



IPTAN – INSTITUTO DE ENSINO SUPERIOR “PRES.
TANCREDO DE ALMEIDA NEVES”

EDUARDO GERALDO AZEVEDO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO
PROCESSO PENAL**

SÃO JOÃO DEL-REI
2010

EDUARDO GERALDO AZEVEDO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Instituto de Ensino Superior “Pres. Tancredo de Almeida Neves” – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do Título de Bacharel, sob a orientação do Prof. Gian Miller Brandão.

SÃO JOÃO DEL-REI
2010

EDUARDO GERALDO AZEVEDO

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA DO
PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Instituto de Ensino Superior
“Pres. Tancredo de Almeida Neves” –
IPTAN – como requisito parcial à obtenção
do Título de Bacharel.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientador Prof. Gian Miller Brandão

Prof. Hélio Martins Costa

Prof. Adriano Macio de Souza

“Não vou me deixar embrutecer
Eu acredito nos meus ideais
Podem até maltratar meu coração,
Que meu espírito ninguém vai conseguir quebrar.”
(Renato Russo)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, à minha família e amigos pelo apoio nas horas difíceis.

Quero agradecer ao meu orientador, Professor Gian Miller Brandão, pelo apoio e dedicação despendidos, sem os quais não conseguiria completar esta tarefa.

Em especial quero agradecer a minha noiva, Thaís Viana, que ao meu lado percorreu este caminho.

RESUMO

O Direito Processual Penal é regido por normas que devem se adequar ao modelo proposto pela Constituição Federal e seus princípios. Assim, para que se garanta à sociedade um processo penal justo, sem parcialidade e na mais estrita relação com os direitos e garantias fundamentais, é preciso que as maneiras de citação estejam em conformidade com os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. Por isso, cremos que a citação por hora certa, introduzida pela Lei 11.719/08, no processo penal é inconstitucional, pois fere a garantia do réu em ver-se devidamente citado e, após ter conhecimento do que lhe está sendo imputado, vir ao Poder Judiciário para se defender. Sendo assim, por afastar-se dos preceitos constitucionais e principiológicos da Constituição Federal, além de não se enquadrar nos ditames verificados na Declaração dos Direitos do Ser Humano, a citação por hora certa, no processo penal, encontra-se em contrariedade, devendo, por isso, ser considerada inconstitucional.

Palavras-Chave: Processo, Procedimento, Citação, Citação por Hora Certa, Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	07
1 PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO PENAL	09
1.1 Processo Penal e Procedimento Penal	10
1.2 Partes e Formação da Relação no Processo Penal	13
2 ALGUNS PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PROCESSO PENAL.....	18
2.1 Princípio do Devido Processo Legal	19
2.2 Princípio do Contraditório	20
2.3 Princípio da Ampla Defesa	21
2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz	22
2.5 Princípio da Presunção de Inocência	23
2.6 Princípio da Verdade Real	25
3 CITAÇÃO	27
3.1 Órgãos da Citação, Quem Pode Ser Citado e os Efeitos da Citação Válida	31
4 CITAÇÃO POR HORA CERTA	34
4.1 Hipótese e como a Citação por Hora Certa Ocorre	34
4.2 A Citação por hora Certa e sua Inconstitucionalidade	37
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

Sempre influenciada pelas regras de convivência, a sociedade, que vive em conjunto com seus semelhantes, deve ser regida por meios capazes de regular e compatibilizar seus interesses.

Portanto, a intenção do ordenamento jurídico é harmonizar, ao máximo, as relações coletivas, satisfazendo os anseios sociais. Entretanto, o impasse é causa da incerteza e conflito social e o direito surge para disciplinar todos esses interesses e pendências.

Assim sendo, salientamos que estão reservados, ao Direito Penal, os direitos de maior relevância para o ser humano, justificando a importância do Direito Processual Penal brasileiro.

Como ramo do Direito Público, o Direito Processual Penal caracteriza-se fundamentalmente no Direito Constitucional, que prevê alguns dos princípios gerais que norteiam o processo penal, conforme previsto no art. 5º, incisos XXXVII, LIV, LV, LX e art. 93, inciso IX, todos do diploma constitucional.

Além disso, existem procedimentos que devem cumprir as exigências de proporcionarem a máxima adequação da atuação da jurisdição, levando sempre em consideração a natureza e a gravidade da infração penal, quanto a sua repercussão social.

O procedimento, assim como o processo, não pode perder a perspectiva do devido processo legal, pois é ele que garante a prestação da verdadeira justiça penal.

Destacamos, oportunamente, que uma das garantias mais importantes para o Direito Processual Penal, que nos foi legada pelas declarações universais de direitos é a do devido processo legal.

É, pois, na Constituição Federal que esta garantia ganha relevância, fazendo com que o processo penal seja oferecido em conformidade com os princípios constitucionalmente consagrados do Devido Processo Legal, Ampla Defesa e Contraditório (art. 5º, LIV e LV, da CRFB/88).

Considerado como garantia constitucional, colocada à disposição do cidadão, o processo penal, está estruturado pelo Código de Processo Penal.

Desta relação processual, surgem os sujeitos que formam a situação jurídico-processual, sem a qual o processo não existe.

Defronte a isso, o Código de Processo Penal, no Título VIII, cuida do juiz, do Ministério Público, do acusado, do defensor, dos assistentes e dos auxiliares de justiça.

Dando ênfase à Interpretação constitucional, o Princípio do Devido Processo Legal assegura um conjunto de garantias constitucionais a serem oferecidas ao acusado, por serem indispensáveis ao exercício da jurisdição.

Já o Princípio do Contraditório ou Princípio da Bilateralidade da Audiência, junto ao Princípio da Ampla Defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo, principalmente, do processo penal.

Além disso, a imparcialidade do juiz é vista como uma garantia de justiça para as partes e para o Estado, sem qualquer tendência ou parcialidade.

Neste sentido, a citação, ou seja, o chamamento do acusado a juízo, vinculando-o ao processo e a seus efeitos deve ser adequado e limitado por tais princípios e previsões constitucionais, pois é pela citação válida que se completa a relação processual.

Ressaltando que existem várias espécies de citação, destacamos a citação por hora certa, prevista no Código de Processo Civil, que ocorre quando o acusado se ocultar para não ser citado, caracterizada por se tratar de uma citação Real.

Entretanto, a lei 11.719/08 introduziu consideráveis alterações no Código de Processo Penal, que passou a prever a figura da citação por hora certa. O art. 362 do Código de Processo Penal, atualmente, dispõe que “verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil”. Completando o citado artigo, o parágrafo único deste dispositivo ainda nos revela que “completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo”.

Desta forma, buscamos com o presente trabalho, analisarmos a constitucionalidade da norma prevista no artigo 362 e parágrafo único, do Código de Processo Penal, à luz dos princípios constitucionais do Contraditório e Ampla Defesa.

1 - PROCESSO PENAL