguinte forma (excluindo o juiz):

Autor ←————→ Réu

Tornaghi (1977, p. 343), ao analisar o pensamento de Kohler, ressalta que ele admitiu a relação jurídica processual estabelecida entre as partes como de direito privado, já que a posição do juiz, órgão público, é de superioridade, a qual não lhe possibilitaria entrar em relação com as partes. Lembra, ainda, que o autor defende o trânsito do processo pelo juiz, o qual apenas imprimiria eficácia à decisão, além de

que as partes não teriam direitos em relação a ele, certo de que os deveres do juízo são regidos pelo direito público, constitucional e administrativo.

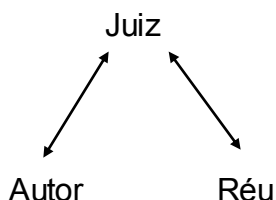
A principal crítica a esse pensamento diz respeito justamente à suposta falta de interesse do Estado no conflito, uma vez que a diligência estatal se apresenta como meio de evitar a ação direta entre as partes e, conseqüentemente, a autodefesa ou a vingança.

O estado-juiz tem interesse em resolver o conflito por meio do processo, logo a tese defendida por Kohler só seria cabível em um ambiente em que houvesse uma luta direta entre as partes e o Estado se postasse apenas como um observador, postura inconcebível atualmente.

c) Relação angular

Por outro lado, na visão angular defendida por Julius Wilhelm von Plack e Hellwing, a relação jurídica apenas se estabeleceria entre as partes e o juízo, inexistindo relação entre elas reciprocamente. A posição adviria justamente do fato de o Estado ter tirado dos particulares a possibilidade de se fazer justiça com as próprias mãos, separando os litigantes e avocando para si o poder de julgar.

Representar-se-ia do seguinte modo:



Para os autores, sob o aspecto processual, cada uma das partes exerce um direito subjetivo público e exige do juiz o exame da causa e sua execução forçada. As partes não atendem ou respondem a uma ação do seu adversário, mas do juiz que, como órgão do Estado, analisa a presença das condições legais para a determinação. Não há ligação entre as partes, que se comunicam via juízo, cuja

obrigação é a de submeter as alegações ao contraditório e decidir nos limites do pedido.

Por isso, todos os pedidos das partes e toda atividade processual preparatória da decisão deve ser dirigida ao juiz. A ele tem de ser apresentada a prova. É a ele e não ao adversário que cada uma das partes deve convencer da verdade de sua versão acerca do fato controvertido.

Realmente o uso por qualquer das partes de suas faculdades produz efeito sobre o adversário e a finalidade da atividade processual é a consecução desse efeito, mas quem causa o efeito é o juiz, o qual atua a pedido das partes, mas não é mandatário delas e sim órgão do Estado (TORNAGHI, 1987, p. 27).

2.1.1 A Relação triangular e o ordenamento jurídico brasileiro

Enfrentados os trabalhos de maior destaque, há de se concluir que a teoria triangular da relação jurídica permanece como a de maior adesão, apesar da teoria angular ter ganhado espaço com a ideia de eliminação da relação entre as partes, o que seria compatível com o papel exclusivo do Estado na resolução de conflitos, com direitos e deveres processuais de cada parte voltados para o juiz.

Dessa forma, pode-se dizer que a legislação brasileira também adotou a teoria da relação jurídica processual trilateral como paradigma, estabelecendo que o processo só se torna completo após a citação do réu, fechando a trilateralidade, como destaca Arruda Alvim:

Alguns autores não concordam que a relação jurídica processual seja trilateral. Nossa lei, contudo, adotou essa posição, pois, no art. 219, estabelece que a citação válida (quando o réu, normalmente, toma conhecimento da ação que lhe foi proposta) torna prevento o juízo, induz litispendência e faz a coisa litigiosa, e, mesmo se ordenada por juiz (*rectius*, juízo) incompetente, constitui o devedor em mora e interrompe a prescrição.

[...]

À primeira vista, se a lei considera proposta a ação desde o despacho da petição inicial, parece que teria adotado posição de que a relação jurídica processual ou processo só se estabeleceria entre o autor e o juiz. Mas não é assim. Antes da citação, pelos próprios termos do art. 263, não há coisa litigiosa e, se esta não existe, não há processo em relação ao réu, nem se operam os outros efeitos, quanto ao réu, elencados no art. 219 (2006, p. 477).

Ainda que o posicionamento citado tenha sido desenvolvido sob a égide do Código

de Processo Civil de 1973, a mesma sistemática foi mantida no novo código, já que o conteúdo dos artigos citados foi reproduzido no novo diploma, bem como a redação dada ao artigo 238 foi expressa ao afirmar que a citação é o meio pelo qual o réu vai “integrar a relação processual”.

O mesmo se pode dizer quanto ao processo penal, ainda que o desenvolvimento dessa fórmula seja voltado ao processo civil. Prova disso é que o Código de Processo Penal, no artigo 363, também faz referência à necessária integração do réu para a formação processual.

Nesse sentido,

Pode-se definir atos de comunicação processual como aqueles atos processuais que possibilitam a formação da relação processual com a chamada do réu implementando a relação processual, possibilitando o seu andamento, através da ciência e comunicação de prática de atos no processo, assegurando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa.

[...]

Ato de comunicação por excelência, a citação se constitui no ato de chamamento do acusado para comparecer a juízo, passando a integrar a relação processual e, desta forma, constituir-se em ato vinculador do réu ao processo (POLASTRI, 2016, p. 916-917).

Ainda que se considere no momento da proposição da ação, o processo ganhe contornos angulares, já que apenas composto pela parte autora e o juízo, o fato é que a ação somente percorrerá o curso pretendido quando o terceiro demandado for chamado a integrar a relação, passando a interagir com os demais sujeitos processuais. É o que resta claro da leitura das principais normas processuais vigentes no país.

Dessa forma, os reflexos dessa opção teórica serão melhor analisados ao longo do trabalho, que tem como destaque a citação, ato de comunicação processual e elemento essencial para a integração do réu à demanda e a conformação da relação jurídica.

3 OS ATOS DE COMUNICAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA

Previsto no artigo 5º, LV³, da Constituição Federal, o princípio do contraditório consiste em uma das principais diretrizes do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que tange à defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos. Surge como uma das expressões do Estado Democrático de Direito ao contribuir na formação de regras claras para demandas judiciais e no sistema de controle de atuações arbitrárias dos poderes constituídos.

Historicamente, é considerado como um dos corolários do *due processo of law*, cuja origem remonta do século XIII pela Carta Magna, do monarca inglês João Sem Terra, que conferiu aos nobres ingleses a *law of the land*, que assegurava aos homens livres e proprietários de terras a inviolabilidade de seus direitos, que apenas poderiam ser suprimidos após o regular processamento baseado nas leis locais e previamente convencionadas.

Melhor esclarece Carlos Roberto Siqueira Castro:

Na tradução original a cláusula assegurava aos homens livres, notadamente aos barões vitoriosos e aos proprietários de terra (estate holder) a inviolabilidade de seus direitos relativos à vida, à liberdade e, sobretudo, à propriedade, que só poderiam ser suprimidos através da “lei da terra” (per pagem terrae ou law of the land). Tal significa dizer que esses direitos naturais assim elencados somente poderiam sofrer limitações segundo os procedimentos e por força do direito comumente aceito e sedimentado nos precedentes judiciais, ou seja, pelos princípios e costumes jurídicos consagrados pelo *commum law*. Muito embora a Magna Carta não tivesse utilizado a locução *due processo of law*, sabe-se que esta logo sucedeu, como sinônima, a expressão *law of the land* (2010, p. 7).

Tem origem, assim, a ideia de processo justo, que se expressaria em duas vertentes: a material e a substancial. Enquanto a primeira estabelece a regular observância do processo criado por lei para aplicação das sanções estabelecidas; a segunda consubstanciaria não só a ideia de processo legal, mas também de um processo justo e adequado, baseado na proteção alargada dos direitos

³ Art. 5º, LV, CF/1988 - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

fundamentais ao buscar um sistema equitativo, que incluiria o controle do órgão jurisdicional, além de salvaguardar os princípios da justiça (CANOTILHO, 2000, p. 494-495).

Influenciados pela máxima latina *audi alteram partem*, os ingleses, primitivamente, chamaram o contraditório de “*hear the other side*”, ressaltando o ponto característico de audiência do princípio em tela.

Com o passar do tempo, essas diretrizes foram se estendendo para outros territórios, chegando aos países americanos, inicialmente por meio dos colonos instalados nos Estados Unidos e, posteriormente, incorporadas à Constituição Americana de 1787, país onde os conceitos ganharam destaque e foram melhor desenvolvidos.

“Com efeito, através do fenômeno da ‘recepção’, o direito norte-americano foi o herdeiro direto dessa garantia constitucional, tendo o mérito de amá-la, criá-la e fazê-la florescer com inextinguível criatividade” (CASTRO, 2010, p. 8). Mesmo antes de incorporadas às 5ª e 14ª emendas à Constituição dos Estados Unidos, as cláusulas relativas ao *due process of law* (e dentre elas a do contraditório) já apareciam nas decisões da Suprema Corte e nas declarações de direitos das antigas colônias inglesas que formavam a federação norte-americana.

Já no Brasil, parte da doutrina aduz que o contraditório apareceu na Constituição de 1824⁴ (art. 179, VII e XI), ainda que de forma velada, todavia só foi introduzido de forma expressa na Constituição de 1891⁵ (art. 72, § 16), quando mencionado o direito à defesa, permanecendo no texto constitucional a partir de então.

Apesar de não ser uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, o contraditório

⁴ Art. 179, VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar.

XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fôrma por ella prescripta.

⁵ Art. 72, § 16 - Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ella, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas (redação original).

era restrito à instrução criminal, não havendo menção expressa a outras formas de alcance dessa garantia, no entanto a doutrina sempre defendeu a aplicação do princípio a todos os ramos do direito, mormente ao processo civil.

Somente com o novo texto legal, sob a tutela da Constituição Cidadã, apoiada sobre as bases de um Estado Democrático de Direito, essa garantia foi estendida oficialmente às demandas relacionadas aos procedimentos cíveis e administrativos e admitida como verdadeiro corolário do direito.

Tradicionalmente, o contraditório está vinculado à bilateralidade do processo, marcado pelo dever de conferir às partes a chance de se manifestar na ação, seja lançando fatos ou teses jurídicas, seja simplesmente rebatendo o argumento levantado pela parte oposta. Consubstancia-se no direito à informação e à reação das partes, num processo dialético no qual estas tomam ciência dos fatos e argumentos levantados nos autos e lhes é possibilitado contra-argumentar e provar suas alegações.

Nessa vertente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2014, p. 433) aduz que o “princípio do contraditório está intimamente vinculado a uma concepção formal do processo, em que o juiz assumiria uma posição essencialmente passiva”.

Destarte, o contraditório implica no direito de ser informado e ter conhecimento completo da demanda ou acusação e de todos os atos processuais a fim de que possa participar do processo ativamente. Concretiza-se na igualdade das partes, possibilitando a elas idênticas condições de produção de provas e contraprovas.

Desdobra-se o contraditório, em síntese, na existência da *informação* e na possibilidade de *reação*. A falta de prévia e integral ciência da acusação macula de nulidade absoluta o processo penal, pois que, sem plenitude. A deficiência ou inépcia da denúncia formulada pelo Ministério Público abre o flanco para a imperfeição da defesa, o que não tolera a ordem constitucional (CASTRO, 2010, p. 280-281).

A partir dessa concepção, tem-se que o contraditório não se liga necessariamente à defesa, mas na possibilidade aberta a ambas as partes de influir sobre o desenvolvimento e o resultado da ação. O direito de participação (que cabe ao autor

através dos poderes inerentes à ação e, ao réu, da defesa) está firmado na ideia que decorre da própria democracia, da legitimação do poder mediante a participação dos sujeitos processuais. Assim, engana-se aquele que dá maior intensidade ao princípio quando se fala em réu ou demandado (MARINONI, 2007, p. 270).

Nas palavras de Willis Santiago Guerra Filho (1998, p. 15),

Daí podermos afirmar que não há processo sem respeito efetivo do contraditório, o que nos faz associar o princípio a um princípio informativo, precisamente aquele político, que garante a plenitude do acesso ao Judiciário. Importante, também, é perceber no princípio do contraditório mais do que um princípio (objetivo) de organização do processo judicial ou administrativo – e, logo, um princípio de organização de um instrumento de atuação do Estado, ou seja, um princípio de organização do Estado. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se poder falar, com propriedade, em direito ao contraditório, ou *Anspruch auf rechtliches Gehör*, como fazem os alemães.

Por outro lado, sob uma visão contemporânea do tema, o contraditório evolui para uma concepção tridimensional, na qual os direitos de informação e reação são complementados pelo direito à influência, isto é, as manifestações das partes devem ser capazes de influenciar de forma ativa e efetiva a formação das decisões judiciais.

Assim, não bastaria a possibilidade de se manifestar nos autos, é resguardado aos litigantes o poder de influenciar na decisão judicial, que deverá considerar os argumentos trazidos pelos sujeitos processuais, ainda que para afastá-los.

Igualmente, as decisões judiciais não poderão conter tese inovadora sem prévia comunicação e oitiva dos interessados, que não devem ser surpreendidos por questões não debatidas previamente.

Na visão atual, o direito fundamental do contraditório situa-se para além da simples informação e possibilidade de reação, conceituando-se de forma mais ampla na outorga de poderes para que as partes participem no desenvolvimento e no resultado do processo, da forma mais paritária possível, influenciando de modo ativo e efetivo a formação dos pronunciamentos jurisdicionais. Este último elemento não se circunscreve ao ato que resolve a controvérsia, mas compreende todas as decisões do órgão judicial, digam respeito ao mérito da controvérsia, às chamadas condições da ação, aos pressupostos processuais ou à prova. Estende-se, ademais, à matéria fática ou de puro direito, e em qualquer fase do

processo (conhecimento, execução ou de urgência), abrangendo também a fase recursal, em qualquer grau de jurisdição ou no âmbito de recurso especial ou extraordinário (OLIVEIRA, 2014, p. 433).

Hodiernamente, o contraditório passa a agregar a figura do juízo como parte integrante da ação, deixando o comportamento passivo e atuando ativamente na demanda, viabilizando a participação das partes na construção da decisão judicial a partir de contribuição com a tese jurídica que orientará a solução do litígio. “Permite-se o efetivo direito de contribuição para a decisão, visto que aos litigantes é garantido o direito à informação, à reação e ao diálogo - pedir, alegar, provar” (DINAMARCO, 2000, p. 519).

Hermes Zaneti Júnior (2007, p. 191) confirma esse entendimento ao dizer que:

[...]é justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a “máxima cooperação” [...]. O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate.

O princípio não admite exceções, ainda que eventualmente possa ser mitigado ou diferido. Mesmo nos casos de urgência, quando o juiz precisa agir sem prévia oitiva de uma das partes, a fim de afastar o *periculum in mora*, o direito do demandado poderá ser exercido sucessivamente à atividade processual, de forma plena (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 59).

Com efeito, ainda que configure uma garantia fundamental e indispensável, não se pode dizer que o direito à participação é ilimitado. Normalmente, os graus de atuação variam conforme o direito material envolvido, o que determinará o ônus de eventual omissão e o procedimento previamente estabelecido a ser seguido.

Portanto, a restrição da possibilidade de discussão não implica, por si só, em lesão ao direito de participação. Ao contrário, admitir que o processo seja congestionado por questões múltiplas, sem nenhuma conexão com a tutela jurisdicional pretendida e seus pressupostos, é que impede que a jurisdição seja exercida de modo a cumprir com a sua missão diante do direito material (MARINONI, 2007, p. 272).

No processo civil, uma dessas limitações se encontra na distribuição estática do ônus da prova (art. 373⁶, do CPC/2015), que organiza o direito de participação das partes na instrução processual dentro do rito ordinário previamente estabelecido pelo legislador, o poder do juiz de indeferir provas que entende como desnecessárias ao processo (art. 443⁷, CPC/2015), bem como por outros institutos processuais como a preclusão, quando a parte perde a oportunidade de se manifestar em razão do decurso de algum prazo.

Já no processo penal, por ser um dos princípios mais influentes e envolver o direito à liberdade dos indivíduos, qualquer forma de constrição pode levar à nulidade absoluta da ação penal quando constatado prejuízo à defesa, motivo pelo qual é sempre oportunizado ao réu manifestar-se nos autos, desde que não configurada a má-fé. É tido como pedra fundamental da ação penal, representando a defesa do interesse público na realização de um processo justo.

Desta feita, partindo-se da mensagem traduzida pelo contraditório, vislumbra-se a presença de outro princípio constitucional intimamente ligado ao exercício do primeiro postulado, o conhecido princípio da ampla defesa. Não por acaso, eles se encontram no mesmo dispositivo constitucional, já que o respeito ao contraditório é fundamental para que as partes possam exercer com plenitude os atos inerentes à defesa.

Porém, não se pode afirmar que os dois princípios se confundem. Enquanto o contraditório é a expressão técnico-jurídica do direito à ciência e comunicação, a ampla defesa é a garantia efetiva dos meios de participação, o poder de impugnar. Tanto o réu quanto o autor têm direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo, podendo comprovar tudo quanto alegado, assegurando-se a ambos os sujeitos a prática de atos que atendam ao seu interesse e que sejam capazes de

⁶ Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

⁷ Art. 443. O juiz indeferirá a inquirição de testemunhas sobre fatos: I - já provados por documento ou confissão da parte;

II - que só por documento ou por exame pericial puderem ser provados.

influenciar o juízo, caso contrário o processo se torna ilegítimo. Por outro lado, a ampla defesa se relaciona diretamente com a figura do demandado e os meios processuais de impugnação.

É fácil perceber que o direito de defesa constitui um contraponto ao direito de ação. A jurisdição, para responder ao direito de ação, deve necessariamente atender ao direito de defesa. Isso pela simples razão de que o poder, para ser exercido de forma legítima, depende da participação dos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão. É a participação das partes na formação da decisão que confere legitimidade ao exercício da jurisdição. Sem a efetividade do direito de defesa, portanto, estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional (MARINONI, 2007, p. 312).

Desse modo, a ideia de direito de defesa é extraída do significado do contraditório: compreende as noções de alegação e demonstração, inseparavelmente. Para exercê-la de forma satisfatória, é indispensável o direito de ser informado sobre todos os atos processuais, um resultado natural do princípio do Estado de Direito, que, ao possibilitar aos cidadãos a tomada de decisão, obriga-se ao dever de informar, tanto sobre os direitos em questão sobre suas eventuais restrições (CARVALHO, 2006, p.142).

Para Uadi Lammego Bulos (2015, p. 696),

Princípio da ampla defesa é o que fornece aos acusados em geral o amparo necessário para que levem ao processo civil, criminal ou administrativo os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou, se for o caso, facultá-lhes calar-se, não produzindo provas contra si mesmos.

Incluído no rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da ampla defesa não se trata de dispositivo meramente programático, mas de observância obrigatória e imediata. Os termos do próprio texto legal resguardam aos indivíduos o uso dos “meios e recursos a ela inerentes”, deixando clara a imediata efetividade da norma.

Impende destacar que a palavra “recursos” deve ser compreendida sob a ótica extensiva, não se restringindo ao sentido processual de revisão ou controle de decisões judiciais, abarcando também a criação de mecanismos e técnicas processuais de forma variável para que a ampla defesa seja exercida a contento (BUENO, 2008, p. 113).

A própria leitura do texto constitucional deixa claro que a defesa de ser “ampla”, evitando-se assim que os magistrados ou leis infraconstitucionais lhe imponham obstáculos de forma irracional. Todavia, não se pode negar que, em certas situações, o direito de defesa pode ser postergado ou reduzido, conforme a natureza do direito sob litígio e desde que de forma motivada e proporcional. Como esclarece Marinoni (2007, p. 317), “os direitos de ação e de defesa têm de estar em equilíbrio, e não em simetria absoluta”.

O direito de defesa consubstancia-se em diversas formas, inclusive na fase pré-processual, com a criação de meios democráticos de resolução de conflitos ou mesmo de mecanismos adequados que propiciem o acesso à justiça. Já na via judicial, perpassa pelo direito de informação do teor da acusação ou pedido, de ação na demanda (como produção de provas), pela existência de prazo razoável para manifestação, pelo direito de não autoincriminação ou mesmo por formas de impugnação de decisões.

Ter ampla defesa não é, evidentemente, possuir uma possibilidade de defesa que supere o limite da dimensão de participação que se deve dar ao réu para que ele possa efetivamente influir sobre o juízo e evitar que a sua esfera jurídica seja invadida de forma não adequada ou necessária. Por ampla defesa se deve entender o conteúdo de defesa necessário para que o réu possa se opor à pretensão de tutela do direito (à sentença de procedência) e à utilização de meio executivo inadequado ou excessivamente gravoso (MARINONI, 2007, p. 316).

Na qualidade de garantia mínima dos indivíduos, a ampla defesa também é resguardada por tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*⁸, que disciplina:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer

⁸ Assinado em 22 de novembro de 1969, na cidade de *San José*, na Costa Rica, e ratificado pelo Brasil pelo Decreto nº 678/1992.

outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

O pacto, em pleno vigor no país, resguarda a todo acusado a possibilidade de ciência pessoal da acusação, ou seja, dos motivos que a subsidiam, de forma prévia e pormenorizada. Igualmente, garante o direito de autodefesa, exercido pessoalmente pelo acusado, englobando o direito de audiência, de presença, inclusive para confrontar testemunhas e eventuais vítimas, bem como de comunicação reservada com seu defensor.

As mesmas diretrizes já haviam sido postas globalmente pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966, constituindo um dos três instrumentos básicos da Carta Internacional de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, e também assinado e promulgado⁹ pelo Brasil em 1992.

⁹ Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

- a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;
- b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha;
- c) De ser julgado sem dilações indevidas;
- d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo;
- e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;
- f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;
- g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

Com efeito, os tratados instituem verdadeiras normas de cunho processual para a garantia de diversos direitos relacionado à ampla defesa, reforçando e subsidiando o já prescrito no texto constitucional. Da mesma forma, servem de norte para os Poderes Legislativo e Judiciário nacional ao criarem margens seguras na atuação desses entes, traçando limites mínimos de respeito aos direitos fundamentais.

Exemplo disso foi a declaração de incompatibilidade¹⁰ da prisão de depositário infiel

¹⁰ "Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica: de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua

com os textos relativos aos direitos humanos, porquanto, embora admitida no ordenamento jurídico nacional, estava em dissonância com as prescrições *Pacto de San José da Costa Rica*, motivo pelo qual foi determinado o efeito paralisante da norma infraconstitucional em questão, suspendendo sua aplicabilidade dado o controle de convencionalidade¹¹ exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante destacar, ainda, que o direito à defesa pode se manifestar de diversas formas no processo judicial, ora concretizado pela autodefesa, ora pela defesa técnica, que, apesar de complementares, não se confundem. São garantias que podem ser exercidas de forma independente, tanto que o patrono e o denunciado devem ser intimados da sentença (art. 392¹², CPP), prevalecendo a vontade daquele que desejar recorrer.

A autodefesa se manifesta judicialmente de três diferentes formas: no direito de ser ouvido, no direito de presença e no de postular pessoalmente. O primeiro sintetiza a

internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica' (art. 7º, 7), não há base legal para aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." ([RE 466343](#). Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, DJe de 5.6.2009).

¹¹Termo desenvolvido a partir do julgamento do RE 349703, que serviu como precedente para a edição da Súmula Vinculante 25, que trata da vedação à prisão por dívida do depositário infiel. Refere-se ao controle de normas infraconstitucionais tomando-se com base os tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem a observância do § 3º, art. 5º, da CF, mas com texto materialmente constitucional e aos quais foi creditado o caráter de norma supralegal.

¹² Art. 392. A intimação da sentença será feita:

I - ao réu, pessoalmente, se estiver preso;

II - ao réu, pessoalmente, ou ao defensor por ele constituído, quando se livrar solto, ou, sendo afiançável a infração, tiver prestado fiança;

III - ao defensor constituído pelo réu, se este, afiançável, ou não, a infração, expedido o mandado de prisão, não tiver sido encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

IV - mediante edital, nos casos do nº II, se o réu e o defensor que houver constituído não forem encontrados, e assim o certificar o oficial de justiça;

V - mediante edital, nos casos do nº III, se o defensor que o réu houver constituído também não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça;

VI - mediante edital, se o réu, não tendo constituído defensor, não for encontrado, e assim o certificar o oficial de justiça.

oportunidade de apresentar pessoalmente ao juízo a sua versão dos fatos; o segundo corresponde à possibilidade do defensor ou do próprio demandado acompanhar os atos de instrução do processo; e o terceiro, mais específico, o de demandar sem a necessidade de pessoa interposta nas ações de *habeas corpus* ou medidas no processo de execução (CAMPOS, 2015, p. 89).

Já a defesa técnica compreende a necessidade de profissional habilitado sob o aspecto técnico-jurídico, o que também pode ser exercido pelo acusado/demandado (defesa pessoal), caso este atenda aos requisitos de capacidade postulatória (GOMES; PIOVESAN, 2000, p. 212-213).

O direito à defesa consiste em expressão dos princípios da igualdade e da paridade das armas, já que garante ao réu a formação de ambiente capaz de lhe assegurar a maior extensão das garantias e de proteção aos direitos fundamentais, mesmo quando ausente, guarnecendo a presunção de inocência e a plenitude de defesa.

Como representação íntima do princípio da ampla defesa, é indisponível e irrenunciável, devendo ser oportunizado pelo juízo, sempre, o que não significa que a parte está obrigada a exercê-lo. Nas causas sob a égide do processo civil, não há dúvidas de que os litigantes podem deixar de usufruir tanto de seu direito de autodefesa quanto da defesa técnica.

Já nas causas afetas ao direito processual penal, apenas a autodefesa pode ser dispensada pelo acusado, que poderá fazer uso do direito ao silêncio e de não produzir provas contra si mesmo, o que não se pode dizer em relação à defesa técnica, que é imprescindível.

Prova disso é a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal na Súmula nº 523¹³, que esclarece que, no processo penal, a ausência de defesa constitui nulidade absoluta, bem como no fato de o próprio Código estabelecer que o

¹³ Súmula 523 do STF: “No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

juízo deverá nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso (art. 497¹⁴, V, CPP).

O Código de Processo Penal ainda traz menção expressa quanto à necessidade de defesa técnica, dispondo que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”, conforme disposto no artigo 261 do CPP. A legislação é insistente quanto à essencialidade de defesa técnica na esfera criminal, garantindo ao réu não só a presença de uma figura burocrática, como também a necessidade de representação técnica consistente dentro das possibilidades fáticas, tanto que, ainda no dispositivo legal citado, determina a necessidade de manifestação fundamentada quando a defesa técnica é realizada por defensor público ou dativo (parágrafo único do art. 261¹⁵, CPP), bem como a possibilidade de o réu nomear defensor de confiança em qualquer fase do processo (art. 263¹⁶, CPP).

Mas, como essas garantias se apresentam para as partes processuais?

Para o autor da demanda, o exercício de suas prerrogativas se dá pelo direito à ação, pois é por meio dela que seus fatos e argumentos serão levados a juízo, acompanhados pelas provas que lhe cabem ou mencionando as formas que pretende produzi-las com o objetivo de provar o direito alegado.

Já para o réu, o direito ao contraditório e à ampla defesa depende de sua integração ao processo, momento a partir do qual tomará ciência dos fatos e pedidos contra ele efetuados e as circunstâncias que os fundamentam, tornando-se apto a exercer a bilateralidade que se espera de uma ação judicial.

¹⁴ Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código:

V – nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor;

¹⁵ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada.

¹⁶ Art. 263. 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 defender-se, caso tenha habilitação.

O processo [...] é instituto essencialmente dialético. É por meio da colaboração das partes que o Estado-juiz poderá examinar os fatos postos à sua deliberação. Por isso, é inerente à ideia de processo a noção de contraditório, concebido pelo binômio conhecimento e reação. As partes envolvidas no processo devem sempre ter condição de saber o que nele se passa, podendo reagir de alguma forma aos atos nele praticados (MARINONI, 2008, p. 105).

É assim que a citação exerce o papel basilar na ação judicial, pois é a partir dela que ocorre a triangularização da relação processual e a formação completa do processo, proporcionando ao demandado o exercício de suas garantias constitucionais. Então, é evidente que ela é condição *sine qua non* de ciência para reação, já que é necessário que o denunciado conheça as alegações para que possa reagir, defendendo-se (POLASTRI, 2016, p. 922).

Logo, é notório que a comunicação dos atos processuais é indispensável ao exercício dos direitos fundamentais de qualquer cidadão que seja demandado judicialmente, já que é a partir dela que sua manifestação será viabilizada, sob os mais diversos aspectos. Essa comunicação consiste no instrumento processual inerente aos princípios ora relacionados.

Como bem define Cândido Rangel Dinamarco,

Comunicação processual é a transmissão de informações sobre os atos do processo às pessoas sobre cujas esferas de direito atuarão os efeitos deste, eventualmente acompanhadas do comando a ter uma conduta positiva ou uma abstenção. Ela é essencial à efetivação do princípio do contraditório, figurando como instrumentação técnico-processual da ciência dos atos do processo, que é inerente a este; contraditório é participação e, sem o conhecimento dos atos do adversário ou dos pronunciamentos do juiz, a parte não saberia quando reagir a eles (2004, p. 505).

Somente após ser comunicado é que o réu passa a ser oficialmente parte da relação jurídica, e é através das comunicações judiciais que ele é chamado a se manifestar nos autos, daí ser fundamental a existência e a higidez desses atos. Como bem concluem Cintra, Grinover e Dinamarco:

Os direitos processuais do réu têm origem no seu chamamento a juízo e consequente inserção no processo, de estrutura bilateral e dialética. E ao direito ao provimento jurisdicional, formulado pelo autor, corresponde o direito a que o provimento jurisdicional também aprecie os fatos excepcionados. O autor é quem pede; e o réu simplesmente quem “impede”

(resiste) (2005, p. 281).

Com efeito, em razão do seu papel fundamental para a lisura da ação, os atos de comunicação processual devem observar os procedimentos definidos em lei para garantirem sua validade, evitarem nulidades processuais e o inevitável retorno da marcha processual, contaminada por vícios que violam princípios constitucionais. Sem eles, carece à parte o direito de apresentar a antítese à tese apresentada na inicial, comprometendo a atividade jurisdicional de forma insanável.

Ademais, é importante lembrar que, no processo penal, o contraditório e a ampla defesa são essenciais para resguardar um terceiro feixe de garantias do devido processo legal – a presunção de inocência¹⁷, que assegura aos acusados, até a condenação definitiva com trânsito em julgado, a qualidade de inocente.

Como bem resume Carlos Roberto Siqueira Castro,

Todo esse feixe de tutela do contraditório e da ampla defesa faz da sequência predeterminada pela codificação processual penal, cuja regularidade a cláusula *due process of law* visa a garantir, uma receita formal de justiça, tido como requisito indispensável para que se possa chegar à justiça “substantiva” ou “meritória” na prestação da jurisdição criminal. Tornou-se sentimento geral dos povos cultos e do próprio regime democrático que a preterição do contraditório, o cerceamento de defesa e, ainda, a procrastinação irrazoável do processo penal importa em odiosa “denegação de justiça” (2010, p. 286).

Pelas razões expostas, os atos de comunicação processual são de fundamental importância para o andamento e a higidez do processo, essencialmente quando se fala em citação, ato inaugural da participação do réu e fundamental para a sua internalização na demanda e viabilizador do exercício do contraditório e da ampla defesa.

3.1 Atos de Comunicação Processual em Espécie

A comunicação dos atos processuais pode se dar de diversas formas ou fins, como

¹⁷ Art. 5º, LVII, da CF - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

para formação da relação jurídica ou mesmo com o objetivo de concretizar a interação entre as partes e o juízo ao longo do curso da demanda.

Apesar da legislação brasileira não ser uniforme ao estabelecer as modalidades e os conceitos das formas nas quais os atos de comunicação se concretizam, muitas vezes utilizando genericamente os termos existentes sem apego à técnica, isso está longe de reduzir a importância dessas modalidades para a formação e o bom andamento do processo.

Ainda que pertencentes ao gênero “comunicação dos atos processuais”, notificação, intimação e citação são institutos distintos, com diferentes finalidades e consequências. Contudo, o mais importante é que são todos instrumentos a serviço da eficácia dos direitos fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Não se pode mais pensar a comunicação dos atos processuais de forma desconectada do contraditório, na medida em que, como explicamos anteriormente, é ele o direito de ser informado de todos os atos desenvolvidos no *inter procedimental* (LOPES JR, 2013, p. 740).

A doutrina brasileira divide as formas de comunicação dos atos processuais em três modalidades: intimação, notificação e citação, que serão estudadas de maneira individualizada nesse trabalho. Entretanto, adianta-se que a citação é a principal delas, posto que é o meio de integração processual do demandado e sem o qual não é possível constituir a relação jurídica processual.

3.1.1 Intimação

A legislação não é precisa ao definir e utilizar os conceitos dos atos de comunicação processual, especialmente no que tange à tarefa de diferenciar intimação e notificação, muitas vezes usando os vocábulos como sinônimos.

Tanto o Código de Processo Civil quanto o de Processo Penal subdividem as formas de comunicação dos atos processuais apenas em citações e intimações, as quais englobariam o conceito de notificação.

Enquanto o primeiro código limita-se a afirmar que “intimação é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”, o segundo dispõe que “nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar

conhecimento de qualquer ato”, será observado o disposto no capítulo das citações.

Porém, em apreço à técnica, a doutrina é mais precisa ao tratar dos conceitos em voga. Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2012, p. 703), “intimação pressupõe fato processual já consumado e cuja ciência do interessado é reclamada para o fito de serem produzidos validamente seus efeitos legais”.

Trata-se de comunicação de ato pretérito, ou seja, aquele já praticado pelo juízo, que comunicará às partes quando processado. Nota-se aqui a existência de um marco temporal determinante para a aplicação do conceito de intimação, que se destinaria a atos já consumados.

Quanto à forma, frisa-se que a intimação do Ministério Público, da Defensoria Pública e do defensor dativo deve ser sempre pessoal (art. 370, § 4º¹⁸, CPP), dada a peculiaridade das atividades praticadas por esses agentes, sendo vedada a intimação via imprensa oficial.

Por outro lado, o código dispensa a intimação pessoal do defensor constituído, admitindo como regra a comunicação via publicação (art. 370, § 1º¹⁹, CPP). A legislação excepciona essa regra apenas para os casos em que a comarca do juízo comunicante não seja abrangida por órgão de comunicação oficial, realizando-a via mandado a ser cumprido por oficial de justiça (art. 370, § 2º²⁰, CPP).

Ao contrário do que previsto para a citação, a legislação não prevê a possibilidade de intimações por meio de edital, partindo-se do princípio de que as partes, uma vez integradas na relação jurídica processual, devam manter seus dados atualizados para fins de comunicação. Em que pese essa ausência de normatização, parte da doutrina defende essa possibilidade, desde que preenchidos os requisitos legais, já

¹⁸ Art. 370, § 4º A intimação do Ministério Público e do defensor nomeado será pessoal.

¹⁹ Art. 370, § 1º A intimação do defensor constituído, do advogado do querelante e do assistente far-se-á por publicação no órgão incumbido da publicidade dos atos judiciais da comarca, incluindo, sob pena de nulidade, o nome do acusado.

²⁰ Art. 370, § 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.

que é inegável que em certas situações a localização das partes é impossível (MARINONI; ARENHART, 2008, p. 116).

Há ainda que se lembrar a possibilidade aberta pela Lei nº 11.419/2006, que, ao regulamentar o processo eletrônico, institui a possibilidade de se realizar a comunicação de atos processuais por meios digitais nos processos civil, penal, trabalhista, bem como nos juizados especiais, admitindo que a publicação eletrônica, a ser realizada na forma do artigo 4^o²¹ da citada lei, substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal.

3.1.2 Notificação

Por sua vez, a notificação é conceituada como a ciência dada ao interessado de ato a ser praticado pelo juízo e que comporte algum dever ou ônus conferido à parte litigante, a fim de que esse possa adotar algum comportamento positivo ou mesmo comparecer a certo ato processual. Consiste na informação às partes sobre algum ato que ainda será processado e do qual os interessados poderão participar ou intervir.

Já para Aury Lopes Júnior,

Notificação é a comunicação da existência de uma acusação, gerando a chance (no léxico goldschmidtiano) de oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia. O art. 55 da lei 11.343 estabelece que, oferecida a denúncia, “o juiz ordenará a notificação do acusado para oferecer defesa prévia, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias”. No mesmo sentido, o art. 514 do CPP determina, no rito dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, que o juiz “ordenará a notificação do acusado, para responder por escrito, dentro do prazo de 15 (quinze) dias” (2013, p. 769-770).

Ao contrário das intimações, aqui o marco temporal corresponde a ato futuro, aquele que ainda será realizado pelo juízo e no qual as partes têm algum interesse no seu

²¹ Art. 4^o Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.

resultado. Em que pese essa diferença teórica, os principais códigos não distinguem os dois conceitos, incluindo-os, via de regra, no conceito de intimação, independente da natureza da comunicação a ser realizada.

No ponto, o mesmo pode-se dizer quanto à possibilidade de realização via meios eletrônicos, por expressa determinação legal, porquanto a lei que disciplina o tema estabelece, em seu artigo 9º e parágrafo único da Lei nº 11.419/2006, que

[...]no processo eletrônico, todas as citações, intimações e notificações, inclusive da Fazenda Pública, serão feitas por meio eletrônico, na forma desta Lei. As citações, intimações, notificações e remessas que viabilizem o acesso à íntegra do processo correspondente serão consideradas vista pessoal do interessado para todos os efeitos legais.

3.1.3 Citação

Compreendida como o principal ato de comunicação processual por promover a triangularização da relação jurídica, a citação integra o demandado ao processo e possibilita que ele exerça seus direitos como um dos protagonistas da ação. É o ato que inaugura a participação do demandado que, só a partir de então, terá ciência da imputação dos elementos de investigação e de todo o teor do procedimento, agora já como “acusado”, e assim poderá reagir.

Enquanto o Código de Processo Civil conceitua a citação como “ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual” (art. 238, CPC), o Código de Processo Penal não dispensa verbetes para delinear o conceito. Todavia, não há dúvidas de que consiste em elemento fundamental à existência do processo, pelo menos no que tange ao réu, viabilizando a realização da jurisdição.

Em termos gerais, a doutrina a define como o ato processual de comunicação do sujeito passivo sobre a relação jurídica processual de que em face dele foi proposta a fim de que possa, querendo, vir a defender-se ou a manifestar-se (DIDIER, 2008, p. 453).

Via de regra, a natureza jurídica da citação é definida como um pressuposto processual de existência, ao menos no que tange à ótica do demandado, identificados como aqueles necessários para a formação da relação jurídica processual, dentre os quais se destacam o pedido, as partes e órgão jurisdicional.

Ressalta-se que, para que o processo se forme, é necessário que alguém apresente uma demanda ao Estado-juiz, requerendo o objeto litigioso ou uma prestação, motivo pelo qual Marinoni (2007, p. 480) acrescenta a necessidade de citação do réu como requisito de existência do processo, sob pena de a relação jurídica ficar restrita ao autor e ao juízo.

Entretanto, a inclusão da citação entre os pressupostos de existência do processo não é unânime entre os estudiosos do Direito, pois alguns juristas consideram que a relação jurídica já existe quando o autor ingressa com a demanda, provocando o Estado a se manifestar sobre o caso, sendo necessária a citação apenas para a triangulação da ação, o que não quer dizer que ela não exista.

Nesse sentido é a lição de Fredie Didier Júnior (2008, p. 463-464), para quem a citação não é pressuposto processual de existência, mas condição de eficácia do processo em relação ao réu e requisito de validade dos atos processuais. Afirma o autor que a citação é um ato que se dá no bojo do processo, mas é posterior a ele, portanto não pode ser considerada com o pressuposto de sua existência. Prova disso é que a sentença proferida sem citação do réu, mas favorável a ele, não é inválida, nem ineficaz, dada a ausência de prejuízo.

Essa corrente também encontra adeptos no âmbito do processo penal, e baseia-se na possibilidade legal de o magistrado proferir decisões, seja de recebimento ou não da denúncia, ou até mesmo da declaração de alguma causa evidente de extinção da punibilidade, antes mesmo de o demandado integrar a ação.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira afirma que ainda que

[...] incompleta a relação processual ou incompleto o processo (art. 363, CPP), já que o acusado sequer teria sido chamado em juízo, é bem de ver

que, inegavelmente, teria existido o processo, a menos que se queria admitir manifestações do Poder Judiciário, e com eficácia preclusiva, fora do processo judiciário (2014, p. 120).

Por outro lado, Tereza Arruda A. Wambier é no sentido de que a citação é sim pressuposto processual de existência, e a citação válida pressuposto de validade, aduzindo que

Deve-se ter em conta que o processo é relação jurídica que se forma gradualmente e, embora possa ter se formado entre autor e juiz, não haverá processo em relação ao réu enquanto este não for citado. Ademais, conforme sublinharemos em espaço próprio, adiante, a inexistência jurídica não se confunde com a inexistência fática. Portanto, o fato de se praticarem atos não significa que o contexto em que tenham sido praticados seja juridicamente qualificável como sendo um processo! – relação jurídica trilateral, que se desenvolve no tempo, cuja vocação é a de gerar sentença de mérito (1997, p. 53).

No ponto, Cassio Scapinella Bueno esclarece que, por garantir a ampla defesa e o contraditório, é difícil negar à citação a categoria de pressuposto processual de existência, contudo afirma que o processo moderno não exige soluções rígidas. Dessa forma, se os princípios constitucionais tutelados foram resguardados por outros meios, não há por que recusar a existência jurídica de um processo jurisdicional, logo a citação não deve ser considerada como pressuposto de existência sem ressalvas.

A citação do réu só pode ser entendida como pressuposto de existência do exercício da função jurisdicional em relação a ele. Para ele, réu, o processo terá existência jurídica na medida em que ele seja citado, isto é, vale a ênfase, convocado (formalmente) para participar da formação da convicção do juiz e dos atos destinados a concretizar o reconhecimento do direito. Antes disso, a existência do processo é potencial. Ele existe, mas apenas em relação ao autor (quem provoca o exercício da função jurisdicional) e o Estado-juiz. A doutrina tradicional, a este propósito, costuma se referir usualmente à necessidade da citação para “triangularização” do processo (BUENO, 2008, p. 404-406).

Discussões teóricas à parte, pode-se dizer que a citação é, de forma unânime, considerada como ato formal de ingresso do réu/demandado na ação, oportunizando-lhe a manifestação nos autos. “Trata-se de comunicação ao réu da existência de uma acusação, dando-lhe assim a ‘informação’ que caracteriza o primeiro momento do contraditório” (LOPES JR, 2013, p. 742).

Essa característica é expressa nos dispositivos legais que regem o tema nos diversos âmbitos de aplicação do Direito, como se vê abaixo:

Art. 213, CPC/1973. Citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou o interessado a fim de se defender.

[...]

Art. 238, CPC/2015. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

[...]

Art. 363, CPP. O processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado.

Tem como seus principais efeitos (i) tornar prevento o juízo, o que implica na fixação de competência, quando existir mais de juízo com igual atribuição; (ii) induzir litispendência, inibindo a coexistência de ações idênticas; (iii) tornar a coisa litigiosa, isto é, vincula o bem jurídico ao processo; (iv) constitui o devedor em mora; e (v) interrompe a prescrição.

Tais efeitos, embora diretamente estabelecidos para o processo civil, também são observados no processo penal, com as devidas adaptações, especialmente no que toca à prescrição, que na esfera penal é interrompida com o recebimento da denúncia, independente da citação válida.

A legislação regulamenta a citação em diversas formas, dentre elas destacamos a citação postal, por mandado ou pessoal, por edital, com hora certa, e a eletrônica.

A citação postal é a regra geral no processo civil, sendo normalmente encaminhada com aviso de recebimento, acompanhada pela petição inicial e as advertências sobre eventual omissão e prazo para resposta. Não é admitida no processo penal, onde se busca a segurança de que o réu teve ciência pessoal do quanto processado, prova disso é que o oficial deverá certificar a realização e o resultado da diligência.

Por esses motivos, a citação por mandado é a regra na ação penal, já que prioriza a citação pessoal do acusado, realizada por servidor competente, o qual lerá o mandado ao citando, entregar-lhe-á a contrafé da inicial e lavrará a certidão correspondente ao ato.

A citação por mandado é a regra geral do Código de Processo Penal, que é excepcionada pelas disposições concernentes à citação do militar (art. 358, CPP) e à citação levada a efeito em legação estrangeira (artigos 352, 368 e 369, CPP). A citação por mandado é realizada pelo oficial de justiça, não havendo previsão para que se dê através do escrivão ou do diretor de secretaria (TÁVORA; ALENCAR, 2012, p. 695).

O mandado de citação indicará o nome do juiz, do querelante (nas ações iniciadas por queixa) e do réu; sendo ele desconhecido, os seus sinais característicos. Também constará o endereço de residência do citando, se for conhecido, o fim para que é feita a citação, juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá apresentar sua defesa ou comparecer, além de estar o mandado subscrito pelo escrivão e rubricado pelo juiz.

Vale lembrar que o Código de Processo Penal não traz restrições quanto ao local e horário de cumprimento da ordem judicial, dada relevância desse ato de comunicação, diferente do que ocorre no processo civil. A maior exigência imposta pelo CPP diz respeito à obrigatoriedade de o meirinho colher a declaração do réu sobre a necessidade ou não de intimação da Defensoria Pública para patrocinar a defesa no caso.

A regra da citação pessoal apresenta peculiaridades nos casos em que o denunciado é militar ou funcionário público. Para os militares, é necessária a comunicação mediante requisição a seu superior hierárquico (art. 358²², do CPP), isto porque o regime jurídico dos militares é marcado pela rigidez e subordinação, exigindo-se ciência da autoridade superior da necessidade de comparecimento do militar em juízo, não implicando com isso em infração disciplinar. O mesmo se pode dizer do servidor público que, mesmo citado pessoalmente, tem como requisito a

²² Art. 358. A citação do militar far-se-á por intermédio do chefe do respectivo serviço.

notificação do chefe da repartição na qual está lotado (art. 359²³, do CPP), viabilizando-se sua presença em juízo.

Vale lembrar que parte da doutrina defende que a notificação dos superiores não terá a mesma riqueza de detalhes que a citação pessoal dos denunciados, pois visam apenas a confirmação da presença do denunciado em audiência, não devendo servir de motivo para constrangimentos desnecessários no local de trabalho.

Assim, em nome do direito ao respeito a sua dignidade, imagem e vida privada, poderá o réu peticionar previamente ao juiz para que seja feita apenas sua citação, sem a comunicação ao chefe da repartição ou instituição militar. Claro! Nesse momento, está ele assumindo a responsabilidade de comparecimento ao ato, não podendo depois alegar o defeito processual por falta de comunicação ao chefe (LOPES JR, 2013, p. 745).

Já no processo civil, a citação pessoal tem espaço nas ações de estado, quando for réu pessoa incapaz, pessoa de direito público, nos processos de execução, quando o réu residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência ou quando não for possível a citação por correspondência. O código restringe a realização do ato quando o citando estiver participando de ato de culto religioso, até sete dias após o falecimento de parente, nos três primeiros dias seguintes ao casamento e no caso de doença grave, salvo para evitar o perecimento do direito.

A legislação também traz solução para os casos em que os citandos não residam na mesma comarca ou subseção onde o processo tem andamento. Quando o réu a ser citado tiver domicílio em outra localidade do país, deverá ser citado via carta precatória (art. 353²⁴, do CPP), que terá caráter itinerante, ou seja, poderá ser redirecionada a outro juízo do que aquele deprecado, quando verificada a existência de endereço diferente daquele inicialmente considerado.

Para os casos em que o réu sabidamente reside no exterior, a citação será

²³ Art. 359. O dia designado para funcionário público comparecer em juízo, como acusado, será notificado assim a ele como ao chefe de sua repartição.

²⁴ Art. 353. Quando o réu estiver fora do território da jurisdição do juiz processante, será citado mediante precatória.

viabilizada via carta rogatória (art. 368²⁵, CPP), que terá o condão de suspender o prazo prescricional até o seu cumprimento. Se, mesmo ante essas alternativas, o réu não for encontrado, a citação far-se-á via edital, como se verá adiante.

Há, ainda, a possibilidade de citação via carta de ordem, quando caberá ao juízo de primeira instância o cumprimento de mandado citatório expedido por Tribunal hierarquicamente superior atuando no exercício de sua competência originária.

Por sua vez, a citação com hora certa²⁶ é modalidade de citação originária do processo civil estendida ao processo penal em 2008. É um tipo de notificação ficta aplicável aos casos em que o citando, procurado por duas vezes em dias distintos, se oculta para evitar ou postergar a ação a qual deve responder.

Nesses casos, justificada a situação pelo meirinho em certidão pormenorizada, na última tentativa de localização, aquele comunicará a um vizinho ou pessoa da família o seu retorno em dia e horário marcados, quando o citando deverá permanecer à espera do servidor para a conclusão do ato, caso contrário será considerado automaticamente citado.

Conclui-se com a remessa de uma correspondência oficial para a residência do demandado, informando-o sobre a citação, etapa necessária à conclusão do ato, porém não suficiente para caracterizar a citação com hora certa em citação postal, procedimento não admitido no processo penal.

Ao contrário do que ocorre na citação por hora certa, a citação por edital, também classificada como ficta, ocorre nos casos em que o réu estiver em lugar incerto ou inacessível, ou no caso de demandados desconhecidos ou indeterminados.

Certificando o oficial justiça da não localização do réu e demonstrada nos autos a

²⁵ Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.

²⁶ O novo Código de Processo Civil alterou o trâmite da citação por hora certa, reduzindo para duas tentativas de localização do acusado para a formalização dessa modalidade de citação (art. 252, CPC/2015).

inexistência de outro endereço no qual o réu possa ser encontrado, a citação editalícia será determinada pelo juízo, que lançará o edital de citação, comportando o nome do juiz competente, do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo, o fim para que é feita a citação, o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer e o prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação em local público.

O prazo fixado pelo juiz deve ser de 15 (quinze) dias para apresentação, sendo o edital afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação (art. 361²⁷ e parágrafo único do art. 365²⁸, CPP).

Por se tratar de mera ficção, na ação penal, após a publicação do edital e o não comparecimento do réu, haverá a nomeação de defensor dativo para a apresentação de resposta à acusação e posterior suspensão do processo (art. 366²⁹, CPP), tendo em vista a ausência de prova da cientificação pessoal.

Desse modo, é imprescindível que os agentes processuais depreendam todos os esforços possíveis para a localização pessoal do denunciado, diligenciando nos mais diversos bancos de dados aos quais tenham acesso, inclusive levantando a possibilidade de o réu encontrar-se preso em estabelecimento penitenciário no local de competência do tribunal processante, nos termos da Súmula nº 351³⁰ do Supremo Tribunal Federal.

²⁷ Art. 361. Se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias.

²⁸ Art. 365, parágrafo único. O edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação.

²⁹ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

³⁰ Súmula 351, STF: É nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição.

Por fim, considerando a excepcionalidade da citação por edital, deve sempre ser providenciada a publicação na imprensa e sua afixação no átrio do foro. Após, deve ser certificada a afixação no foro e juntando o exemplar do jornal, onde constem as páginas e a data de publicação (art. 365, parágrafo único). A falta de um deles conduz ao defeito processual da citação (LOPES JR, 2013, p. 748).

Procedimento similar se dará no processo civil, onde ao demandado será nomeado curador especial, que exercerá os atos de defesa, diferenciando-se quanto aos efeitos pertinentes à suspensão da ação e do prazo prescricional.

Por fim, a citação eletrônica, criada pela Lei nº 11.419/2006, tem por objetivo o uso de meios informáticos para a citação do réu e a disponibilização da íntegra da inicial através de uma chave digital. No entanto, essa modalidade de citação ainda não encontra adesão no Poder Judiciário, ao contrário das intimações, que já são amplamente aceitas onde há processo eletrônico implantado.

Destaca-se aqui a ressalva trazida pelo art. 6º³¹ da citada lei, que é expressa ao estabelecer que a citação eletrônica não é cabível nos processos criminal e de ato infracional em decorrência da natureza dos direitos tutelados e da necessidade da comunicação pessoal na ação penal, prerrogativa garantida em lei e diversos tratados internacionais.

Outras formas digitais de realizar a citação, como correio eletrônico, redes sociais ou aplicativos de troca de mensagens, tampouco encontram respaldo no processo penal, ainda que o dispositivo apresente sistema de confirmação de visualização, por violarem o direito à citação pessoal.

Independente da modalidade de citação admitida, não há dúvidas de que essa consiste em elemento fundamental ao processo, por promover a integralização o demandado na relação jurídica, pois faculta a “formação da relação processual com a chamada do réu implementando a relação processual, possibilitando seu andamento, através de ciência e comunicação de prática de atos do processo,

³¹ Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando.

assegurando-se, assim, o contraditório e a ampla defesa” (POLASTRI, 2016, p.916-917).

Em decorrência desse papel determinante na concretização das garantias constitucionais, há que se concluir que eventual falha ou ausência de citação pode implicar em graves prejuízos aos demandados, motivo pelo qual, constatada a existência de ato defeituoso, consequências jurídicas advirão e, em especial, nulidades ou até inexistência, conforme a posição que se adote.

Os Códigos de Processo Penal e Processo Civil disciplinam o sistema de nulidades de formas distintas. Nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 351)

O primeiro deles, desatualizado perante a ciência processual, procura adotar o segundo dos sistemas acima [taxatividade], fornecendo um elenco dos atos e termos substanciais, numa casuística e rigidez que contradizem toda teoria moderna da nulidade (CPP, art. 564); não previu o legislador a sua própria falibilidade, acreditando ser capaz de prever todas imperfeições que podem levar o processo por caminhos inconvenientes.

O Código de Processo Civil, seguindo o caminho das melhores codificações modernas, abstrai-se de compor um elenco pretensamente completo dos casos de nulidade; [...]

A fim de corrigir a deficiência apresentada na esfera penal, os próprios autores afirmam que a “doutrina e a jurisprudência modernas remontam frequentemente às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório para a identificação de nulidades não expressamente cominadas” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 351-352).

Logo, a doutrina, mesmo aquela dedicada ao processo penal, passou a classificar a intensidade da irregularidade (absoluta ou relativa) apresentada pelo ato conforme o prejuízo por ela causado, podendo os atos irregulares ser anulados ou até mesmo considerados como inexistentes, no caso de ausência de elemento considerado como essencial para sua concretização.

No que tange à citação, eventual falha poderá ser sanada pelo comparecimento espontâneo do réu. Contudo, para parte da doutrina, a ausência ou irregularidade

que implique no não comparecimento dele gera uma das consequências mais graves no direito: a inexistência do ato e aqueles subsequentes, isto é, tornando-a incapaz de produzir qualquer efeito.

Como já se viu, a diferença entre existência, nulidade e anulabilidade, sob um certo prisma, consiste numa gradação. Entretanto, no que diz respeito especificamente à citação, a eficácia, no sentido de produção efetiva de efeitos, é o critério para delimitar os contornos das áreas da nulidade e da inexistência. Assim, a citação nula, somada à revelia, deixará de ser nula, para ser inexistente: nesse sentido, deve considerar-se inexistente a citação nula somada à revelia. (WAMBIER, 1997, p. 272)

Destarte, a citação, por ser ato fundamental do juízo, deve ser inequívoca. Caso esteja viciada, implicando na ausência do demandado e impossibilitando a formação da relação jurídica processual, essa será considerada como inexistente, ao menos em relação ao réu. Portanto, qualquer decisão exarada a partir dela também será ignorada pelo sistema jurídico, não estando apta à formação de qualquer efeito, dentre eles o da coisa julgada.

Como bem observado por Enrico Tullio Liebman

[...] a razão é que a falta de citação inicial infringe de tal modo os supremos princípios do processo, ofende tão profundamente o direito reconhecido a todo cidadão de defender-se perante o juiz que vai julgá-lo, que torna radicalmente nulo, juridicamente inexistente o processo, igualmente nula e inexistente, a sentença proferida (2004, p. 121).

Já para o Código de Processo Penal, alimentando a divergência entre a classificação da citação como pressuposto de validade ou de existência, considera que inconsistências relacionadas à citação do réu são causas de nulidades (alínea “e”, inciso III, do art. 564³², CPP).

No ponto, parte da doutrina, ainda que defenda a tese de inexistência, considera como conveniente a adoção da tese de nulidade por parte da legislação, já que o ato juridicamente defeituoso poderá surtir efeito, se favorável ao réu, ao contrário da inexistência, que surtirá efeitos para ambas as partes, ainda que prejudicial à

³² Art. 564, III, e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

defesa, no caso de procedimento que lhe for favorável, mas não considerado pelo sistema jurídico.

[...] no processo penal, não só em virtude da disposição legal, é melhor considerar a hipótese como de nulidade, porque, se o processo for dado como inexistente, poderá ser desconsiderado a favor ou contra o acusado, podendo ser repetido também se houve sentença absolutória. Submetida a hipótese, contudo, ao regime de nulidades, se a sentença foi absolutória e não houve recurso, haverá coisa julgada material absoluta, por inexistência de instrumento processual para a decretação de invalidade; se for condenatória, tem a defesa os instrumentos do *habeas corpus* e da revisão criminal para obter a decretação da nulidade da sentença [...] (GRECO FILHO, 2012, p. 472)

De qualquer forma, a declaração desse vício não depende de maiores formalidades, podendo o vício ser alegado por meio de recurso ou mera petição nos autos. Já para os casos em que o processo já estiver findo, será possível o manejo de *querela nullitatis*, ação autônoma de impugnação³³ reconhecida como instrumento processual adequado para desfazer os efeitos, da sentença proferida em processo cuja citação foi defeituosa, além da Revisão Criminal e o *habeas corpus*, que também estão aptos a combater o ato defeituoso a qualquer tempo.

Por outro lado, também se deve ter em mente que o princípio da instrumentalidade das formas exerce influência tanto no processo civil³⁴ quanto no processo penal³⁵ e impõe que

"[...]só sejam anulados os atos imperfeitos se o objeto não tiver sido atingido (o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo), logo, não verificado prejuízo, não há que se falar em nulidade. Várias são as suas manifestações na lei processual, e pode-se dizer que esse princípio coincide com a regra contida no brocardo *pas de nullité sans grief*"

³³ AÇÃO DECLARATORIA DE NULIDADE DE SENTENÇA POR SER NULA A CITAÇÃO DO RÉU REVEL NA AÇÃO EM QUE ELA FOI PROFERIDA. 1.Para a hipótese prevista no artigo 741, i, do atual CPC - que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia - persiste, no direito positivo brasileiro - a "querela nullitatis", o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese. 2.recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento. (STF - RE: 97589 SC, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 17/11/1982, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 03-06-1983)

³⁴ Art. 244, CPC/1973. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Art. 277, CPC/2015. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

³⁵ Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

(CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 352).

Dessa feita, se aos meios de se garantir um processo justo e equânime foi conferida efetividade, sem prejuízo aos postulados constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ainda que defeituoso o ato, este deverá ser mantido, visto não haver motivo para sua anulação. Portanto, ainda que haja algum tipo de defeito no ato citatório, e mesmo assim o réu comparecer em juízo, ser-lhe-ão conferidos os direitos constitucionalmente garantidos e sanado o vício inicial.

3.1.3.1 A Citação no Processo Penal antes da Reforma Legislativa de 2008

Como já explanado, por se tratar de requisito necessário à formação da relação jurídica, ao menos a partir da ótica do réu, a citação deve conter o máximo de informações possíveis, por isso o Código de Processo Penal estabeleceu a citação pessoal como regra. Não obstante, para os casos em que essa não fosse viável, também previu a citação por edital como modalidade subsidiária, cabível apenas quando preenchidos os requisitos legais.

Até o ano de 2008, essas eram as duas modalidades de citação aceitas nas ações criminais, e por essa razão elas deveriam abranger todas as situações fáticas postas em juízo. Desse modo, consoante a redação original do código, a citação por edital era cabível a toda e qualquer situação em que o réu não fosse encontrado pessoalmente.

Assim, ainda que ele deliberadamente se ocultasse, nos casos de inacessibilidade em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, a citação era viabilizada via edital. Igualmente, essa era a saída para os casos em que pessoa incerta (supostamente não identificada) deveria ser citada. Essa era a redação do art. 363, do CPP, anterior à Lei nº 11.719 de 2008:

Art. 363. A citação ainda será feita por edital:

I - quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu;

II - quando incerta a pessoa que tiver de ser citada.

A abrangência do dispositivo levantava questionamentos por parte da doutrina, visto que possibilitava a citação por edital sempre que houvesse a alegação de impossibilidade de citação pessoal, presumindo-se a sua não localização, bem como casos de guerra e epidemia, ou mesmo ante “força maior”, termos excessivamente amplos e imprecisos.

A indeterminação dos conceitos levava a incertezas em face de ausência de limitação legal. Logo, o número de processos suspensos em decorrência da realização deliberada da citação por edital era significativo e, quando isso ocorria, a persecução penal acabava prejudicada. Além disso, o tratamento igualitário dado a situações que eram distintas também levava a uma inadequação da prestação jurisdicional.

Nesse sentido, destacamos o *Habeas Corpus* nº 88.548/SP, julgado em 18 de março de 2008, meses antes da minirreforma processual ocorrida no citado ano, onde se destaca o uso descuidado da citação por edital e a anulação do processo:

EMENTA: Habeas Corpus. 1. Paciente condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, mais 15 (quinze) dias-multa, pela prática dos crimes de latrocínio consumado e latrocínio tentado (arts. 157, § 3º, 2ª parte e 157, § 3º, 2ª parte c/c 14, II e 71, § único, do CP). 2. Citação editalícia diretamente determinada pelo Juízo, à vista de anterior informação, colhida na fase de inquérito, de que o então indiciado não fora localizado em seu local de trabalho e no endereço residencial que constava de sua ficha cadastral. 3. Constata-se que não foram esgotados todos os meios disponíveis para a citação pessoal do paciente, antes de proceder-se à citação por edital. 4. Não se verificando a regular cientificação do acusado, com uso de todos os meios ao alcance do Juízo para que fosse localizado, negou-se-lhe o direito ao interrogatório, ato classificado pela melhor doutrina, ao mesmo tempo, como meio de prova e de defesa, e, em acréscimo, lhe foi retirada a prerrogativa de, livremente, escolher o advogado incumbido de sua defesa, elegendo, junto com este, as testemunhas que caberia arrolar e as demais provas que poderia produzir. Precedentes. 5. Patente situação de constrangimento ilegal. 6. Ordem deferida para anular o processo a partir da citação editalícia levada a efeito pelo Juízo do 2º Tribunal do Júri da Capital de São Paulo, daí renovando-se o feito em todos os seus demais termos, devendo o Paciente ser colocado em liberdade se, por outro motivo, não estiver preso.³⁶

³⁶ (HC 88548, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 18/03/2008, DJe-182 DIVULG 25-09-2008 PUBLIC 26-09-2008 EMENT VOL-02334-02 PP-00270 RTJ VOL-00208-03 PP-01098).

Por outro lado, a crítica à hipótese legal de incidência da citação por edital quando o citando fosse “pessoa incerta” se dava pela inadequação técnica do termo, pois, se o autor da ação penal não conseguiu identificar o autor do delito, nem mesmo por características pessoais, não seria possível sequer o oferecimento da denúncia. Portanto, o dispositivo deveria ser lido em conjunto com o artigo 41³⁷ do CPP, chegando-se à conclusão de qualificação incompleta e não de indeterminação do sujeito (MENDONÇA, 2008, p. 222).

3.1.3.2 A Suspensão do Processo para o Réu Revel Citado por Edital

O sistema de citações foi se aprimorando ao longo do tempo em busca de maior compatibilidade com a realidade que se apresentava, e na sistemática do processo penal não foi diferente. Reformas legislativas, que procuraram harmonizar a efetividade da prestação jurisdicional com as garantias constitucionais, foram sendo realizadas paulatinamente, desenvolvendo e refinando a forma de comunicação dos atos processuais.

A citação por edital e seus efeitos são um exemplo disso. Nos termos da legislação vigente, uma vez validamente realizada a citação por edital, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, caso o acusado não atenda ao chamado pessoalmente, nem constitua advogado, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva. Consideradas como os principais efeitos da citação por edital, essas medidas encontram-se disciplinadas pelo artigo 366, do CPP.

Entretanto, a suspensão do processo e do prazo prescricional não foi originalmente prevista na legislação processual penal para os casos de citação por edital, já que na redação original do dispositivo legal, estabelecida pela Lei nº 9.271/1996, o processo seguia à revelia do acusado que deixasse de comparecer sem motivo

³⁷ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

justificado. Tratava-se de medida incompatível com os tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário, os quais defendem o direito à ciência e à ampla defesa.

Incrivelmente, até 1996, ainda existia no Brasil a possibilidade de processos em estado de revelia, ou seja, sem que o acusado tivesse sido citado (citação real). [...] o contraditório era meramente aparente, um engodo. A defesa pessoal, inexistente, e a defesa técnica, muito deficiente. (LOPES JR, 2013, p.753-754)

A redação dada ao artigo 366, do CPP, em 1996, teve por objetivo evitar a tramitação de ações sem a real ciência do denunciado que, citado via edital, não compareceu pessoalmente em juízo e tampouco nomeou advogado nos autos. Entendeu o legislador que, em prestígio à ampla defesa e ao contraditório, a ação não deveria continuar, exceto para as medidas que se mostrassem indispensáveis, como a produção antecipada de provas.

Buscou-se compatibilizar a legislação nacional aos tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil já era signatário e vedavam expressamente a possibilidade de alguém ser processado sem o prévio conhecimento da demanda e da oportunidade real de se defender, como se vê do artigo 8.2, alíneas “b” a “d” do *Pacto de San José da Costa Rica*.

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

Com isso, a revelia³⁸ foi deixada apenas para os casos em que o réu citado pessoalmente, ou seja, oficialmente comunicado sobre a existência de um processo e dos termos da denúncia, deixasse de se manifestar nos autos e comparecer aos atos subsequentes sem motivo justificado, bem como mudasse de endereço sem comunicá-lo ao juízo (art. 367³⁹, CPP).

Todavia, apesar de bem recebida pela doutrina, a nova redação do art. 366, do CPP, suscitou divergências sobre a sua aplicabilidade aos processos cuja citação por edital já havia sido realizada, em virtude de dupla natureza jurídica da norma, pois o conteúdo do dispositivo é em parte direito processual (suspensão do processo) e em parte direito material (suspensão da prescrição).

Assim, considerando a possibilidade de aplicação retroativa do dispositivo legal, já que parcialmente mais benéfico ao réu, a doutrina passou a debater quanto à aplicabilidade imediata ou não da inovação legislativa.

Chegou-se, inclusive, a suscitar a possibilidade de aplicação parcial do dispositivo ao se pretender a suspensão dos processos em andamento, nos quais não tivesse ocorrido a intimação pessoal do réu, mas garantindo-se a continuidade do prazo prescricional, desmembrando-se o novel artigo, configurando-se verdadeira *lex tertia*.

Essa possibilidade, no entanto, não encontrou respaldo na jurisprudência, que, via de regra, não admite a incidência parcial de dispositivos legais. Outrossim, a própria doutrina observou que essa opção provocaria enorme desequilíbrio processual entre acusação e defesa, pois obstaría o andamento das ações enquanto o prazo prescricional continuasse correndo. Desse modo, embora o Estado não pudesse agir

³⁸ Não se pode ignorar que a Lei nº 9.613/1998, que trata da lavagem de dinheiro, prevê, no § 2º, do art. 2º, que “o acusado que não comparecer nem constituir advogado ser citado por edital, prosseguindo o feito até o julgamento, com a nomeação de defensor dativo”. Trata-se de exceção à regra geral da suspensão do processo e da prescrição nos casos de não localização do para fins de citação. Todavia, é fato que o citado dispositivo tem sua constitucionalidade contestada, visto obstaculizar os direitos referentes ao contraditório e a ampla defesa.

³⁹ Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

na ação, o prazo da pretensão punitiva continuava ativo.

Com o tempo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência convergiram para a aplicabilidade integral do dispositivo, mas não admitindo sua retroatividade, aplicando-se somente aos casos ocorridos após o fim da *vacatio legis*.

[...] Após intensos debates doutrinários, sobre a nova redação do art. 366 do CPP, acabou sendo assentado que a suspensão da prescrição seria mero efeito da suspensão do processo e, destarte, não poderia se dar a cisão do dispositivo, aplicando-se somente a suspensão do feito e não se suspendendo a prescrição, como preconizava parte da doutrina, sob o argumento de que tal se revestiria em prejuízo para o réu e, assim, o novo dispositivo não poderia ser aplicado aos processos anteriores à lei (POLASTRI, 2016, p. 929-939).

Outra questão que se levanta quando se trata da suspensão processual e da prescrição é o limite pelo qual ela pode perdurar, tendo em vista a ausência de regulamentação por parte do Legislativo. Inicialmente, a partir da nova redação do artigo 366, do CPP, a doutrina se dividiu em dois posicionamentos predominantes: o primeiro, sugerindo o prazo limite de 20 anos, equivalente ao prazo prescricional máximo estabelecido pelo Código Penal, indistintamente; o segundo, adepto à aplicação proporcional do artigo 109 do Código Penal, optando pela aplicabilidade do prazo máximo cominado para a pena *in abstracto* do delito descrito na denúncia.

Com o tempo, os operadores do direito convergiram para a segunda corrente, rechaçando a possibilidade de suspensão indeterminada, que poderia levar à instituição de crimes imprescritíveis à revelia do texto constitucional. A jurisprudência majoritária também declinou nesse sentido, culminando com a edição da Súmula nº 415⁴⁰ por parte do Superior Tribunal de Justiça.

Nos julgados que precederam a súmula, o Superior Tribunal de Justiça ponderou que a suspensão indefinida do prazo prescricional implicaria em estender a diversos crimes a característica da imprescritibilidade, inclusive àqueles mais brandos do que os originalmente previstos no texto da Constituição Federal, o que seria incompatível com o sistema de hierarquia das normas jurídicas.

⁴⁰ Súmula nº 415, STJ: O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Argumentou, ainda, que a suspensão acrítica violaria o prazo razoável de duração do processo, visto impedir o direito ao esquecimento e à pacificação social buscados com o instituto da prescrição, pois deixaria sempre latente a punição estatal, mesmo quando socialmente os fatos já fossem superados. Os adeptos a esse posicionamento relatam também o comprometimento da instrução probatória, que ficaria prejudicada com o decurso do tempo.

Com base nesses argumentos é que Aury Lopes Júnior (2013, p. 761) defende como solução ideal que se promova a interrupção e não a suspensão do prazo prescricional, pois seria uma forma de priorizar as garantias processuais sem estabelecer vantagens ao denunciado que foge para não responder a ação penal.

Apesar disso, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou definitivamente sobre o tema, mas vem admitindo a tese de “indeterminação” e não de imprescritibilidade para justificar a suspensão do prazo prescricional sem prazo certo. Essa tese ficou clara no julgamento do Recurso Extraordinário nº 460.971-1/RS, onde o Ministro Relator Sepúlveda Pertence indicou que

[...] não há falar que a suspensão não poderia ter prazo indeterminado, sob o fundamento de que a Constituição Federal somente admite a imprescritibilidade quanto aos crimes de racismo (CF, art. 5º, XLII) e da ação de grupos armados contra a ordem constitucional e do Estado Democrático (CF, art. 5º, XLIV).

Em primeiro lugar, porque a indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, a hipótese de imprescritibilidade.

A suspensão, com efeito, não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade.

Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses.

Ressaltei, ao final, que ao contrário do entendimento de parte da doutrina e da jurisprudência mencionadas, não cabe nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C. Pr. Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, “do contrário”, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão⁴¹.

⁴¹ STF - RE: 460971 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 13/02/2007,

Frisa-se aqui que, na minirreforma do Código de Processo Penal em 2008, o legislador tentou preencher a lacuna então deixada pela Lei nº 9.271/1996, sugerindo nova redação ao artigo 363, incluindo no texto o § 2º, inciso I, o qual adotava a corrente doutrinária majoritária, definindo que a suspensão do curso do prazo prescricional pelo período correspondente ao da prescrição em abstrato do crime objeto da ação; que após, recomeçaria a fluir.

Contudo, indicando inconsistências na redação proposta, o artigo foi vetado sob o seguinte argumento:

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 contraditório⁴².

Porém, como assevera Andrey Borges de Mendonça (2008, p. 224), as razões aduzidas no veto não se sustentam na prática, pois o fundamento de que a prescrição restaria suspensa sem a correspondente suspensão da ação, levando à subversão dos princípios constitucionais, não subsistiria em decorrência da interpretação conjunta do artigo 363 com o artigo 396⁴³, parágrafo único, ambos do CPP, que dispõem 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.

Assim, a questão ainda continua em aberto, contudo sendo majoritária a posição

Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 30-03-2007, v. 3, n. 17, 2007, p. 108-113 LEXSTF v. 29, n. 346, 2007, p. 515-522.

⁴²Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Msg/VEP-421-08.htm. Acesso em 04 agosto 2016.

⁴³ Parágrafo único. 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.

defendida pelo STJ na súmula 415.

3.1.3.3 A Citação Penal após a Reforma de 2008

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, notou-se um descompasso entre o texto constitucional e o Código de Processo Penal, datado de 1941, em razão da existência, na legislação infraconstitucional, de dispositivos que confrontavam diretamente o rol de garantias asseguradas no art. 5º da Carta Magna e, portanto, não foram recepcionados pela lei maior.

Nesse contexto, a legislação processual passou por diversas reformas a fim de se adequar à nova ordem, buscando atender aos anseios sociais por um processo mais célere, justo e eficaz. Evoluções mais significativas ocorreram a partir dos anos 1990, quando ocorreu a primeira inovação no Processo Penal com a implantação da Lei nº. 9.099/1995, que regulamentou o funcionamento dos juizados especiais, introduzindo o procedimento sumaríssimo para os crimes cuja pena máxima cominada não fosse superior a dois anos de reclusão e ao estabelecer, entre outras medidas, a desnecessidade de inquérito policial e a criação de institutos despenalizantes, como a transação e a suspensão condicional do processual (RIBEIRO; DUARTE, 2011, p. 56).

No mesmo período, a legislação processual penal ainda acomodou outras leis extravagantes para sua melhor adequação, acolhendo a regulamentação das interceptações telefônicas (Lei nº. 9.296/1996), o sistema de proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº 9.807/1999) e a nova lei que regulamentou a identificação criminal (Lei nº 10.054/2000); medidas que se tornaram necessárias ante a dificuldade de se promover uma reforma integral no texto do código, que tem enfrentado diversos entraves.

Contudo, a maior intervenção adveio em 2008, por meio da edição de várias leis esparsas que promoveram alterações pontuais, porém significativas, no texto do CPP. Sugeridas por uma comissão de juristas renomados, tiveram como objetivo compatibilizar o Código de Processo Penal à Constituição de 1988 e modernizar

alguns procedimentos já ultrapassados. O legislador buscou sanar lacunas e adequar os procedimentos à nova realidade que se apresentava aos operadores do direito. Desta feita, a citação não ficou imune a esta reforma.

Uma das tentativas de aperfeiçoar o instituto consistiu em medidas para aprimorar a citação por edital, objetivando uma redação mais detalhada ao artigo 363, do CPP, ao incluir parágrafos que disciplinariam a problemática da ausência de prazo da suspensão processual, ao adotar a corrente doutrinária majoritária que sustenta como razoável o período de suspensão equivalente ao prazo prescricional pela pena *in abstracto* cominada ao delito delineado na denúncia. No entanto, essas modificações foram vetadas, como relatado anteriormente.

Após 2008, a citação também assumiu função de chamar o réu para apresentar por escrito a resposta à acusação, já que até então este era inicialmente convocado para apresentar-se em audiência, com o fim de prestar esclarecimentos em interrogatório, que era o primeiro ato da instrução. Na oportunidade, o denunciado poderá trazer aos autos os elementos de sua defesa, especialmente frente à possibilidade de absolvição sumária, outra novidade introduzida no Processo Penal pela minirreforma de 2008.

A citação por edital também foi objeto de alterações legislativas, como explanado em tópico anterior, excluindo-se as hipóteses de guerra, epidemia e pessoa incerta como motivo de incidência para essa modalidade de citação. Ainda que, na prática, essas circunstâncias possam levar à não localização do réu e, fatalmente, culminarão para citação via edital, o denunciado deve ser primeiramente procurado para citação pessoal e, somente depois de diligências infrutíferas comprovadas, é que se poderá determinar outra forma de comunicação processual.

No ponto, parte da doutrina faz uma ressalva à citação pessoal, admitindo a citação por edital quando o citando estiver em local inacessível, ainda que haja endereço válido nos autos, aduzindo que o oficial de justiça não está obrigado a realizar diligência quando existir risco real de morte, sugerindo a adoção, por analogia do art. 231, II, do CPC de 1973, que estabelece a citação editalícia na situação

(TRIGUEIROS NETO; MONTEIRO, 2009, p. 151).

Embora a posição doutrinária seja louvável, não se pode dizer que é majoritária e tampouco considerá-la como acertada. Há que se considerar que este posicionamento vai de encontro ao objetivo da reforma processual, ressuscitando, na prática, a redação antiga do art. 363, do CPP, objeto de modificação expressa da reforma de 2008, tornando inócuas as modificações pretendidas pelo legislador visando à celeridade.

Outra grande inovação trazida pelo legislador consistiu em nova forma de se proceder a citação já admitida pelo processo civil, mas até então ignorada no processo penal: a citação com hora certa. A novidade adveio com o fim de suprir a falta de regulamentação para os casos em que o réu se ocultasse de forma maliciosa, evitando-se a citação pessoal e induzindo a citação por edital com a posterior suspensão do processo. Trata-se de uma terceira via, alternativa à citação pessoal e à citação por edital, restrita aos casos de não localização do réu fundados em embargos criados pela própria parte.

Nas palavras de Marcellus Polastri,

Não é como a (citação) por mandado feita pessoalmente, e não é também a ficta por excelência que é feita por edital que não tem nunca a natureza pessoal. Mas, não deixa de ser forma de citação ficta (ou seja, tem natureza própria), sendo uma mistura das duas no sentido de que em relação à pessoa tem a identidade que se procura pessoalmente o réu e alguém a recebe pelo mesmo para entrega, e quanto a por edital, tem presente o caráter comum de uma presunção de citação (2016, p. 921).

Como objeto principal desse trabalho, passa-se a uma análise mais detalhada do assunto em capítulo próprio.

4 DA CITAÇÃO COM (POR) HORA CERTA

Como anteriormente relatado, a citação com hora certa é instituto oriundo do processo civil transportado para o processo penal com o intuito de corrigir falhas no processamento da citação nessa seara do direito, adequando-a às circunstâncias fáticas até então ignoradas pela legislação criminal e garantindo celeridade ao andamento das ações penais.

Modalidade de citação que desperta discussões doutrinárias, em virtude das diversas particularidades, nem mesmo o nome do instituto é unanimidade. Em que pese o legislador tenha preferido a adoção do termo “citação com hora certa”, em decorrência da existência de um encontro com horário previamente marcado pelo oficial de justiça, a expressão não é consenso na doutrina.

Alguns estudiosos do tema defendem como mais apropriado o termo “por hora certa”, já que a preposição “por” melhor expressaria o meio ou instrumento pelo qual a citação ocorrerá, fórmula linguística idêntica a usada na expressão “citação por edital”, “por mandado” ou “por oficial de justiça”, estando assim em consonância com a redação dada às diversas modalidades de se praticar o ato de comunicação processual.

Já os defensores do termo utilizado pelo código alegam que a citação “com hora certa” não se trata de mais uma modalidade de citação, mas sim uma nova forma de se cumprir a citação por oficial de justiça, que agora pode ser realizada “com hora certa”. Portanto, inadequado o uso da preposição “por”.

Analisados os argumentos, o termo “citação por hora certa” parece mais adequado à sistemática apresentada pelos Códigos de Processo Civil e Penal, já que é compreendida sim como uma nova modalidade de citação que, iniciada de maneira pessoal, via oficial de justiça, toma características de citação ficta, a ser realizada por outro meio que não o edital, ou seja, possui características próprias que não se confundem como nenhuma outra modalidade já existente, motivo pelo qual essa será a expressão utilizada a partir de então no presente trabalho.

4.1 Criação como forma de agilizar as ações penais e evitar as falhas da suspensão do processo para o réu revel.

Ao longo da prática forense sempre se buscou aprimorar as formas de prestação de uma tutela jurisdicional, atentas às garantias constitucionais. Contudo, com o tempo, também se viu a necessidade de aprimorar a prestação jurisdicional dada à sociedade, maior ofendida, ainda que indiretamente, com a prática de delitos e expectadora de respostas rápidas do Judiciário.

Com base nesses anseios, a doutrina ampliou o espectro de aplicação do direito e das garantias constitucionais, com o fim de harmonizar as normas postas tanto em benefício do réu quanto dos ofendidos. Em resposta a esse movimento, a Emenda Constitucional nº 45 inclui no texto da Constituição o inciso LXXVIII, no artigo 5º, que resguarda que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Consistem nos princípios da duração razoável do processo e da celeridade.

Isso refletiu diretamente no processo penal, sobretudo na minirreforma de 2008, com a criação de procedimentos que se adequassem às necessidades das partes processuais, incluindo-se aí o instituto da citação por hora certa.

A importação dessa modalidade de comunicação de atos processuais surgiu como forma de reencaminhar as situações em que os réus, levando o direito à ampla defesa ao extremo, beirando o abuso do direito, criavam subterfúgios para se furtar à aplicação da lei. Assim, houve a necessidade da instituição de uma terceira via, já que a citação por edital, provocando a suspensão do processo, poderia soar como um benefício à maliciosidade dos réus, que insistentemente impediam a citação pessoal.

Viu-se na citação por hora certa, uma experiência já testada, a oportunidade de unir a celeridade processual, tornando o processo eficiente e com duração razoável, sem

que houvesse, com isso, a redução de garantias intrínsecas ao processo penal.

Os valores fundamentais do moderno processo penal são o garantismo e a efetividade. Garantismo, visto tanto do prisma subjetivo dos direitos das partes, sobretudo da defesa, como no enfoque objetivo da tutela do justo processo e do correto exercício da função jurisdicional. Efetividade, na visão instrumental do sistema processual, posto a serviço dos escopos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, que são o de atuação da vontade concreta da lei penal, de pacificação com justiça e de abertura à participação, dentro do processo e pelo processo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 289).

Sobre a possibilidade de conjugar os interesses envolvidos na ação penal, Aury Lopes Junior (2013, p. 195) é esclarecedor ao afirmar que a celeridade processual, no processo penal, deve ser vista à sob a ótica da proteção do réu, constituindo um direito subjetivo desse. Contudo, ainda que de forma secundária, é possível a análise desse princípio também com o foco na sociedade para se harmonizar os fins sociais ou acusatórios do processo, desde que não implique em sacrifício da defesa e do pleno contraditório do réu.

Alfredo Gaito (*apud* FERNANDES, 2005, p. 53-54) identificou de forma precisa uma das causas da lentidão dos processos: a excessiva rigidez do sistema processual vigente. Frente a isso, defende a simplificação dos procedimentos para que estes sejam ajustados às exigências do direito material e às vicissitudes da realidade concreta de cada país.

Justamente, foi o que pretendeu a reforma de 2008.

Assim, nos termos da harmonização constitucional, as garantias devem ser analisadas de forma conjunta e contextualizada, a fim de que todas tenham a sua eficácia, sem a prevalência de um interesse sobre o outro, de modo a evitar o aniquilamento de algum princípio, prezando-se pela unidade e harmonia da Constituição.

A partir dessa análise principiológica, Fabiana Gregghi analisa a citação por hora certa aplicada ao processo penal, explicitando a possibilidade de se equilibrar a celeridade processual e o respeito às garantias fundamentais. Na oportunidade, a

autora pondera que

A dinâmica social fez com que surgisse a necessidade de um diploma processual que primasse tanto pela eficiência – coibindo formalismos e procrastinações inúteis, com o escopo de tornar o processo mais célere, simples e desburocratizado -, como pela observância das garantias constitucionais do acusado (GREGHI, 2010, p. 02).

Dessa forma, como lecionam Aury Lopes Júnior e Gustavo Badaró, o sistema jurisdicional deve se atentar para os dois extremos da questão “tempo” no processo penal, evitando a aceleração antigarantista e a dilação indevida (LOPES JR; BADARÓ, 2009, p. 133).

Nessa esteira, ao traçar procedimento detalhado e cuidadoso para a realização da citação por hora certa, o legislador buscou evitar a suspensão indevida de ações penais em decorrência da aplicação automática do artigo 366 do CPP, garantindo o exercício de todos os direitos ao demandado sem favorecer dilações desnecessárias por parte do réu.

4.2 Procedimento

4.2.1 Trâmite previsto no Código de Processo Civil de 1973

Ao inserir a citação por hora certa no Código de Processo Penal, a Lei 11.719/2008 não previu procedimento próprio para a realização do ato. Limitou-se a fazer remissão às diretrizes já traçadas pelo Código de Processo Civil de 1973, que tratava do tema nos artigos 227 a 229.

Art. 227. Quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Art. 228. No dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o

citando se tenha ocultado em outra comarca.

§ 2º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.

A legislação então em vigor determinava que, quando por três vezes, o oficial de justiça houvesse procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrá-lo e havendo suspeita de ocultação, deveria intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho (desde que capazes), para que, no dia imediato, o encontrasse, a fim de efetuar a citação, na hora previamente designada.

Ato contínuo, no dia e hora designados, o oficial de justiça, independentemente de despacho do juízo, compareceria ao domicílio ou residência do citando, a fim de realizar a diligência e, se este não estivesse presente, o oficial de justiça procuraria informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o denunciado tenha se ocultado em outra comarca.

Lavrada a certidão, descrevendo de forma detalhada os fatos e as evidências que o levaram àquelas conclusões, o oficial de justiça deixaria a contrafé com pessoa da família ou com qualquer vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome. Feita a citação por hora certa, o escrivão deveria enviar ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência, a fim de formalizar e finalizar o ato. O antigo código ainda previa, no inciso II do artigo 9º, a nomeação de curador especial para garantir a defesa técnica do demandado, evitando a completa indefensabilidade.

Art. 9º O juiz dará curador especial:

[...]

II - ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa.

Assim, o procedimento instituído deveria ser integralmente aplicado ao processo penal, que apenas substituiria a figura do curador especial pelo defensor dativo, evitando-se que o réu ficasse sem defesa técnica, mesmo negando a possibilidade

de exercer seu direito à autodefesa. A única ressalva feita pela doutrina quanto ao procedimento em questão diz respeito à forma de contagem de dias para a prática das diligências.

As restrições do CPC quanto à citação em determinadas situações, previstas no art. 217 da legislação processual civil, não se aplicam ao processo penal, pois há regra expressa no art. 797 do CPP quanto ao momento da prática dos atos processuais. Realmente, dispõe o referido artigo que, excetuadas as sessões de julgamento, que não serão marcadas para domingo ou dia feriado, os “demais atos do processo poderão ser praticados em período de férias, em domingos e dias feriados”. Como não há lacuna na lei processual penal, não há motivo para aplicar a analogia. (MENDONÇA, 2008, p. 215)

Esse era, portanto, o procedimento a ser adotado na citação por hora certa até o ano de 2015. Entretanto, com o advento do novo Código de Processo Civil, esse ato de comunicação processual sofreu mudanças em sua forma de processamento, o que refletiu diretamente na legislação processual penal em decorrência da aplicação subsidiária dos dispositivos cíveis.

4.2.2 Trâmite previsto no Código de Processo Civil de 2015

Com o advento do novo Código de Processo Civil, o tema passou a ser tratado nos artigos 252 a 254, sendo alvo de poucas, mas sensíveis mudanças no rito. O procedimento então estabelecido conservou as principais diretrizes para a aplicação do instituto, no entanto, tornou o procedimento menos rígido ao reduzir a quantidade de oportunidades em que o oficial de justiça deverá comparecer à residência do citando.

Agora, segundo a atual legislação sobre o assunto,

Art. 252, CPC/2015. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar (grifo nosso).

Parágrafo único. Nos condomínios, edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere o caput feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência.

Art. 253. No dia e na hora designados, o oficial de justiça,

independentemente de novo despacho, comparecerá ao domicílio ou à residência do citando a fim de realizar a diligência.

§ 1º Se o citando não estiver presente, o oficial de justiça procurará informar-se das razões da ausência, dando por feita a citação, ainda que o citando se tenha ocultado em outra comarca, seção ou subseção judiciárias.

§ 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

§ 3º Da certidão da ocorrência, o oficial de justiça deixará contrafé com qualquer pessoa da família ou vizinho, conforme o caso, declarando-lhe o nome.

§ 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

Notam-se, no principal artigo sobre o tema, duas alterações significativas. A primeira, como já adiantado, diz respeito à redução das tentativas de localização do réu, que agora passam a ser duas e não mais três; a segunda, diz respeito à forma de contagem do prazo para a concretização da citação, harmonizando o dispositivo citado com o texto do artigo 219⁴⁴, do CPC, o qual estabelece que os prazos contados em dias computar-se-ão somente em dias úteis.

Sem dúvida alguma, a redução de tentativas de localização do réu é automaticamente aplicável ao processo penal, não só em decorrência da remissão direta do CPP ao texto do Código de Processo Civil, mas também pela ausência de regulamentação sobre o tema na legislação específica.

Por outro lado, essa certeza não se materializa na forma da contagem dos prazos, que nos termos do Código de Processo Civil seria em dias úteis, diferentemente do previsto na legislação processual penal, cuja regra é a contagem de prazos em dias corridos.

⁴⁴ Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Ainda que haja remissão expressa ao CPC e aplicação direta do art. 252, CPC, às causas penais, no que tange à contagem dos prazos processuais, o Código de Processo Penal tem diretrizes próprias e compatíveis com os direitos por ele tutelados, o que limitaria a aplicação integral do dispositivo cível e a consequente contagem do prazo na forma estabelecida na legislação base.

Mesmo que se admita que o prazo em dias úteis seria benéfico à defesa, por conferir mais tempo para a elaboração da peça de resistência, o que, *a priori*, justificaria a aplicação integral do dispositivo, o fato é que o artigo 798, CPP, é indubitoso ao estabelecer que “todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado”.

Desse modo, não se vê motivo para a incorporação do dispositivo no ponto específico à prática criminal, sendo necessária a adequação da nova diretriz à legislação processual penal, ainda que o código faça remissão direta ao Código de Processo Civil.

A harmonização da nova redação do dispositivo ao complexo normativo penal se faz, inicialmente, porque a novidade legislativa adveio após a promulgação da Lei nº 11.719/2008, ou seja, é posterior à inclusão da citação por hora certa ao CPP, como também porque a aplicação do Código de Processo Civil se dá de forma subsidiária ao de Processo Penal, ou seja, apenas nas situações em que haja lacuna na legislação específica, o que não é o caso.

Assim, quando referentes a demandas criminais, as diligências poderão seguir no dia subsequente àquela frustrada, independente se for dia útil ou não, prevalecendo, no ponto, a legislação processual penal ante ao aparente conflito de normas e segundo o princípio da especialidade.

Outrossim, o novo texto legal também detalhou a forma de concretização do ato, aproximando-o da realidade social, estabelecendo que “nos condomínios, edifícios ou nos loteamentos com controle de acesso, será válida a intimação a que se refere ao *caput* feita a funcionário da portaria responsável pelo recebimento de

correspondência” (parágrafo único, art. 252, CPC).

Trata-se de solução direcionada às residências multifamiliares, como prédios ou condomínios controlados por funcionários que, obedecendo a padrões de segurança, acabavam contribuindo com a ocultação do denunciado e inviabilizando as diligências para localizá-lo.

Com efeito, considerando que o parágrafo único dirimiu questões de ordem prática, não há motivos para negar aplicação das alterações procedimentais ao processo penal que, por opção legislativa, preferiu adotar integralmente o rito estabelecido em outra norma ao discipliná-lo especificamente, ainda que isso tenha ocorrido sob a égide da legislação anterior, até mesmo porque o acréscimo de dispositivos não implicou em efetivas alterações.

Ainda houve acréscimos de outros dispositivos legais sobre o tema, também com o fim de detalhar a forma de promover a citação por hora certa, mas sem promover mudanças na maneira de realizá-la. Aqui, destacamos a inserção de dois parágrafos ao artigo 253, do CPC/2015, que cuidam a ausência ou negativa de membro da família ou o vizinho que houver sido intimado e da informação sobre a nomeação do curador especial.

O parágrafo segundo⁴⁵ determina que a citação se concretize, mesmo que o terceiro intimado para a realização do ato não esteja presente ou se negue a fazê-lo. Desfecho compatível com a finalidade da norma, que visa justamente evitar procrastinações indevidas, assim não seria plausível deixar-se de concretizar o ato por ausência consciente e imotivada da pessoa previamente avisada do comparecimento do oficial de justiça. Supriu-se assim uma lacuna deixada pelo texto anterior.

⁴⁵ Art. 253, § 2º A citação com hora certa será efetivada mesmo que a pessoa da família ou o vizinho que houver sido intimado esteja ausente, ou se, embora presente, a pessoa da família ou o vizinho se recusar a receber o mandado.

Já o parágrafo quarto⁴⁶ deixa claro que o mandado deverá conter a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia. Modificação significativa para o processo penal, que já tem como regra a necessidade de informar ao citando sobre a possibilidade de assistência jurídica gratuita nos casos de impossibilidade de contratação de defesa técnica particular.

Por fim, artigo 254⁴⁷ do CPC/2015 manteve a obrigação de o escrivão ou chefe de secretaria enviar ao citando carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência. Medida de suma importância na esfera penal, já que consiste em nova oportunidade de encaminhar ao réu cópia da denúncia e dar-lhe outra chance de tomar ciência sobre os fatos, afastando qualquer dúvida sobre a concretização de sua citação.

No ponto, existe uma celeuma (já formada mesmo quando da redação antiga do dispositivo) quanto ao real início da contagem do prazo para a peça de resistência. Na égide do processo civil, as dúvidas foram dirimidas pelo Recurso Especial nº 1.291.808⁴⁸, o qual decidiu que na citação por hora certa o prazo da contestação começa a fluir da juntada do mandado, como qualquer outra notificação realizada via oficial de justiça nesse ramo do direito, e não do comprovante de recepção da correspondência do escrivão da remessa da contrafé da inicial, em consonância com o disposto no art. 231, II⁴⁹, CPC.

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. INTIMAÇÃO COM HORA CERTA. EQUIPARAÇÃO AO PROCEDIMENTO DE CITAÇÃO. COMUNICADO PREVISTO NO ART. 229 DO CPC.

1. O procedimento de intimação da penhora com hora certa, na vigência da Lei n. 8.953/1994, é perfeitamente admissível nos casos em que, como o dos autos, caracterizar-se o intuito de ocultação do devedor.

⁴⁶ Art. 253, § 4º O oficial de justiça fará constar do mandado a advertência de que será nomeado curador especial se houver revelia.

⁴⁷ Art. 254. Feita a citação com hora certa, o escrivão ou chefe de secretaria enviará ao réu, executado ou interessado, no prazo de 10 (dez) dias, contado da data da juntada do mandado aos autos, carta, telegrama ou correspondência eletrônica, dando-lhe de tudo ciência.

⁴⁸ Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271291808%27\)+ou+\(%27RESP%27+adj+%271291808%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271291808%27)+ou+(%27RESP%27+adj+%271291808%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO)>.

Acesso em 6 março 2017.

⁴⁹ Art. 231. Salvo disposição em sentido diverso, considera-se dia do começo do prazo:

II - a data de juntada aos autos do mandado cumprido, quando a citação ou a intimação for por oficial de justiça;

2. Na citação com hora certa, o prazo da contestação começa a fluir com a juntada aos autos do mandado respectivo, e não do comprovante de recepção do comunicado a que se refere o art. 229 do CPC. (grifo nosso)

3. Recurso especial desprovido.

(Resp 1291808/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 07/10/2013)

Por outro lado, via de regra, segundo o Código de Processo Penal, os prazos têm início a partir da efetiva comunicação do denunciado (art. 798, §5º, CPP), sendo, no caso da citação, mais específico ao dispor que o prazo previsto será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital (parágrafo primeiro, art. 406⁵⁰, CPP).

Como a citação por hora certa ocorre na pessoa de terceiro e o ato processual apenas se finalizará com a remessa de correspondência da peça inicial pelo escrivão para o réu, quando estariam esgotadas as tentativas de comunicação deste, a celeuma quanto ao momento da contagem do prazo voltou à tona.

Todavia, mais uma vez a jurisprudência apaziguou a discussão e adotou solução similar àquela do processo civil, considerando a remessa da correspondência formalidade essencial para a finalização do ato, mas indiferente para a contagem de prazo, e admitindo, como termo inicial para a resposta, a data da realização da última diligência por parte do oficial de justiça.

É o que se extrai do trecho da Reclamação nº TJ/DF 0013723-37.2011.8.07.0000 abaixo transcrito:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. ARTIGO 362 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COMUNICAÇÃO DO ATO AO CITANDO DENTRO DO PRAZO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. REQUISITO NÃO OBSERVADO. NULIDADE DA CITAÇÃO FICTA. CONCESSÃO DA ORDEM.
1 A citação por hora certa, prevista no artigo 362 do Código de Processo

⁵⁰ Art. 406, § 1º O prazo previsto no caput deste artigo será contado a partir do efetivo cumprimento do mandado ou do comparecimento, em juízo, do acusado ou de defensor constituído, no caso de citação inválida ou por edital.

Penal, é ato formal que exige a observância de requisitos de natureza objetiva e subjetiva: o réu deve ser procurado em três ocasiões distintas e o Oficial de Justiça deve afirmar a suspeita de ocultação. Aplicam-se subsidiariamente, nesse caso, os artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil, que determinam que o citando deva ser intimado da citação ficta pelos correios, com Aviso de Recebimento (AR). A norma não especifica prazo para cumprir essa diligência indispensável ao aperfeiçoamento do ato citatório, mas doutrina e a jurisprudência consolidaram o entendimento de que deva ocorrer no prazo da resposta à acusação. Apesar de não interferir na contagem do prazo para a resposta, que se inicia na data da entrega pelo Oficial de Justiça da contrafé ao porteiro do condomínio onde reside o citando, a carta complementar não é mera formalidade, mas procedimento essencial ao aperfeiçoamento e à validade da citação ficta. Sendo a carta confirmatória remetida cinquenta dias depois da citação ficta, caracterizou ofensa ao devido processo legal, implicando a nulidade do ato citatório por ausência de requisito formal (grifo nosso).

[...]

3 Ordem concedida para declarar a nulidade do processo⁵¹.

Com efeito, o próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, editando a Súmula nº 710, que esclarece que “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”. Logo, entende-se por sanada a divergência então exposta.

Por fim, há quem também discuta sobre de quem seria a competência para a decisão de se promover a citação por hora certa. A questão se resumiria sobre a possibilidade ou não de oficial de justiça, por si só, analisando as circunstâncias fáticas, decidir pela citação por hora certa sem a prévia determinação do juízo.

No ponto, vale lembrar que nem a redação anterior da norma nem atual exigem um prévio despacho do juízo determinando a realização dessa modalidade de citação, cabendo apenas ao oficial de justiça, ante a compatibilidade dos fatos com as diretrizes legais, a decisão de promover ou não a realização da citação por esse meio, sendo essa a posição amplamente adotada pela jurisprudência. Evidentemente, isso não significa a ingerência do juízo sobre o ato, que poderá ser anulado no caso da não constatação de requisitos exigidos.

⁵¹ Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em 6 março 2017.

4.3 Breve visão de Direito Comparado

Inegavelmente, a sociedade contemporânea é marcada pela interação entres os mais diversos sistemas que, apesar de independentes, se relacionam de forma constante, por isso o Direito Comparado tem se mostrado como importante fonte de informação e expansão do conhecimento jurídico, já que permite a análise prática da aplicação de mecanismos jurídicos capazes de solucionar problemas em comum, viabilizando a sua importação e aprimoramento.

Nesse contexto, procurou-se analisar a legislação de alguns países, cuja matriz do sistema jurídico é a mesma do brasileiro, e que são signatários de tratados internacionais similares dos quais o Brasil faz parte, a fim de verificar como eles tratam a questão do réu que se oculta ao chamamento da justiça criminal.

Embora a citação por hora certa consista em uma inserção relativamente nova, e questionada, no processo penal brasileiro, pôde-se concluir que não se trata de uma inovação nacional, visto que outros países, incluindo signatários da CADH, já admitiam institutos similares em seu ordenamento. Logo, apesar a alegada incompatibilidade entre os textos legais, outras nações já previam uma solução para os casos de não localização do réu, permitindo o regular andamento da ação penal.

Esse é o caso da Argentina, signatária da CADH desde 1984, e que estabeleceu, na Lei nº 23.984, de 21 de agosto de 1991, procedimento semelhante para citações e notificações, ao prever que parentes, empregados ou vizinhos possam receber comunicações oficiais endereçadas aos investigados, caso não encontrados. Esse é o texto do dispositivo legal:

Art. 149 - Cuando la notificación se haga en el domicilio, el funcionario o empleado encargado de practicarla llevará dos copias autorizadas de la resolución con indicación del tribunal y el proceso en que se dictó; entregará una al interesado y al pie de la otra, que se agregará al expediente, dejará constancia de ello con indicación del lugar, día y hora de la diligencia, firmando juntamente con el notificado.

Quando la persona a quien se deba notificar no fuera encontrada en su domicilio, la copia será entregada a alguna mayor de dieciocho (18) años que resida allí, prefiriéndose a los parientes del interesado y, a falta de ellos, a sus empleados o dependientes. Si no se encontrare a ninguna de esas

personas, la copia será entregada a un vecino mayor de dicha edad que sepa leer y escribir, con preferencia el más cercano. En estos casos, el funcionario o empleado que practique la notificación hará constar a qué persona hizo entrega de la copia y por qué motivo, firmando la diligencia junto con ella. Cuando el notificado o el tercero se negaren a recibir la copia o a dar su nombre o firmar, ella será fijada en la puerta de la casa o habitación donde se practique el acto, de lo que se dejará constancia, en presencia de un testigo que firmará la diligencia (grifo nosso).

Si la persona requerida no supiere o no pudiere firmar, lo hará un testigo a su ruego.

A legislação ainda reforça o procedimento a ser adotado no art. 157, ao deixar claro que, se o denunciado não for encontrado, o procedimento do art. 149 deverá ser adotado como padrão, deixando o mandado na secretaria da vara, onde poderá ser retirado, usufruindo o tempo ainda restante para o atendimento da ordem judicial. Cumpre destacar que o código argentino também deixa a citação via edital apenas para os casos em que o paradeiro do denunciado é desconhecido, conforme estabelecido no art. 150 da legislação estrangeira.

Outro caso que merece destaque é o *Código Federal de Procedimientos Penales* mexicano, legislação processual penal datada de 1934, cuja adesão à CADH também é anterior à brasileira. Igualmente ao caso argentino, no México, admite-se a comunicação de atos processuais via terceiros ante a negativa do interessado ou a sua não localização.

Artículo 109 - Las notificaciones personales se harán en el tribunal o en el domicilio designado. Si no se encuentra al interesado en el domicilio, se le dejará con cualquiera de las personas que allí residan, una cédula que contendrá: nombre del tribunal que la dicte, causa en la cual se dicta, ranscripción, en lo conducente, de la de resolución que se le notifique, día y hora en que se hace dicha notificación y persona en poder de la cual se deja, expresándose, además, el motivo por el cual no se hizo en persona al interesado.

Si el que deba ser notificado se niega a recibir al funcionario encargado de hacer la notificación, o las personas que residen en el domicilio se rehúsan a recibir la cédula, o no se encuentra a nadie en el lugar, se fijará la cédula en la puerta de entrada (grifo nosso).

No artigo 182-b, alínea “c”, o procedimento é repassado, afirmando-se que se o investigado não for encontrado para a primeira notificação, ou seja, para ser citado, o oficial, na primeira visita, deverá designar dia e hora para retorno ao domicílio do

citando a fim de realizar o ato. Na oportunidade, se não encontrá-lo ou ele negar-se a receber a ordem, o meirinho deverá fixar a comunicação em local visível do domicílio, informando ao juízo os fatos e as circunstâncias em que ocorreram.

Cumprido destacar que ambas as legislações prescrevem a ocorrência de nulidades no caso de constatação de irregularidades durante o procedimento de citação que impliquem em comprometimento no direito de defesa.

Deixando os exemplos latino-americanos, vislumbra-se que prescrição semelhante à do *Pacto de San José da Costa Rica*, exigindo prévia e pormenorizada comunicação do denunciado, também é contemplada pela Convenção Européia de Direito dos Homens. Adotada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, a convenção entrou em vigor em 1953, e é um dos principais tratados do bloco europeu, definindo os direitos e liberdades a que cada um dos cidadãos que vivem na Europa podem reivindicar. Dispõe que:

Artigo 6.º - Direito a um processo equitativo [...]

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

- a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
- b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
- c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

Da mesma forma que a convenção americana, a européia defende o direito do acusado de ser informado previamente sobre os fatos a ele imputados, do tempo necessário para a preparação da defesa, além da garantia de defesa técnica, mesmo que gratuitamente.

Não obstante ao disposto, é possível identificar a existência de formas de comunicação de atos processuais similares à citação por hora certa, admitindo-se a possibilidade da continuação da ação no caso de ocultação do denunciado, sem que

isso implique em desrespeito às diretrizes estabelecidas pelo bloco comum europeu.

Analisando-se a legislação portuguesa, é possível notar a existência de dispositivos que orientam a realização da comunicação dos atos processuais, dentre elas a do “arguido”. No capítulo que cuida do assunto, é possível identificar procedimento com requisitos e orientações análogas à citação por hora certa e, da mesma forma que ocorre em território nacional, a citação por edital foi deixada para casos de desconhecimento da localização do acusado (art. 51, item 4, da legislação portuguesa).

É o que se extrai do texto abaixo:

Artigo 113.º Regras gerais sobre notificações

[...]

6 — Se:

- a) O destinatário se recusar a assinar, o agente dos serviços postais entrega a carta ou o aviso e lavra nota do incidente, valendo o acto como notificação;
- b) O destinatário se recusar a receber a carta ou o aviso, o agente dos serviços postais lavra nota do incidente, valendo o acto como notificação;
- c) O destinatário não for encontrado, a carta ou o aviso são entregues a pessoa que com ele habite ou a pessoa indicada pelo destinatário que com ele trabalhe, fazendo os serviços postais menção do facto com identificação da pessoa que recebeu a carta ou o aviso;
- d) Não for possível, pela ausência de pessoa ou por outro qualquer motivo, proceder nos termos das alíneas anteriores, os serviços postais cumprem o disposto nos respectivos regulamentos, mas sempre que deixem aviso indicarão expressamente a natureza da correspondência e a identificação do tribunal ou do serviço remetente.

A Espanha é outro país que prestigiou a eficácia dos atos processuais e instituiu medidas para se concretizar a citação de denunciados que, de alguma forma, tentam evitar a comunicação inicial do processo. O código espanhol estabelece que as citações devam ser realizadas sob o mesmo procedimento das notificações (art. 175), para as quais determina que o oficial diligenciará na casa do citando e, não o encontrando, deixará cópia da notificação com parente ou vizinho, que ficará encarregado de repassar a comunicação ao destinatário, sob pena de multa.

Artículo 172. Cuando a la primera diligencia en busca no fuere hallado en su habitación el que haya de ser notificado, cualquiera que fuere la causa y el tiempo de su ausencia, se entregará la cédula al pariente, familiar o criado, mayor de catorce años, que se halle en dicha habitación. Si no hubiere nadie, se hará la entrega a uno de los vecinos más próximos.

Artículo 173. En la diligencia de entrega se hará constar la obligación del que recibiere la copia de la cédula de entregarla al que deba ser notificado inmediatamente que regrese a su domicilio, bajo la multa de 25.

Esclarece, ainda, que se o acusado não comparecer no dia, local e hora designados, o oficial retornará ao endereço constante dos autos para averiguar as razões da ausência e, se considerá-la injustificada, poderá, inclusive, fixar multa ao denunciado.

Artículo 176. Cuando el citado no comparezca en el lugar, día y hora que se le hubiesen señalado, el que haya practicado la citación volverá a constituirse en el domicilio de quien hubiese recibido la copia de la cédula, haciendo constar por diligencia en la original, la causa de no haberse efectuado la comparecencia. Si esta causa no fuere legítima, se procederá inmediatamente por el Juez o Tribunal que hubiere acordado la citación, a llevar a efecto la prevención que corresponda entre las establecidas en el número 5) del artículo anterior.

Portanto, nota-se que a citação por hora certa não consiste em uma invenção nacional, mesmo quando aplicada ao processo penal.

4.4 (In) Constitucionalidade da Citação por Hora Certa no Processo Penal

Como já demonstrado, a adoção da citação por hora certa pelo processo penal não foi uma unanimidade entre os doutrinadores, que levantaram diversas questões sobre a adequação do instituto ao processo penal. Enquanto para alguns essa modalidade de citação implicou em avanço na condução do processo, dando-lhe maior flexibilidade sem perder a vigilância; para outros, significou em sacrifício de garantias constitucionais em virtude da adoção de presunções legais incompatíveis com os direitos tutelados na esfera criminal.

Essa multiplicidade de opiniões chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio do

Recurso Extraordinário nº 635.145/RS⁵², de relatoria do Ministro Marco Aurélio de Mello, ao qual foi dada repercussão geral, sob a justificativa de que o tema envolve o devido processo legal sob o ângulo da liberdade de ir e vir do cidadão. Assim, passa-se a analisar os argumentos levantados por cada uma das posições doutrinárias sobre a constitucionalidade do instituto, a fim de melhor formar opinião e concluir sobre o tema.

a) Posição pela Inconstitucionalidade

A principal justificativa defendida pelos doutrinadores que argumentam pela inconstitucionalidade do instituto é a suposta violação a direitos fundamentais garantidos pela Carta Maior (art. 5º, LV, CF) e aos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, especificamente o *Pacto de San José da Costa Rica* e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, cujas normas são materialmente harmônicas com a Constituição Federal.

Esses textos têm como objetivo assegurar as garantias referentes ao devido processo legal, consistindo na prestação da tutela jurisdicional justa, evitando que os cidadãos sejam submetidos a procedimentos inquisitivos e sumários, sem o direito de defesa garantido.

Comportam os direitos básicos dos indivíduos sob julgamento, nos quais se inserem o direito de ação, a igualdade de todos perante a lei, a imparcialidade dos julgadores e a ampla defesa, esta representada no texto das cartas internacionais como o direito de conhecimento prévio sobre os fatos pelos quais o indivíduo está sendo processado; direito esse expressado, na forma inicial, pela garantia da citação prévia e pormenorizada.

A doutrina que encampa essa tese lembra que os tratados internacionais citados, embora não admitidos no ordenamento com *status* de norma constitucional, nos

⁵²Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CITA%C7%C3O+HORA+CERTA+PENAL%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/gncajha> Acesso em: 6 junho 2017.

termos do § 3º, art. 5º⁵³, da CF, cuidam de direitos humanos, possuindo assim natureza jurídica de norma supra legal.

Portanto, suas diretrizes não poderiam ser depositas por meio de legislação ordinária, como a Lei nº 11.719/2008, o que infringiria a sistema de hierarquia das normas admitido no ordenamento jurídico brasileiro, devendo a legislação infraconstitucional ser objeto, ao mínimo, de controle de convencionalidade. É o posicionamento que se vê abaixo.

Entendida a sistemática, é preciso que se compreenda que há duro, e a meu ver correto, questionamento acerca da convencionalidade e da constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal.

O art. 8.º, 2, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos garante o direito de presença ao acusado e, por isso, não se pode admitir como convencional o disposto no art. 362 do CP. Ademais, também é de se compreender que este artigo viola a ampla defesa na medida em que o chamado processo *in absentia* não pode ser admitido quando se tratar de citação ficta.

Processos *in absentia* somente são admitidos quando se tratar de citação real. Caso contrário haverá violação tanto da Constituição Federal quanto da Convenção Americana de Direitos Humanos (DEZEM, 2015, p. 702).

Ademais, lembram que parte dos direitos garantidos, dentre eles o contraditório e a ampla defesa, já foi internalizada por dispositivos constitucionais próprios, reforçando a proteção conferida pelo ordenamento nacional, o que implicaria num conflito direto com o texto constitucional, acarretando também na inconstitucionalidade do dispositivo.

Os textos citados aduzem, ainda, que a inovação baseia-se em mera presunção de citação pessoal, já que não há verdadeira comprovação de que o citando realmente tomou conhecimento dos fatos a ele imputados. Em decorrência disso, adviria violação à ampla defesa e ao contraditório, já que o denunciado desconheceria os elementos da acusação e não lhe teria sido fornecido o direito a se manifestar nos autos e a produzir provas.

⁵³ Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Em razão disso, haveria violação frontal ao artigo 5º, LV, da CF, posto que a ausência de conhecimento sobre os fatos que lhe são imputados prejudicaria a bilateralidade processual determinada pelo contraditório, perdendo o denunciado o direito de influenciar na decisão da demanda, sendo julgado à revelia.

De forma geral, as normas que buscam consolidar regime de liberdade e de justiça processual, fundadas no respeito aos direitos humanos essenciais, restariam violadas, pois têm a citação como marco inicial para seu exercício e premissa do devido processo legal e outras garantias dele decorrentes.

Esses são os argumentos levantados por André Machado Maya e Nereu José Giacomolli em artigo sobre o tema, em que defendem

Com efeito, a introdução da citação por hora certa no processo penal incorpora ao âmbito dos procedimentos criminais um juízo de suficiência da presunção de que o acusado está ciente da acusação, algo aceitável no âmbito do processo civil se considerada a natureza dos interesses incorporados ao processo. Entretanto, na seara criminal, os interesses envolvidos são absolutamente indisponíveis, tanto que não se admite a resolução de problemas penais fora da jurisdição oficial estatal (2009, p. 07).

Lembram os autores que a natureza dos direitos tutelados pelo direito penal e processual penal não permitiria a ação baseada em meras presunções, pois as consequências seriam extremamente danosas, ao contrário do que ocorre no processo civil, esfera para a qual o instituto foi previsto e que admitiria flexibilizações em prol da celeridade.

Outros doutrinadores destacam que a situação relatada poderia “ressuscitar” a revelia no processo penal, extinta em 1996 pela Lei 9.271/1996 que, ao dar nova redação ao artigo 366, do CPP, impediu o seguimento das ações penais nas quais o denunciado não fosse citado pessoalmente, ao determinar a suspensão do processo até o comparecimento pessoal do réu ou nomeação de advogado.

Por esse motivo é que alguns defendem que o procedimento aplicado à citação por hora certa deveria ser o mesmo dedicado à citação por edital, na qual ocorre a suspensão da ação (LOPES JR, 2013, p. 751).

Outra ponderação diz respeito aos poderes conferidos ao oficial de justiça, a quem caberia avaliar as circunstâncias fáticas ensejadoras da citação por hora certa e decidir sobre prática do ato, limitado a mera certificação nos autos. Seria uma autonomia conferida a um servidor incompatível com o processo penal e capaz de levar a abusos de conduta ou avaliação equivocada, desvirtuando o objetivo da citação.

Aury Lopes Júnior, em citação a Roberto Delmanto Júnior, se manifesta nesse sentido

Em que pese a resistência dos processualistas penais, a Lei n. 11.719 trouxe – numa infeliz transmissão de categorias do processo civil – a chamada “citação por hora certa” para o processo penal brasileiro. É uma forma extremamente perigosa de comunicação ao réu da existência de uma acusação.

Com razão, DELMANTO JUNIOR aponta que ‘a citação por hora certa, por acabar ressuscitando a possibilidade de haver processo sem o conhecimento da acusação, nomeando-se defensor dativo, com base em critérios subjetivos do oficial de justiça de que ele tem ciência da acusação. A isso se acrescenta o perigo de confiar a um oficial de justiça o poder (e conseqüente abuso) de determinar a situação de inatividade processual do acusado, com as graves conseqüências que pode gerar. (2013, p. 748-749).

Por fim, argumenta-se que a nomeação de defensor dativo é insuficiente para necessidade de defesa do réu, uma vez que ele não teria nenhum contato como acusado, não dispondo de informações e outra versão sobre os fatos narrados na denúncia, o que traduziria em uma defesa *pro forma*, apenas para constar nos autos, mas deficiente na prática, argumento que não se sustenta, como se verá em momento oportuno.

b) Posição a favor da Constitucionalidade

Noutro giro, a novidade foi bem recebida por muitos doutrinadores, que não viram maiores obstáculos para a transposição da sistemática da citação por hora certa do processo civil para o processo penal, vislumbrando um avanço na legislação, até então defasada e inadequada para a realidade social contemporânea.

A corrente doutrinária pela constitucionalidade não identifica incompatibilidades entre a citação por hora certa e o ordenamento brasileiro vigente, o que inclui os tratados internacionais de direitos humanos. Afirmam que os referidos tratados instituem direitos, que podem ser dispensados pelo réu; logo toda pessoa acusada por um delito tem direito a garantias mínimas relativas ao devido processo legal, dentre elas a de comunicação prévia e pormenorizada da denúncia, mas isso não significa que ela é obrigada a usufruir de seus direitos.

Dessa forma, cabe ao Estado dar ao réu a possibilidade de tomar ciência dos fatos que a ele estão sendo imputados e oportunizar-lhe a defesa, no entanto cabe a ele decidir se quer gozar desses direitos ou não.

Nessa linha, o art. 8, n.2, alínea “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/1992) estabelece que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, à garantia mínima da “comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada”, que pode ser interpretado como comunicação real ou pessoal, ou seja, efetivamente realizada e não ficta (como é a citação por edital e a citação por hora certa).

A nosso ver isso não impede, no processo penal, a citação por hora certa, mas exige redobrado cuidado na verificação dos pressupostos que a ensejam, a fim de que essa “garantia mínima” seja satisfeita. O Estado não pode ficar a mercê daquele que, deliberadamente, se oculta especificamente para não ser citado. Em outras palavras, o próprio beneficiário da garantia é que procura frustrá-la, e não o Estado (FEITOZA, 2008, p. 164).

Por outra ótica, lembram que a legislação é cuidadosa ao estabelecer critérios para a realização da citação por hora certa, deixando a clara mensagem de que é aplicável a situações excepcionais e devidamente fundamentadas, não substituindo a regra geral de citação pessoal. Nessa esteira, para a validade dos atos, são necessárias várias cautelas, tanto por parte do servidor que a realizará, quanto por parte do juízo, de quem partirá a palavra final sobre eventual vício.

Assim, somente após (i) duas tentativas frustradas de citação no endereço em que o mandado deverá ser cumprido, o oficial deverá certificar pormenorizadamente os elementos que o levaram a concluir pela intenção de ocultação do réu, (ii) avisar a um terceiro sobre seu retorno, com dia e hora previamente definidos, (iii) novo comparecimento para intimá-lo no dia e horário marcados, quando deixará cópia da

denúncia, (iv) encaminhar os documentos à vara, que finalizará o ato como envio de correspondência ao endereço da citação, enviando-lhe novamente cópia da contrafé, é que a atuação do meirinho estará completa e o procedimento citatório, finalizado.

Desse modo, são ao menos quatro oportunidades que o réu terá para tomar conhecimento do integral termo da denúncia, não havendo, portanto, que se falar em violação ao direito à defesa ou ao contraditório, já que oportunizados ao denunciado, este optou por não exercê-los.

Um dos doutrinadores que aderem a esse posicionamento doutrinário é Gustavo Badaró, para quem:

Quando o réu, procurado para ser citado pessoalmente, se ocultar para obstacularizar a citação, caberá a citação com hora certa. Trata-se de modalidade de citação ficta, mas que, diferentemente da citação por edital, em que o acusado efetivamente não tem ciência de que está sendo processado, no caso de citação com hora certa, o acusado sabe ou, no mínimo, suspeita que existe um processo contra ele e se oculta para impedir a persecução penal. Justamente por isso, em tal caso, a citação com hora certa e o prosseguimento do processo, sem a presença do acusado, não viola o dispositivo do art 8.2, b, da CADH, que lhe assegura o direito de ser comunicado da acusação, pois eles sabem que o processo existe, e não se defende porque prefere se ocultar (BADARÓ, 2015, p. 367).

Ademais, argumenta-se que o dispositivo visa a evitar o abuso de direito e conferir celeridade à ação penal, porquanto, antes da redação dada pela Lei nº 11.719/2008, era conferido ao denunciado que buscava se ocultar o mesmo tratamento para aquele que realmente não era encontrado pelo juízo, e com isso ocorria a desnecessária suspensão do processo e a procrastinação da ação penal.

Frisam que o ato, por si só, não implica no seguimento da ação sem a cientificação do réu, que se omitiu para evitar a conclusão do ato e, portanto, não poderia alegar nulidade por se tratar de situação que ele mesmo teria dado causa.

Nesse sentido são as palavras de Andrey Borges de Mendonça

Desde logo, não há que alegar eventual inconstitucionalidade da aplicação, no processo penal, da citação por hora certa. Embora o acusado tenha

direito de ter ciência da acusação, não pode se valer da própria torpeza, ocultando-se, para posteriormente, alegar falta de conhecimento da acusação. Se o réu se oculta – e isto é o ponto central da medida, que deve estar bem justificada na certidão do oficial de justiça -, não poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para a qual tenha concorrido (2008, p. 217).

Por fim, argumentam que, caso se verifique que o instituto foi mal aplicado ou houve erro quanto à avaliação de seus requisitos, sempre é possível arguir nulidades no processo penal em prol da defesa, especialmente quando estas impliquem em redução ou supressão de garantias constitucionais, com o contraditório e a ampla defesa.

Nesses casos, podendo o defensor lançar mão de diversos meios de impugnação para questionar os fatos, que variam de simples petição a recursos, chegando até mesmo à possibilidade de desconstituir a coisa julgada penal por meio de Revisão Criminal ou *habeas corpus*, já que a decisão não se estabiliza para a defesa.

5 DISCUSSÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA. O NECESSÁRIO EQUILÍBRIO ENTRE OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS E OS OBJETIVOS DO PROCESSO

Como visto ao longo desse trabalho, a citação é o ato processual apto a trazer o demandado para o polo passivo na ação, dando-lhe ciência das alegações trazidas na inicial e dos pedidos aduzidos pelo autor, já que consiste em

[...] ato formal, realizado na forma e hipóteses previstas, em lei, que completa o triângulo da relação processual e, além de se constituir em uma vinculação do imputado ao processo, vem possibilitar que o mesmo realize sua ampla defesa, assegurando-lhe o exercício do contraditório, sendo assim, o ato de comunicação mais importante do processo [...]. (POLASTRI, 2016, p. 917).

Ingressando no feito, poderá o réu citado permanecer inerte, o que demandará a nomeação de um defensor dativo para atuar em favor deste, bem como poderá apresentar resposta à acusação, na qual poderá atacar o mérito da denúncia de forma direta, oferecer exceções pessoais, suscitar questões que demandem ação declaratória incidental ou mesmo limitar-se a indicar testemunhas, sem adiantar qualquer tipo de tese defensiva.

Desse modo, a efetividade do ato de comunicação processual se mostra como elemento indispensável ao pleno exercício dos direitos e faculdades conferidos às partes. A falta desse ato processual ou a imperfeição dele implicam sempre prejuízo ao contraditório, comprometendo toda atividade subsequente (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 2010, p. 96).

A citação se manifesta em caráter dúplice, uma vez que tem como fim convocar o réu a integralizar a relação processual e conferir-lhe informações suficientes para se manifestar e se defender na ação que passa a compor. Assume a genuína expressão da garantia individual dos demandados não só de ter ciência dos fatos, como de poder influenciar na construção de um resultado, o que em alguns casos pode significar a defesa da liberdade do cidadão.

É considerada o marco inicial para o exercício do contraditório e da ampla defesa,

pois dá ao demandado todas as condições de se inteirar dos termos da inicial e de exercer os atos pertinentes de resistência. Manifesta-se como direito de ser informado e de reação.

Se é verdade que o direito de defesa é impostergável, a citação não pode deixar de ser considerada em lei como essencial, porque por meio dela é que o autor dá ao réu conhecimento da sua demanda – da *res petita* e da *causa petendi*, ao mesmo tempo que o chama a juízo para defender-se. O exercício do direito de defesa, depende, pois, da citação. Sem ela, a lei considera nula a ação ou execução (LIEBMAN, 2004, p. 118).

Por isso, a citação deve ser prévia e minuciosa conferindo à parte interessada tempo suficiente de reação, permitindo o contraditório efetivo e equilibrado, sob pena de nulidade. Ademais, não basta oportunizar o direito à defesa, é necessário também fornecer meios de exercício desse direito, como o do prazo razoável para a resposta (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2005, p. 58).

Violar os pressupostos básicos do núcleo essencial do direito de defesa é negar a aplicabilidade a diversos direitos fundamentais do cidadão. Por esse motivo, a citação é coberta de formalidades processuais, já que deve ser efetiva.

Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier (1997, p. 273),

A lei processual, então, estabelece formas, cuidadosamente, para que este objetivo seja efetivamente atingido. O alcance deste objetivo é de capital importância para a estrutura do processo civil no mundo ocidental, de regime democrático, de que deriva um princípio a que converge a grande maioria dos dispositivos do Código: o do contraditório. Sendo obedecidas, de forma ortodoxa, as regras que a lei impõe para que se proceda a citação, dá-se o objeto por cumprido, pois as formas são integralmente reguladas, de molde que, através delas, quase que se garanta a eficácia do ato.

Contudo, mesmo sendo viés necessário para se honrar princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, formalidades excessivas não podem engessar o ato processual.

Assim, para se configurar a existência de vício comprometedor a ponto de afetar até mesmo a existência da ação, deve estar comprovado o prejuízo à parte demandada, implicando em real comprometimento de suas garantias constitucionais. Isso porque

o apego excessivo às formas cria um processo rígido e conduziria os sujeitos processuais ao oposto das ideias garantistas, anulando um processo válido e acarretando a repetição desnecessária de diversos atos.

E é nesse panorama que a citação por hora certa encontra espaço no processo penal, até então rigidamente ligado às formas, mesmo quando não houvesse justificativa plausível para tanto. Como já explanado, até 2008, para as situações em que o réu estava se ocultando para não receber a citação, era cabível a citação por edital, não podendo o juízo tomar qualquer atitude ante a negativa do denunciado de se curvar à aplicação da lei.

Mesmo quando comprovada a evidente tentativa de se esquivar da citação, o juízo e o oficial de justiça nada podiam fazer a não ser certificar que o demandado não havia sido localizado, o que implicava na indevida prolongação da ação penal. No entanto, ante o primeiro sinal de flexibilidade da opção da modalidade de citação, diversas críticas doutrinárias apontaram para sua suposta inconstitucionalidade, opinião com a qual não se concorda.

A principal delas, sem dúvida, diz respeito à compatibilidade ou não da medida com a garantia de ciência prévia e pormenorizada do processo, assegurada no art. 8.2, b, do *Pacto de San José da Costa Rica*, pois, caso o acusado não apareça ou não constitua advogado, o processo continuará regularmente, não sendo suspenso como ocorre na citação por edital.

A grande questão levantada no ponto é quanto à possibilidade de a ação prosseguir sem que o réu tenha ciência do processo, ou seja, que a ação corra a sua revelia, criando obstáculos ao exercício pleno da defesa, uma vez que a citação é o ponto de partida para o exercício das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, algumas considerações se fazem necessárias. Não se pode olvidar que as circunstâncias fáticas que subsidiam a citação por edital e por hora certa se diferenciam (e muito), por isso a solução dada pelo legislador é, e deve ser, diferente

e adequada a cada uma delas.

Nos casos de citação por edital, o denunciado não foi encontrado e não há qualquer perspectiva de que ele possa ser, não havendo qualquer sinal de que saiba que está sendo processado. A situação é confirmada quando ele não se apresenta ao Judiciário e não constitui advogado, motivo pela qual a ação é suspensa nos termos do art. 366, do CPP.

Por outro lado, ainda que em circunstância aparentemente similar, mas com a qual não se confunde, na citação por hora certa o acusado sabe que contra ele há um processo e que um servidor do Judiciário o procura para inteirá-lo sobre os termos da ação, o que se concretizaria com a citação pessoal. Porém, aqui, ele se oculta, evita qualquer contato para que essas informações cheguem oficialmente a seu conhecimento.

Desse modo, na situação prevista no artigo 362, do CPP, a falta de comunicação pessoal se dá em virtude de comportamento intencional do próprio réu e não por falha do Estado em encontrá-lo. O gozo das garantias constitucionais, ainda que oportunizadas ao denunciado, é obstacularizado pelo comportamento evasivo dele e não por uma omissão estatal. Assim, nada mais natural que aquele que deu causa ao andamento irregular da ação arque com o ônus do desvio procedimental.

Com a minirreforma de 2008, o legislador viu a oportunidade de corrigir a discrepância apresentada pelo texto legal, que conferia tratamento idêntico para situações tão diferentes, ao ignorar o comportamento de má-fé de uma das partes e o conseqüente prolongamento desnecessário da ação penal.

Ainda que para alguns doutrinadores a possibilidade de suspensão da ação, nos termos do art. 366 do CPP, não implicasse, necessariamente, em uma benesse, face à ocorrência da suspensão da prescrição, o que, em tese, reduziria o benefício auferido com a mora processual; o fato é que o passar do tempo dificultaria a instrução probatória, podendo levar à dificuldade de se provar os fatos narrados ou mesmo a desistência de se procurar o denunciado no endereço indicado na

diligência, sob a falsa perspectiva de que ele não se encontra no local.

Haveria, no caso, verdadeira ofensa à duração razoável do processo, um dos corolários da prestação da tutela jurisdicional. Segundo esse princípio, as demandas judiciais devem demorar o tempo necessário para a resolução de cada caso, especialmente no que tange à seara criminal, onde a atividade instrutória deve ser exaustiva, antes e durante a ação penal, mas isso não significa que ações protelatórias devem ser toleradas, especialmente quando o decurso do prazo pode significar na ineficácia ou injustiça da decisão judicial.

O processo nasceu para retardar e dilatar o próprio tempo da reação. Mas, ao lado dessa regra basilar, devemos (também) considerar que o processo que se prolonga indevidamente conduz a uma distorção de suas regras de funcionamento, e as restrições processuais dos direitos do imputado, que sempre são precárias e provisórias, já não estão mais legitimadas, na medida em que adquirem contornos de sobre-custo da pena processual, algo intolerável em um Estado Democrático de Direito (LOPES JR; BADARÓ, 2009, p. 131).

Assim, a novidade legislativa buscou harmonizar a aceleração prejudicial ao exercício da ampla defesa e a dilação indevida, o que não é tarefa fácil, motivo pelo qual as medidas com esse objetivo foram cercadas de cuidado, o que não as tornam inadequadas ou inconstitucionais. A conjugação desses fatores deve ser suficiente para resguardar a função social do processo e a eficácia da prestação jurisdicional sem implicar na supressão de etapas ou na legitimação de arbitrariedades, com julgamentos sumários marcados pela violação dos meios adequados de defesa.

Esse foi o escopo da minirreforma, que procurou reorganizar os procedimentos e criar soluções para evitar medidas protelatórias habitualmente manejadas e que não consistiam, obrigatoriamente, em expressão do direito de defesa. Exemplo disso foi a extinção do recurso denominado “Protesto por Novo Júri”, cujo único requisito de admissibilidade era a existência de condenação superior a vinte anos, carecendo de qualquer indicação de outro fundamento jurídico para se justificar uma revisão da sentença.

A intenção do legislador ficou clara na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.027/2001, que deu origem à Lei nº 11.719/2008, onde se registrou que:

Para garantir a eficácia do processo e a ampla defesa, visando a favorecer a punibilidade concreta das infrações penais, mantendo-se todas as garantias do acusado, previstas na Constituição Federal, leis e tratados celebrados pelo Brasil, estão sendo propostos procedimentos penais ágeis e objetivos, cuja dinâmica será facilmente notada pela sociedade⁵⁴.

Por outro lado, deve-se ter em mente que as garantias conferidas pela Constituição aos denunciados não implicam na obrigação de um comportamento ativo por parte deles. Deve o Estado dar todas as condições para que os cidadãos se manifestem e mostrem sua versão dos fatos perante o Judiciário, mas a decisão de assim fazê-lo é intimamente do réu, que deverá suportar o ônus de sua omissão ou aproveitar ao máximo suas alternativas de defesa, sempre nos limites da boa-fé processual.

Lembramos aqui que a concepção de ampla defesa comporta duas vertentes: a defesa técnica e a autodefesa.

A primeira, essencial e indisponível nas ações penais, deverá ser patrocinada ao réu de qualquer forma, ainda que pela via estatal, seja viabilizando profissionais concursados para a assistência judiciária gratuita, seja pela nomeação de defensor dativo ao réu que, citado por hora certa, não comparece em juízo. Consiste na forma de garantir a paridade das armas entre as partes da demanda, já que a acusação está representada pelo Ministério Público ou por advogado do querelante, ambos profissionais qualificados, de forma que a ausência de defesa técnica em prol do denunciado prejudicaria a boa prestação jurisdicional, visto o desequilíbrio na condução da demanda.

Por outro lado, a autodefesa é uma faculdade conferida aos denunciados, de cunho estritamente pessoal, e que pode ser dispensada pelo réu. Dividi-se em direito de presença, de audiência e de postular pessoalmente e, por compreender atividades voluntárias do denunciado, este não está obrigado a exercê-las quando entender que esses comportamentos não acrescentam na sua situação na demanda. Trata-se também de um desdobramento do princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), logo o réu pode se negar a

⁵⁴ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD30MAR2001VOLI.pdf#page=615>. Acesso: 21 setembro 2016.

fornecer qualquer tipo de informação, declaração, dado, objeto ou prova, e isso inclui exercer seu direito de (auto) defesa.

Com base nisso, verifica-se a completa compatibilidade entre a citação por hora certa com os princípios básicos relacionados à ampla defesa e ao contraditório, já que não há razão para obrigar o réu que se oculta a comparecer em juízo, tampouco há razão para beneficiá-lo com uma suspensão do processo em decorrência dessa ausência. Por outro lado, deve-se ter em mente que a defesa técnica foi garantida com a nomeação de defensor dativo, profissional pré-selecionado pelo Judiciário e capaz de contribuir com teses defensivas, independente da vontade do réu.

Logo, há que se concluir pela compatibilidade da citação com hora certa com o artigo 8.2, b, do *Pacto de San José da Costa Rica* e do artigo 5º, LV, da CF, já que o Estado empreendeu esforços para realizar a citação pessoal e dar ciência ao denunciado sobre o texto integral da denúncia, o que não se concretizou de forma pessoal por liberalidade do citando.

No mesmo sentido, é a opinião de Marcellus Polastri:

No primeiro caso (edital), o acusado de forma segura não saberá do processamento, caso, evidentemente, não tenha conhecimento por forma outra, e daí a incidência do Pacto de São José da Costa Rica, e a adequação da lei brasileira, com a suspensão do processo quanto a este réu citado por edital, na forma do art. 366, *caput*, CPP.

Mas, em se tratando de citação com hora certa, não é patente que o acusado não tenha conhecimento de que está sendo processado, pois aqui existe um processo instaurado em seu desfavor, tem ciência de que um oficial de justiça o procura, e se oculta para não ser citado, não havendo, assim violação ao art. 8.2, b, da CADH (2016, p. 922).

Ademais, como já relatado, países signatários de tratados internacionais com prescrições iguais ou parecidas com os do Brasil também admitem a possibilidade de citações fictas para os casos em que o acusado, com endereço certo, não é encontrado. Nos casos analisados em tópico próprio, a prescrição legislativa estrangeira é anterior à brasileira, deixando claro que outros países já veem buscando mecanismos para evitar a má-fé processual das partes, sem, contudo, interpretar as saídas dadas pelo legislador como uma ameaça às garantias

processuais básicas dos indivíduos.

Frisa-se que, em primeira análise, mesmo contestada, a legislação brasileira é mais conservadora do que os exemplos analisados, ao conceber a possibilidade de citação por pessoa interposta apenas nos casos em que comprovada a intenção de ocultação do citando, além de exigir diversas formalidades, como dois comparecimentos do serventário, em dias e horários distintos, para o cumprimento da diligência, além a exigência de posterior notificação postal.

A análise dos exemplos citados não deixa dúvidas de que o processo penal brasileiro passa por um período de readequação necessária ao admitir novos procedimentos outrora internalizados em alguns países, adaptando-se às novas conjunturas sociais. No entanto, não se pode afirmar que esse processo implique em redução de garantias.

Desse modo, é inegável que países democráticos e internacionalmente comprometidos com a defesa dos direitos humanos também buscaram compatibilizar todo o complexo de garantias abarcadas pelo devido processo legal, adequando os procedimentos às diversas circunstâncias fáticas, sem considerar que a harmonização dos diversos elementos, dentre elas o direito de defesa e o de processo justo, eficaz e com razoável duração, implique necessariamente em supressão de direitos.

Por fim, não se pode ignorar a posição doutrinária defendida por Ada P. Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antônio S. Fernandes (2010, p. 107) de que haveria, na verdade, uma lacuna na nova legislação, que deixou de prever solução para os casos em que o réu, citado por hora certa, não comparecesse em juízo.

Para os autores, nesses casos não se poderia comprovar que o réu teve ciência dos termos da denúncia, já que o ato de comunicação ocorreu de forma indireta e sem resultado prático, situação para a qual o legislador não positivou consequência específica, deixando de apontar se o réu seria tratado como revel, seguindo o processo, ou se este ficaria suspenso, como nos casos de citação por edital.

Esclarecem que

Da nossa parte, e na linha do que sempre sustentamos, entendemos que a única interpretação possível é aquela que privilegia a efetividade do direito de defesa, que no caso só estará assegurado com a extensão da suspensão também para a nova situação do acusado citado com hora certa. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2010, p. 107).

Os citados autores partem do princípio de que o art. 367⁵⁵ do CPP apenas autorizaria o prosseguimento da ação penal quando o acusado fosse citado pessoalmente e não comparecesse por motivo injustificado, o que não corresponderia às situações em que o réu citado por hora certa deixasse de comparecer.

Esse também é o posicionamento defendido por Guilherme de Souza Nucci

Por outro lado, passou-se a admitir, também, a citação por hora certa (Art. 362, CPP), verificando-se que o réu se oculta para não ser citado (citação ficta). Nesses casos, haverá, certamente demora no procedimento, além do que, em muitas situações, o réu não comparecerá, nem constituirá advogado. Assim, sendo conforme dispõe o art. 366, caput, do CPP, será o processo suspenso até que seja encontrado, suspensa igualmente a prescrição. Defendemos, ainda, que igual suspensão deve ocorrer se houver citação por hora certa, desde que o acusado não compareça (2014, p.462).

Em que pese todo respeito pela posição apresentada, essa não parece a melhor saída para o caso. Como preteritamente explanado, o legislador buscou a celeridade e a efetividade para os casos em que for comprovado o comportamento malicioso do denunciado, assim garantir a ele o mesmo tratamento ao denunciado não encontrado e com paradeiro desconhecido significaria ir de encontro a tudo que se pretendeu com a nova legislação. Seria, na verdade, torná-la ineficaz, já que levaria os operadores do direito ao *status quo ante*, ou seja, ressuscitaria o tratamento conferido pela legislação anterior e que se tentou abolir com a reforma.

Outro argumento levantado para questionar a constitucionalidade do instituto é o de

⁵⁵ Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

que a defesa técnica prestada pelo defensor dativo é deficiente, o que também não parece razão suficiente para desconstruir a constitucionalidade da nova modalidade de realização do ato processual de citação.

É certo que um advogado que teve a oportunidade de ouvir de seu cliente a versão dos fatos pode traçar uma linha de defesa mais consistente, mas isso não quer dizer que um profissional não possa efetuar uma defesa com qualidade técnica sem a prévia audiência do defendido.

Lembra-se que defensores dativos são sistematicamente nomeados em ações penais, normalmente ante a impossibilidade de o denunciado financiar uma defesa particular, e não é por essa razão que as ações são consideradas nulas, na verdade isso normalmente é visto como prestígio à ampla defesa. Como já relatado em linhas pretéritas, o próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre o assunto, esclarecendo que no “processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só a anulará se houver prova de prejuízo para o réu”⁵⁶.

Ademais, se consideramos que o réu possa aparecer e confessar os fatos, por que se deve acreditar que a opção pelo silêncio é prejudicial? Afinal, se o próprio réu não quer trazer suas razões aos autos, não faz sentido exigir isso de um defensor ou entender pela ocorrência de nulidades, até mesmo porque eventual deficiência será criada pela parte interessada que, portanto, não poderá questioná-la. O silêncio deve ser visto como uma manifestação do direito de autodefesa.

Também não se pode olvidar que evitar a citação pessoal, abrindo a possibilidade de suspensão do processo de forma indistinta, provocada, sem considerar o intuito de burla à legislação penal, consubstancia em abuso do direito de defesa. Esse comportamento malicioso vai de encontro a um dos corolários do direito que determina que “ninguém pode alegar da própria torpeza para se beneficiar” (*nemo turpitudinem suam allegare potest*), por isso não havia motivos para se manter essa lacuna na lei, inclusive porque esse tipo de comportamento comprometeria o

⁵⁶ Súmula nº 523 do STF.

princípio da duração razoável do processo.

Em artigo sobre a teoria do abuso do direito de defesa aplicada ao processo penal, Fábio Wellington Ataíde Alves lembra que

Aplicação da teoria do abuso de direito de defesa no processo penal se funda principalmente no devido processo legal. Não há dúvidas que são abusivas as condutas desarrazoadas ou que, dito de outro modo, contrariam o regular exercício de ampla defesa e contraditório. A garantia do devido processo legal deve ser estabelecida com um fim útil e não para *el ejercicio abusivo de derechos*. O processo penal constitucional não recepciona o modelo *adversarial*, que remonta à ideia liberal-individualista de um juiz neutro, inerte, cuja função instrutória se subordina à atitude das partes (2007, p. 91).

O citado autor ainda destaca que o direito de defesa não possui caráter absoluto ou ilimitado, superando a ideia de que os direitos fundamentais serviriam apenas como impeditivos de um determinado comportamento do Estado (modelo liberal). A realização dos direitos individuais depende não só de reações estatais positivas (modelo social), como também de diversos outros fatores, como a eficácia horizontal desses direitos, isto é, a eficácia perante terceiros, de modo que os titulares dos direitos fundamentais devem ser protegidos contra ameaças e violações por parte de outros cidadãos (ALVES, 2007, p. 84).

É certo que posturas mais protecionistas em relação ao direito de defesa têm razão de ser, visto as experiências autoritárias vividas no passado recente, quando não havia nenhuma segurança jurídica em relação à observância dos direitos fundamentais e ao devido processo legal, e é natural que o legislador tenha respondido a esses anseios com a criação de normas e princípios que resguardassem o direito de participação processual e ao julgamento justo e imparcial.

Todavia, em tempos de democracia e de consolidação das instituições, é necessário estabelecer um equilíbrio entre o poder punitivo estatal e o abuso de defesa, de forma que a segurança jurídica e a celeridade processual estejam em harmonia e não a serviço de um interessado, seja ele o Estado ou o indivíduo sob o crivo do Judiciário.

A Constituição Federal garante diversos direitos aos acusados em geral, contudo também resguarda os demais cidadãos. Logo, a convivência harmônica desses dispositivos deve ser observada no campo prático, sob pena de gerar conflitos entre as normas constitucionais e um desequilíbrio entre os indivíduos, levando a uma instabilidade social desnecessária.

Desta forma, podem surgir conflitos entre o modelo garantista e a eficácia que se espera do sistema penal. Vale dizer: no extremo, um sistema que privilegie absolutamente os direitos e garantias individuais dificilmente conseguirá a punição de algum culpado. Por outro lado, novamente levado ao extremo, sistema que se afaste dos direitos e garantias individuais e busque cegamente a efetividade do processo não cumprirá da mesma forma com os mandamentos constitucionais.

Este dilema, na forma como o vemos, é aparente: isto porque a ideia tracada no parágrafo anterior refere-se a situações limite, em que se privilegia absolutamente uma vertente em detrimento da outra.

Deve o operador do direito interpretar a legislação e aplicar seus institutos de forma a compor a equação da seguinte forma: máxima eficácia com máximo garantismo.

Isto porque tais conceitos não são antitéticos, ou seja, não são contraditórios entre si. É certo que a busca pelo equilíbrio entre as diversas vertentes não é tarefa fácil para o operador do direito, contudo, não pode jamais ser abandonada (DEZEM, 2015, p. 45)

De mais a mais, na ótica do neoprocessualismo⁵⁷, as ações judiciais são baseadas em uma postura democrática e cooperativa, devendo as partes contribuir efetivamente para a formação do processo e a construção das decisões, enquanto o magistrado age na condução equilibrada da ação, garantindo a observância dos direitos constitucionais e inadmitindo condutas abusivas que frustrariam aplicação da lei penal. É justamente isso que a minirreforma processual de 2008 procurou estabelecer.

Com efeito, não há mais espaço para um sistema processual rígido, como um fim em si mesmo. Há que se ter em mente que o direito processual tem seu lugar como

⁵⁷ Movimento que busca os fins públicos do processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, suplantando os interesses individuais das partes na solução do litígio. Consiste no “fenômeno da constitucionalização dos direitos e garantias processuais, porque, além de retirar do Código de Processo a centralidade do ordenamento processual (fenômeno da descodificação), ressalta o caráter publicístico do processo” (CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-4).

um instrumento de realização da justiça, devendo atender às finalidades sociais e políticas, configurando assim a finalidade metajurídica da jurisdição, e é aqui que entra o processo com duração razoável, em contraposição ao uso excessivo e irracional das formas.

Cândido Rangel Dinamarco faz, brilhantemente, a distinção entre a instrumentalidade negativa e positiva do processo:

*A instrumentalidade do processo é vista pelo aspecto negativo e pelo positivo. O negativo corresponde à negação do processo como valor em si mesmo e repúdio aos exageros processualísticos a que o aprimoramento da técnica pode insensivelmente conduzir; o aspecto negativo da instrumentalidade do processo guarda, assim, alguma semelhança com a ideia da instrumentalidade das formas. O aspecto positivo é caracterizado pela preocupação em extrair do processo, como instrumento, o máximo de proveito quanto à obtenção de resultados propostos (os escopos do sistema); infunde-se com a problemática da *efetividade do processo* e conduz a assertiva de que “o processo deve apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-política-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos constitucionais” (2013, p. 377).*

O caráter instrumental da relação jurídica processual está intimamente ligado às garantias do princípio do devido processo legal, visando com isso evitar situações inadmissíveis no curso do processo. A regra processual não deve ser estática, necessitando de constantes adequações a fim de acompanhar a evolução social, resgatando o conceito de movimento e evolução do processo (*pro cedere* = andar a frente, prosseguir), inibindo condutas paralisantes. Logo, o apego ao formalismo não pode possibilitar que um inocente venha a ser condenado ou contribuir para que um culpado seja absolvido. É a não aceitação da imposição de formalidades dissociada de sua finalidade.

Há que se lembrar que a realidade socioeconômica atual difere das circunstâncias em que a legislação processual penal foi pensada. As formas de comunicação e as possibilidades de acesso aos diversos locais são mais amplas, o que justifica o fato de a citação por edital ser deixada para o último caso, somente nas causas em que realmente não foi possível encontrar o citando, mas sem que isso afete a efetividade da lei. Não criar mecanismos para coibir esse tipo de comportamento é favorecer a má-fé processual.

Sem dúvida alguma, o grande problema da citação por hora certa não está na hipótese abstrata de incidência da norma, mas na sua verificação concreta, o que apenas reforça o fato de que não há problemas na sua conformação constitucional ou com tratados internacionais, mas apenas exige cautela em seu cumprimento.

Para tanto, o próprio Código de Processo Civil, ao prever o procedimento a ser seguido, foi bem criterioso ao estabelecer a necessidade de se certificar as evidências fáticas que justificaram a opção do servidor. Ademais, o magistrado detém o poder de fiscalizar os atos praticados pelo oficial, podendo rever a diligência realizada e determinar a citação por edital, se entender inadequada a citação por hora certa.

Gustavo Badaró esclarece bem a situação:

O grande problema da citação com hora certa não está na hipótese abstrata de seu cabimento, mas na sua realização concreta. É que sua realização fica a juízo do oficial de justiça considerar que, diante das três tentativas anteriores, há “suspeita de ocultação”. É, sem dúvida, um grande poder conferido ao oficial de justiça. E, se o acusado não estava se ocultando, mas acabou sendo citado com hora certa, haverá nulidade da citação e de todos os atos posteriores.

Justamente por isso, o juiz deve ficar muito atento às alegações posteriores de nulidade de citação com hora certa e controlar, efetivamente, os motivos concretos lançados pelo oficial de justiça em sua certidão, que lhe fizeram suspeitar de que o acusado se ocultava. Suspeita é um mero estado subjetivo, inseguro, simples conjectura ou opinião desfavorável sobre algo ou alguém.

Deve o serventário indicar fatos concretos ocorridos em cada uma das tentativas, em dias alternados, em horários diversos, que justificam a conclusão de que o acusado sabia que o oficial de justiça estava a procurá-lo e, propositalmente, não se apresenta ou realiza manobras para não ser encontrado. Não basta, por certo, o mero fato em si de não ser encontrado. Por exemplo, o acusado pode estar, simplesmente, viajando por alguns dias. Óbvio que não basta o oficial de justiça repetir as palavras da lei (2016).⁵⁸

Na mesma esteira, muito se discute sobre a confiabilidade do oficial de justiça em ponderar os critérios de incidência da norma, no entanto não se pode esquecer que

⁵⁸ Disponível em: <https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/352159404897129> Acesso em: 19 agosto 2016.

se trata de servidor concursado, devidamente capacitado e dotado de fé pública, não havendo razão para se presumir uma parcialidade preexistente. Como já dito, sempre caberá ao magistrado a palavra final sobre a validade do ato, além de que se constatada eventual má-fé, punições administrativas são previstas para corrigir eventual desvio de comportamento.

No mesmo sentido é a opinião de Arthur da Motta Trigueiros Neto e Marcelo Valdir Monteiro:

A certidão do referido auxiliar da justiça goza de fé pública, ou seja, se certificar que o réu está se ocultando e registrar os motivos que o levaram a concluir tal fato, presume-se a sua veracidade. Todavia, a presunção de ser a sua certidão verdadeira é relativa (*juris tantum*), admitindo, portanto, prova em contrário.

[...]

Verificando o engano do oficial, ou mesmo a mendacidade da sua certidão, desta vez pessoal, deverá ser efetivada, sob pena de o processo ser anulado por vício grave, já que a citação é considerada pressuposto processual de existência (2009, p. 149).

Por mais relevantes que possam ser as preocupações com a postura do meirinho, esse argumento não é suficiente para configurar a inconstitucionalidade ou ilegalidade do instituto, ou mesmo para por em xeque os avanços em sua criação, baseados apenas em presunções de desvios de conduta que não constituem a *práxis*. Servem apenas para justificar as cautelas a serem observadas na aplicação do ato, o que é plenamente necessário tendo em vista a natureza dos direitos tutelados.

Lembrando sempre que, comprovado que o acusado não estava se ocultando, mas acabou sendo citado por hora certa de forma equivocada, haverá nulidade da citação e de todos os atos posteriores. Como lembrado pela doutrina que apóia a constitucionalidade do instituto, verificada a nulidade, sempre será possível o reconhecimento dela e a revisão dos atos, minimizando eventual prejuízo. Assim, o juiz pode controlar, efetivamente, os motivos concretos lançados pelo oficial de justiça em sua certidão.

O fato é que hoje o ordenamento jurídico brasileiro é pautado pela cooperação, o que não deve ser diferente no processo penal, mesmo que sob uma vertente garantista, e isso implica em dizer que ambas as partes devem agir com lealdade, possibilitando o devido processo legal bilateral. Não se pode abusar dos sistemas de proteção para negar a efetividade da prestação jurisdicional, inclusive para a sociedade ou para a vítima imediata, pois a própria Constituição não faz distinção quanto aos destinatários dos princípios constituídos.

Preocupações pontuais não são suficientes para abolir do ordenamento jurídico uma medida que revela significativa evolução da legislação, que deve buscar sempre o aprimoramento das formas e procedimentos judiciais, a fim de adequá-los às problemáticas que se apresentam no universo prático da aplicação da lei.

Não há dúvidas de que o acesso à justiça deve ser oportunizado a todos, e isso inclui os que foram juridicamente atingidos pelo fato típico e que buscam respostas do sistema punitivo. Da mesma forma que o sistema punitivo não pode tolerar restrições a garantias constitucionais do acusado, elas também não podem ser usadas para frustrar o objetivo da lei.

5.1 Julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.145

A problemática da constitucionalidade da citação por hora certa chegou ao Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, por meio do Recurso Extraordinário nº 635.145, que tratava de ação penal, originária do Estado do Rio Grande do Sul, proposta em razão de suposta prática do crime previsto no art. 309⁵⁹, *caput*, da Lei nº 9.503/97 e na qual o denunciado foi citado por hora certa, em razão da suspeita de ocultação, após três tentativas de citação pessoal pelo oficial de justiça.

Na oportunidade, sobreveio a condenação à pena de seis meses de detenção, quando, irresignada, a defesa interpôs apelação alegando a nulidade da citação,

⁵⁹ Art. 309. Dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

recurso esse que não foi provido pela Turma Recursal Criminal do tribunal.

Em análise preliminar, o Ministro Relator Marco Aurélio Mello reputou constitucional a divergência, que levada ao tribunal para análise de admissibilidade, também reconheceu, por unanimidade, a existência de repercussão geral da questão suscitada.

Em manifestação inicial, a Procuradoria Geral da República, representada no ato pelo Subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, emitiu parecer favorável à tese de defesa, afirmando que, no processo penal, há a exigência de que o acusado deva ser comunicado prévia e claramente sobre a acusação que lhe é imputada e essa comunicação é necessariamente pessoal, não podendo ser suprida pela ciência ficta. O requisito é para que se saiba, comprovadamente, que o denunciado teve conhecimento dos fatos pelos quais é responsabilizado, a fim de que possa ser exercer com inteireza o direito de defesa, com a amplitude determinada pela Constituição.

Dessa forma, observa-se que a citação com hora certa fere diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, inscritos na Constituição Federal, na *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)* (Decreto 678/1992), bem como no art. 14, n. 3, do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos* (Decreto 592/1992) [...] (MPF, 2013).

Contudo, na sessão de julgamento, ocorrida em 1º de agosto de 2016, a Procuradoria-Geral da República reviu seu posicionamento e retificou o parecer anteriormente apresentado. Ressaltaram-se as diferenças entre essa nova modalidade de comunicação dos atos processuais e a citação por edital, além da necessidade de criterioso atendimento às circunstâncias fáticas legalmente exigidas para a admissão da citação por hora certa.

Lembrou o representante do Ministério Público que deve estar comprovado que o réu, deliberadamente, se oculta para evitar ser chamado ao processo, que foram esgotadas as tentativas de localização e havendo fundadas suspeitas de ocultação, além da necessidade de o oficial de justiça certificar, pormenorizadamente, o encobrimento deliberado por parte do réu e indicar de forma concreta e precisa os

fatos que o levaram a concluir pela ocultação dolosa.

Nessa esteira, conclui que:

A norma processual penal, ao possibilitar citação por hora certa, faz justa ponderação entre valores juridicamente relevantes: de um lado, os direitos fundamentais do indivíduo, que não deixa de ter a oportunidade de defender-se adequadamente; de outro, busca proteger o interesse da sociedade de que acusados sejam submetidos a processo criminal, a fim de assegurar eficácia processual e evitar impunidade por astúcia ou má fé.

Conforme ponderou a decisão recorrida, reconhecer inconstitucionalidade do instituto significaria beneficiar a torpeza de acusados que tumultuam indevida e deliberadamente o processo e se utilizam de manobras maliciosas e abusivas para se ocultar. Não há prejuízo à ampla defesa do acusado nem à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois as garantias judiciais do acusado são asseguradas com indicação de defensor dativo (MPF, 2016).

Após esse ato, o que se viu na sessão de julgamento foi a confirmação, por parte dos ministros que se manifestaram no plenário, das teses anteriormente defendidas nesse trabalho, quando o tribunal, por maioria, apreciando o tema 613 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário.

No voto, o relator pautou-se por duas premissas: (i) ocultar-se para não ser citado – comportamento inerente à manifestação de autodefesa, que, conseqüentemente, não é violada no processo-crime; (ii) inadmissibilidade da citação por hora certa no juizado especial criminal, por impossibilidade de qualquer modalidade de citação ficta nesse rito, em razão da inexecutabilidade de compensação civil e transação penal, fins últimos do juizado.

Lembrou o relator que a ampla defesa é simbiose entre defesa técnica e autodefesa, frisando que a primeira é indeclinável (art. 8. 2, alínea “e”, da CADH) e, caso não assegurada, é causa de nulidade absoluta do processo por prejuízo insanável (art. 564, II, alínea “c”, c.c art. 572, *caput*, a *contatio sensu*, todos do CPP); enquanto a segunda é a garantia de se fazer presente no julgamento (art. 8.1 da CADH).

Destacou que a legislação anterior, no texto primitivo, previa a possibilidade de seguir o julgamento à revelia, mesmo sem ter o réu sido regularmente citado, desde

que lhe garantida a defesa técnica, situação essa alterada pela Lei nº 9.271/96, que deu nova redação ao art. 366, CPP, e inviabilizou o julgamento de réus à revelia, quando citados por edital.

No entanto, lembrou que a opção de não comparecer ao tribunal é consectário lógico do próprio exercício da autodefesa, conjugado à garantia de não incriminação, que tem no silêncio uma das mais importantes manifestações do direito do acusado.

Dessa forma, concluiu o Ministro Marco Aurélio que, na legislação que inseriu a citação por hora certa ao processo penal, não há suporte para a suspensão do processo, pois seria como premiar o artifício malicioso do acusado, privilegiando a astúcia em prejuízo ao interesse estatal e societário de apuração da conduta, não admitindo que o réu possa deliberadamente driblar a lei penal.

Registrou que são razoáveis as consequências determinadas para a citação por edital, mas o requisito da citação por hora certa é diverso daquela, pois aqui só se abrange a ausência de citação pessoal ante a premeditada ocultação do réu, que sabe da existência da demanda. Logo, se o demandado optou por não se defender oficialmente em juízo, foi porque, no exercício da autodefesa, não o quis e não pode ser compelido a isso, uma vez que o comparecimento é direito e não dever, faculdade e não ônus processual. Em última análise, seria induzi-lo a produzir prova contra si.

Não obstante, salientou que o instituto é cercado de inúmeras cautelas, desde a certidão do oficial até o aval pelo juiz, que poderá determinar a citação por edital se concluir ausentes os requisitos, além de que a autodefesa fica resguardada pela cientificação e posterior notificação de seguimento da ação, mas que isso não justifica, por si só, a decretação de prisão preventiva, cujos requisitos apresentam outras peculiaridades.

Nesse diapasão, o voto esclarece que, inviabilizar a citação por hora certa, seria conferir demasiados poderes ao réu, consubstanciado no direito postestativo de dar ou não o seguimento à ação penal, ofendendo a indisponibilidade inerente a ela.

Declara ser necessário compatibilizar a garantia de autodefesa com o caráter público e indisponível do processo-crime, assim finaliza que a citação por hora certa em nada ofende o direito de defesa, pelo contrário, evidencia a opção de não se defender em juízo.

Por fim, o relator levou ao plenário a possibilidade de declaração de nulidade do ato em julgamento por ter ocorrido no espectro de atuação do juizado, já que a lei específica para o rito determina o declínio de competência quando o réu não for encontrado. Como fundamento, apontou que a função dos juzados é fomentar o consenso e não o conflito, buscando a conciliação ou transação, situações inviabilizadas pelas citações fictas.

Em continuidade, o Ministro Teori Zavaski acompanhou o relator, afirmando que não vê inconstitucionalidade no instituto, desde que atendidos os pressupostos estabelecidos na conformação do ato, principalmente a evidência de ocultação proposital para fugir à citação. Deixou de se manifestar sobre a problemática do juizado por entender que essa não era matéria afeta à repercussão geral.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou o relator no que tange à constitucionalidade do art. 362 do CPP, negando provimento ao recurso, mas concedendo *habeas corpus* de ofício em razão da ocorrência da prescrição.

Nesse mesmo sentido foi o voto do Ministro Luiz Fux que, sob o ângulo constitucional, argumenta que é, na verdade, a ocultação do réu que infringe as cláusulas da Carta Maior, visto que ela impede a citação e o cumprimento do devido processo legal, portanto viola o próprio processo da justiça, que pressupõe a efetividade da jurisdição, além da cláusula de duração razoável do processo. No que tange ao juizado, afirmou que a citação por hora certa é uma manifestação de má-fé, motivo pelo qual é favorável à admissão dessa modalidade de ato nos ritos especiais.

José Antônio Dias Tóffoli, em breve pronunciamento, aderiu ao voto do ministro relator, não vislumbrando divergência quanto à questão constitucional, admitindo,

contudo, a modalidade de citação no plano dos juizados.

Igualmente, a Ministra Carmen Lúcia nega provimento ao recurso, afastando a inconstitucionalidade alegada como tese defensiva, bem como possibilidade de adoção no juizado. Da mesma forma, vota o Ministro Gilmar Mendes, que também sugere a concessão de *habeas corpus* de ofício em razão da prescrição.

Em pronunciamento mais extenso, Celso de Mello fez diversas ponderações sobre o tema, concluindo revestida de constitucionalidade a regra inscrita no art. 362 do CPP, segundo a redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

Lembrou que, até o advento da reforma processual penal em 2008, a legislação processual penal apenas aceitava a citação real, que se faz na presença do denunciado, ou a ficta, que se faz de forma presumida, por edital. Com a alteração normativa, houve a inclusão de nova modalidade ficta, a citação com hora certa, que apresenta grandes diferenças da citação por edital, sendo que uma delas, que julga ser básica, consiste no fato de que na por edital há a suspensão do processo e do curso do lapso prescricional, que constitui em medidas gravosas, o que não ocorre na citação por hora certa.

Ponderou que o legislador tomou uma série de preocupações que, não observadas, gerarão a nulidade absoluta do ato, por isso é preciso cautela por parte do oficial de justiça, que há de certificar com base em dados concretos os indícios de ocultação, revelando uma preocupação em preservar a integridade do direito de ampla defesa.

Aduziu que o Código de Processo Civil, tanto o atual (2015) quanto o de 1973, estabelece que feita a citação com hora certa, o escrivão deverá, no prazo de 10 dias, enviar ao réu correspondência dando-lhe de tudo ciência, norma que também se aplica ao processo penal e dá a plena possibilidade, por parte do citando, de tomar conhecimento do teor da denúncia, não havendo que se cogitar em incompatibilidade hierárquica normativa, mesmo no plano de convencionalidade.

Nesse caso, argui que, tendo por parâmetro cláusulas fundadas tanto no Pacto

Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, proteção em âmbito global, como na Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe de proteção no âmbito do sistema interamericano, a citação com hora certa não compromete, não infringe e não nega a aplicabilidade das cláusulas de presunção de inocência e de direito de plena comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada. Portanto, a legislação processual penal é fiel não só ao estabelecido nas convenções, mas também na Constituição.

O ministro lembra, ainda, que o procedimento é excepcional e deve observar as formalidades prescritas e que a parte não pode se beneficiar de nulidade a que tenha dado causa ou com a qual tenha contribuído.

Reforça que a citação por hora certa não impede que o réu tenha prévia ciência do quanto imputado, o respeito à garantia do direito de defesa e do contraditório se mostra presente na comunicação ulterior feita pelo próprio juízo e pelo que estabelece o Código de Processo Penal, no sentido de que, tornando-se revel, dar-se defensor dativo ao réu, sem prejuízo de o próprio constituir um particular.

Concluindo, Celso de Mello concedeu o *habeas corpus* de ofício, contudo acompanhou o relator no que tange à incompatibilidade com o juizado, posto que, segundo o art. 66 da Lei nº 9.099/95, nesse rito, a citação deverá ser pessoal, fechando as portas para outras formas de citação, sem distinção da modalidade, mesmo que, no momento da entrada em vigor da legislação especial, houvesse apenas como alternativa a citação por edital, única ficta existente até então.

Logo, para Celso de Mello, tanto a citação por edital como a por hora certa são incompatíveis com o procedimento do juizado, pois há atos que demandam o comparecimento pessoal do réu, o que normalmente não acontece na citação ficta, impedindo a aplicação de alguns institutos inerentes ao juizado. Assim, no ponto, entende inviável a citação com hora certa nesse rito especial, mesmo considerando-a constitucional.

Por fim, Ricardo Lewandowski se manifestou pela constitucionalidade do dispositivo,

considerando haver, no caso de ocultação, verdadeira violação de impedimento de atuação do Estado-juiz, entretanto entende que, no juizado, a negativa de sua vigência tornaria a situação do réu mais gravosa.

Já na qualidade de presidente da sessão, abriu nova rodada de votação para que os ministros, que ainda não o tivessem feito, se manifestassem sobre a concessão ou não do *habeas corpus* de ofício, além da incidência do art. 362 do CPP nos juizados, matérias que não eram o foco da repercussão geral.

Contudo, o Ministro Zavascki, aduziu não estar pronto para sedimentar entendimento na questão dos juizados, razão pela qual o presidente da sessão sugeriu que o acórdão se restringisse apenas sobre a constitucionalidade do artigo e a concessão da medida liberatória, deixando a questão dos juizados em aberto, em razão das divergências e da ausência de outros integrantes da corte, ficando os argumentos até então lançados como *obiter dictum*, o que foi aceito pelo plenário.

Ante todo o relatado, vislumbrou-se que os argumentos levantados no tópico anterior foram ratificados pelo Supremo Tribunal, que decidiu pela constitucionalidade da citação por hora certa, em que pese os entendimentos doutrinários contrários. Vislumbra-se que a corte optou pelo posicionamento tendente ao equilíbrio entre os dispositivos constitucionais, valorizando as garantias do réu sem legitimar comportamentos maliciosos.

Porém, não se pode esquecer que a questão da compatibilidade do instituto com o rito sumaríssimo acabou sendo postergada no julgamento em comento, motivo pelo qual se fazem necessários alguns apontamentos sobre o assunto.

5.2 Da compatibilidade da citação por hora certa com o Juizado Especial Criminal

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS, ultrapassada a questão da constitucionalidade, o Ministro Marco Aurélio de Mello, relator do recurso, questionou a compatibilidade da citação por hora certa com os juizados especiais criminais,

regidos pelas Leis nº 9.099/1995 e 10.259/2001, já que o caso em exame cuidava especificamente de ação que cuidava de crime dessa competência.

Contudo, por não ser a questão que ensejou a repercussão geral, adstrita à constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal, bem como por tratar-se de matéria infraconstitucional, o plenário optou por não se manifestar sobre o tema naquela oportunidade. Entretanto, os debates da sessão de julgamento deixaram claras as divergências sobre o assunto, que continuou sem reposta por parte do Supremo Tribunal Federal.

Instituídos pela Constituição Federal de 1988 (art. 98, I, CF)⁶⁰, os juizados especiais são orientados pelos princípios da oralidade, da informalidade e da celeridade, e priorizam a economia processual ao flexibilizarem diversos atos procedimentais previstos no Código de Processo Penal.

Com competência para delitos de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não supere dois anos, os juizados têm como escopo a reparação dos danos causados e a imposição de penas não privativas de liberdade, buscando o consenso entre as partes.

Com efeito, antes do desfecho final de eventual ação, priorizam soluções convencionadas, deixando a fase litigiosa para segundo plano. Assim, inauguraram no sistema brasileiro o “Processo Penal Consensual” ao trazerem medidas despenalizadoras como forma de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, baseadas na discricionariedade regrada, criando-se formas alternativas para a busca da paz social, como a transação penal (art. 76⁶¹, da Lei nº 9.099), a composição civil com a consequente renúncia ao direito de queixa ou representação

⁶⁰ Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

⁶¹ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

(art. 72⁶², da Lei nº 9.099), a suspensão condicional do processo (art. 89⁶³, da Lei nº 9.099) e a necessidade de representação para lesões corporais leves (BADARÓ, 2015, p. 626).

Para viabilizar essas medidas, a legislação previu a realização de audiência preliminar, na qual a presença do suposto ofensor é fundamental, pois é a partir dela que será possível eventual composição ou o aceite das medidas alternativas à ação penal. Somente com o comparecimento do investigado, essas medidas podem ser implantadas já que, segundo a celeridade pretendida pela lei, as propostas serão realizadas verbalmente em audiência, quando o acusado manifestará ou não a sua concordância.

Caso o investigado não tenha aceitado uma das medidas que afastem a ação, o Ministério Público fará a denúncia de forma oral (art. 78⁶⁴) e, aberta a audiência de instrução, a defesa também se manifestará de maneira informal, quando o juiz decidirá sobre o recebimento ou não da exordial, dando-se seguimento à ação com denúncia ou queixa, em caso positivo.

Assim, diferentemente do Processo Penal Comum, onde a citação é feita por mandado, no Juizado Especial deverá ser feita, pelo princípio da informalidade e celeridade, no próprio Juizado, no primeiro comparecimento do autor do fato, desde que, não havendo composição ou transação, seja feita a denúncia oral, quando, após ser registrada por termo, será entregue em cópia ao citado (art. 78) pelo próprio escrivão ou mesmo, posteriormente, comparecendo ao foro, pelo mesmo escrivão ou no foro ou fora dele por mandado pelo oficial de justiça [...] (POLASTRI, 2016, p. 1.041).

Por esse motivo, a Lei nº 9.099/1995 vedou de forma expressa a citação por edital

⁶² Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

⁶³ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena.

⁶⁴ Art. 78. Oferecida a denúncia ou queixa, será reduzida a termo, entregando-se cópia ao acusado, que com ela ficará citado e imediatamente cientificado da designação de dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, da qual também tomarão ciência o Ministério Público, o ofendido, o responsável civil e seus advogados.

(art. 18⁶⁵, § 2º, da Lei nº 9.099/1995), que frustraria a lógica despenalizadora pretendida com o procedimento, já que, para a viabilidade das medidas alternativas, a presença do suposto ofensor seria essencial. Ademais, há incompatibilidade desse modo de citação com os princípios da celeridade e da informalidade, posto que a publicação do edital citatório é procedimento rígido e burocrático, não encontrando espaço nos juizados especiais.

Sob essa ótica, o relator do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS, Ministro Marco Aurélio de Mello, suscitou dúvida quanto ao cabimento ou não da citação por hora certa nos juizados especiais criminais, visto que esta também pode ter como consequência a ausência do denunciado, ainda que de forma voluntária, o que também seria incompatível com os objetivos despenalizantes pretendidos com a lei.

Marcellus Polastri se manifesta nesse sentido:

Sendo necessária a defesa técnica e a autodefesa, não se admitirá a citação ficta, ou por edital e, desta forma, conforme já salientamos alhures, não sendo localizado o autor do fato para ser citado pessoalmente, ou se ocultando para ser citado, se dará a modificação de competência para o Juízo Comum, conforme estabelece o parágrafo único do art. 65 (2016, p. 1042).

Esse também foi o entendimento adotado por alguns magistrados que, no II Encontro dos Juízes dos Juizados Especiais do Estado de Minas Gerais (II ENJESP), realizado meses após a promulgação da Lei nº 11.719/2008, aprovaram por maioria o seguinte enunciado:

Nos processos de competência dos Juizados Especiais Criminais não se faz citação com hora certa, por incompatível com o disposto no art. 66 da Lei nº 9.099, de 1995.

RESULTADO: aprovado por maioria.

No entanto, no Fórum Nacional de Juizados Especiais realizado no Estado do

⁶⁵ Art. 18. A citação far-se-á:

I - por correspondência, com aviso de recebimento em mão própria;

II - tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado;

III - sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória.

Maranhão em 2009, os juízes então reunidos chegaram à posição oposta, admitindo a possibilidade de citação por hora certa no procedimento criminal sumaríssimo, também chegando a consolidar a posição em enunciado de orientação:

ENUNCIADO 110 – No Juizado Especial Criminal é cabível a citação com hora certa (XXV Encontro – São Luís/MA).

Parte da doutrina também encampou a corrente ao afirmar que o rol do art. 18, da Lei nº 9.099/1995, que trata da citação, não é exaustivo, portanto não relacionaria todas as formas de citação aplicáveis ao procedimento. Desse modo, o fato de a citação por hora certa não estar ali relacionada não implica em exclusão desta, até mesmo porque esta modalidade de comunicação dos atos processuais só foi admitida no processo penal em momento posterior à edição da lei dos juizados especiais.

Relatam, ainda, que, quando o legislador quis excluir alguma modalidade de citação, assim o fez expressamente, tanto que o parágrafo segundo do artigo citado veda a incidência da citação por edital.

Por fim, argumenta-se que, em que pese ser considerada como ficta, a citação por hora certa é realizada por oficial de justiça, o que dispensaria burocracias desidiosas, como ocorre na citação por edital, sendo assim compatível com a celeridade e a informalidade que regem os juizados especiais.

Analisados os argumentos de ambas as correntes doutrinárias, em que pese o quanto sinalizado pelo STF, conclui-se pela dificuldade de se compatibilizar a aplicação da citação na modalidade por hora certa aos juizados especiais criminais, ainda que na prática forense seja possível a realização do procedimento.

Como visto, a própria legislação infraconstitucional previu que, se o acusado não for encontrado para ser citado pessoalmente, as peças existentes serão encaminhadas ao juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei (parágrafo único, art.

66⁶⁶), não fazendo distinção quanto aos motivos da não localização e à modalidade de citação inicialmente realizada. Isso se deve à necessidade da presença do demandado para a concretização das medidas alternativas criadas pela lei, que se tornariam inviáveis ante o não comparecimento do citando em juízo.

O fato de a legislação não ter excluído expressamente essa modalidade de comunicação não é argumento suficiente para se defender a compatibilidade da citação por hora certa com os juizados, até mesmo porque a exclusão legal encontraria um limitador temporal, porquanto a citação por hora certa só foi admitida no processo penal anos depois da edição das leis que regulamentaram o rito sumaríssimo. Ademais, a ausência de vedação expressa não torna, por si só, o instituto compatível com o escopo das medidas alternativas criadas pelo legislador.

O procedimento sumaríssimo busca facilitar a resolução de demandas mais simples, dando celeridade ao procedimento, mas para isso é essencial a participação do investigado, para que este tome ciência da possibilidade de aplicação de medidas despenalizadoras, evitando o seguimento de eventual ação.

Prova disso é que o primeiro ato do termo circunstanciado instaurado para apurar os fatos é justamente a declaração de residência e de obrigação de comparecimento ao juízo como medida alternativa à prisão em flagrante, justamente porque a presença do investigado é elemento essencial ao rito sumaríssimo.

Vislumbra-se que, se o investigado não é encontrado ou se omite em comparecer, todas as formas alternativas de resolução do conflito estarão frustradas, perdendo o procedimento sumaríssimo a razão essencial de existir, já que a ação penal deverá ocorrer normalmente, minando totalmente o objetivo do legislador.

O argumento de que a citação por hora certa é realizada por oficial de justiça, o que torna o ato menos burocrático que a citação por edital, também não se sustenta,

⁶⁶ Art. 66. A citação será pessoal e far-se-á no próprio Juizado, sempre que possível, ou por mandado.

Parágrafo único. Não encontrado o acusado para ser citado, o Juiz encaminhará as peças existentes ao Juízo comum para adoção do procedimento previsto em lei.

pois o fato de ser realizada por um servidor não a torna citação pessoal. Na mesma ótica, ainda que não se exija todo o trâmite legal pertinente a publicações, o procedimento exigido pela lei demanda dilação temporal incompatível com a celeridade exigida pelo rito, pois o oficial de justiça deverá fazer comparecimentos sucessivos e ainda uma correspondência deverá ser encaminhada à residência do citando, comprometendo a informalidade e a simplicidade dos atos, marca registrada dos juizados especiais.

Nesse sentido também é a opinião de Nereu José Giacomolli:

Com o advento da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, o CPP passou a admitir a citação por mandado, por edital (citando não encontrado) e a citação por hora certa (citando se oculta). Diante disso, cabe a citação por hora certa no JECrim? A resposta, diante do que dispõe expressamente o art. 66 da Lei 9.099/95 é negativa. A permanência do processo no JECrim exige citação pessoal, e a citação por hora certa, além de duvidosa constitucionalidade no âmbito criminal, em razão do art. 8º, “b”, da Convenção Americana dos Direitos do Homem (exigência de prévia e pormenorizada comunicação da acusação ao réu), também possui um grande conteúdo de ficção de ciência da acusação (2009, p. 77).

O mesmo entendimento também é defendido por Guilherme de Souza Nucci:

Por outro lado, passou-se a admitir, também, a citação por hora certa (Art. 362, CPP), verificando-se que o réu se oculta para não ser citado (citação ficta). Nesses casos, haverá, certamente demora no procedimento, além do que, em muitas situações, o réu não comparecerá, nem constituirá advogado.

[...]tudo isso forma um quadro de prolongamento da fase inaugural do processo, que é incompatível com a celeridade e a informalidade exigidas pelo procedimento do JECRIM. Eis a razão pela qual o processo será remetido ao juízo comum, onde passará a tramitar em definitivo, não mais retornando ao Juizado Especial Criminal (2014, p. 362).

Com efeito, ainda que em conformidade com a ordem constitucional, é possível concluir que a citação por hora certa frustraria todos os objetivos perquiridos pelo juizado especial. Mesmo considerando que seja a realização prática do ato possível de ser concretizada, seria incompatível a sua admissão nesse procedimento, já que inviabilizaria a concretização das alternativas despenalizadoras instituídas em lei, fazendo o procedimento perder sua razão de ser, já que, sem a presença do réu, o procedimento sumaríssimo consistiria em um arremedo do procedimento ordinário,

incompatível com a simplicidade e a celeridade pretendidas pela legislação especial.

Todavia, apesar do quanto arguido, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal, ainda que não tenha julgado a questão, direcionou seu posicionamento no julgamento do Recurso Extraordinário nº 635.145 em prol da compatibilidade da citação por hora certa com o rito sumaríssimo, no entanto ainda não se pode afirmar que essa é a posição predominante na corte.

Assim, no panorama atual, caberia ao magistrado aplicar o instituto assumindo o risco de eventual nulidade ou remeter os autos ao juízo comum, onde o procedimento poderá ser realizado sem maiores embaraços para o curso da ação, posição esta que parece mais adequada.

6 CONCLUSÃO

A presente dissertação possibilitou uma análise do papel da citação, principal ato de comunicação processual, na formação do processo, tendo em vista ser ela a responsável pela triangularização da relação jurídica estabelecida entre as partes e o juiz, representante do Estado.

Durante o trabalho, vislumbrou-se que é a partir da citação que se viabiliza a participação do réu na demanda, garantindo-lhe o exercício dos direitos pertinentes à defesa e ao contraditório, bem como se levantaram as dificuldades que a realização desse ato apresenta na prática forense, especialmente nos casos de citação ficta.

A pesquisa bibliográfica permitiu avaliar como o emprego de novas técnicas de citação, como a modalidade por hora certa aplicadas ao processo penal, que deu novos contornos ao aparente conflito entre as garantias constitucionais de defesa do réu e os princípios da efetividade e da duração razoável do processo.

Analisaram-se os requisitos legais exigidos para o ato e o histórico das alterações legislativas, dos quais foi possível constatar o movimento do processo penal em prol da efetividade, bem como a recente modificação do procedimento da citação por hora certa promovido pelo novo Código de Processo Civil de 2015, cujas diretrizes foram automaticamente transportadas para o Código de Processo Penal.

Nesse ínterim, os juristas demonstram interesse sobre o tema, especialmente sobre sua constitucionalidade, e sobre a possibilidade de se compatibilizar um processo justo e efetivo com os anseios sociais de Justiça, tão aclamados no direito processual moderno.

Apesar de questionamentos sobre a constitucionalidade e convencionalidade do assunto darem origem a opiniões divergentes, cujos argumentos foram amplamente discutidos, concluiu-se que a harmonização dos interesses em aparente conflito é possível com a implementação da citação por hora certa ao processo penal.

Vislumbrou-se que a adequada aplicação desse ato processual não enfrenta óbices constitucionais, uma vez que não fere os direitos ao contraditório e à ampla defesa, sedimentados no inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal, bem como não confronta os tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, com destaque aqui para o *Pacto de San José da Costa Rica*, que garante a prévia e pessoal comunicação dos atos processuais, direitos também observados com a implantação da nova modalidade de comunicação de atos.

A dissertação levou em conta o fato de que o réu apenas não foi citado pessoalmente por vontade própria, visto que, procurado, se furtou à conclusão do ato de comunicação, não podendo o Estado ser responsabilizado por esse comportamento. Lembrou-se que a situação respaldada pela citação por hora certa é distinta daquela que dá ensejo à citação via edital, logo não poderiam ser tratadas da mesma forma.

Ademais, restou claro que o ato deve ser revestido de cautelas, devendo o réu ser procurado pelo oficial de justiça, ao menos, por duas vezes e, caso infrutífera a diligência, receberá uma notificação por escrito, afastando qualquer dúvida em relação a sua comunicação.

Essas conclusões foram construídas a partir da premissa de que a autodefesa é um direito do acusado, o único responsável por fazer ou não o uso de suas faculdades, assumindo as consequências de eventual omissão. Com isso, refutou-se o uso indevido de direitos e garantias como forma de abuso de direito e de inviabilizar a prestação jurisdicional por parte do réu, porquanto o não exercício de uma faculdade não poderia ser levantado para provocar eventual nulidade ou mesmo provocar a indevida suspensão processual, postergando o andamento da ação penal.

Argumentou-se, ainda, que o direito à defesa técnica, esse irrenunciável, continua garantido pelo ordenamento, como a nomeação de defensores dativos ante a inércia do réu, prática já recorrente nos casos em que é decretada a revelia ou nos quais o demandado está em lugar incerto ou não sabido.

Analisou-se, também, que eventuais desvios na condução dos atos, por gerarem nulidades insanáveis, podem ser revistos a qualquer momento, mesmo após o trânsito em julgado, como qualquer outra intercorrência indevida no curso processual, motivo pelo qual previsões abstratas de danos às garantias constitucionais não seriam suficientes para descreditar a citação por hora certa, pois o próprio ordenamento já possui instrumentos adequados para correção de eventuais inadequações.

Por fim, afastou-se qualquer dúvida quanto à suspeição em relação à conduta do oficial de justiça, profissional habilitado, dotado de fé pública e sujeito a punições administrativas e criminais, motivos suficientes para garantir a devida repreensão em casos de comportamento em desacordo com a lei.

Frisou-se que os argumentos enfrentados ao longo da dissertação foram ratificados pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 635.145, que reforçou as teses levantadas no presente trabalho, quando a corte se manifestou sobre o assunto e decidiu, por unanimidade, pela constitucionalidade do instituto aplicado ao processo penal.

Ressaltou-se que o julgado citado deixou em aberto a questão da aplicabilidade ou não da citação por hora certa aos juizados especiais criminais, tema discutido pelo trabalho e no qual se conclui pela incompatibilidade desse ato de comunicação processual no procedimento específico citado.

Todavia, não se pode olvidar que a incompatibilidade levantada não se dá em razão dos questionamentos já superados sobre a constitucionalidade e a convencionalidade do instituto, mas sim por razões próprias do juizado especial, relacionadas aos princípios da oralidade, informalidade, celeridade e economia.

Levou-se em consideração o fato de que o juizado requer procedimentos menos burocráticos, portanto incompatíveis com as diligências requeridas na citação por hora certa, e que dependam da presença física do denunciado, fato que normalmente o réu quer evitar nos casos em que esse tipo de citação ocorre.

Ante todo o exposto, verifica-se que a transposição da citação por hora certa ao processo penal é plenamente compatível com a Constituição Federal e com os tratados internacionais de direitos humanos, sendo recurso suficiente para garantir ao réu o exercício de seus direitos, sem que isso implique em abusos e ou desvio do direito de defesa, lembrando que eventuais irregularidades em relação à má utilização do instituto poderão ser corrigidas ao longo da marcha processual, ou mesmo até após o fim dela, com a revisão criminal.

Prova disso é que, após uma breve análise de direito comparado, pôde-se verificar que outros países, com normatizações internacionais similares à brasileira, possuem procedimentos semelhantes para o caso de não localização voluntária do réu e que são considerados harmônicos com as diretrizes básicas de direitos humanos previamente traçadas.

É necessário superar a visão extremada do sistema processual penal, deixando de contemplá-lo apenas por uma de suas facetas. As situações por ele regidas são muito amplas e envolvem diversos agentes, razão pela qual esse fenômeno jurídico deve cumprir efetivamente sua função de resolução dos conflitos e de distribuição de justiça.

Com efeito, mesmo viabilizada em 2008, a citação por hora certa ainda é uma modalidade de pouca ocorrência no processo penal, não só pelo excessivo rigor para a constatação prática de seus requisitos, bem como por certa resistência de alguns operadores do direito.

Assim, os verdadeiros benefícios (ou problemáticas) dessa modalidade de comunicação processual apenas poderão ser verificados ao longo do tempo, com a análise de casos práticos, raros até então.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fábio Wellington Ataíde. **O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória**. Revista do Direito e Liberdade, Mossoró, v. 7, n. 3, p. 87-700, julho/dez 2007.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2012.

ALVIM, Eduardo Arruda. **Manual de direito processual**. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2006.

ARGENTINA. **Lei nº 23.984**, de 4 de setembro de 1991. Código Procesal Penal. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#6>>. Acesso em 21 março 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Citação com hora certa e ampla defesa**. In: Facebook, disponível em: <<https://www.facebook.com/gustavo.badaro.1/posts/352159404897129>> Acesso em: 19 agosto 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil**. 2. ed. Rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BÜLOW, Oskar von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2 ed. Campinas: Ed. LZN, 2005.

CAETANO, Luís Mário Leal Salvador. **O processo como relação jurídica: estudo sobre o processo e sua natureza, com ênfase no processo com relação jurídica**. [2006]. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5887/O-processo-como-relacao-juridica>>. Acesso em: 20 fevereiro 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Provas ilícitas e ponderações de interesse no processo penal**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4ª ed. ver e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAMARCO, Cândido Rangel. **O princípio do contraditório e sua dupla destinação**. In: Fundamentos do processo civil moderno. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, tomo I.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2008.

ESPANHA. **Decreto Real de 14 de setembro de 1882**. Ley de Enjuiciamiento Criminal. Disponível em: < <https://iberred.org/sites/default/files/ley-de-enjuiciamiento-criminal.pdf>>. Acesso em 21 março 2017.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. Suplemento eletrônico da 5ª edição. Niterói: Impetus, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREGHI, Fabiana. **A citação por hora certa no Processo Penal brasileiro**. Revista de Direito Público, Londrina, v. 5, n. 1, p. 02-22.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2010.

_____. **O processo: estudos e pareceres.** A reforma do Código de Processo Penal. São Paulo: DPJ, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição.** Revista de informação legislativa, v. 35, n. 137, p. 13-21, jan./mar. 1998.

KHALED JR, Salah H. **Oskar von Bülow e a difusão das ideias de relação jurídica e pressupostos processuais.** Revista Panóptica, Porto Alegre, ano 4, n. 20, p. 19-41 novembro/2010 a março/2011.

LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus.** [ca 2006]. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7816>. Acesso em: 13 fevereiro 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Estudos sobre o processo civil brasileiro.** São Paulo: Best Book, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias.** 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Processo de Conhecimento.** São Paulo: RT, 2008.

MAYA, André Machado; GIACOMOLLI, Nereu José; **A inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal: uma abordagem a partir do contraditório, da ampla defesa e da Convenção Americana de Direitos Humanos.** Paraná: COPENDI, 2009.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal.** São Paulo: Método, 2008.

MÉXICO. **Código Federal de Procedimientos Penales,** de 30 de agosto de 1934. Disponível em: <http://mexico.justia.com/federales/codigos/codigo-federal-de-procedimientos-penales/gdoc/>. Acesso em 21 março 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). Edson Oliveira de Almeida. **Parecer no Recurso Ordinário nº 635145.** Brasília, 2013.

_____. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. **Parecer no Recurso**

Ordinário nº 635145. Brasília, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). In: **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de processo penal.** 9ª ed., 2016. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PORTUGUAL. **Decreto-Lei n.º 78/87**, de 17 de Fevereiro de 1987. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em 21 março 2017.

RIBEIRO, Ludmila Mendonça; DUARTE, Thais Lemos. **Do processo penal colonial à reforma processual penal de 2008: análise sócio-histórica do Sistema de Justiça Criminal brasileiro.** Interseções, Rio de Janeiro, v. 13 n. 1, p. 40-64, jun. 2011

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 7ª ed. Rev. amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2012.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. **Instituições de processo penal.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

TRIGUEIROS NETO, Arthur da Motta; MONTEIRO, Marcelo Valdir. **Recentes Reformas do Código de Processo Penal e Legislação Extravagante Correlata.** São Paulo: Método, 2009.

ZANETI JR, Hermes. **Processo Constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil.** Vol. 1. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença.** 4ª ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.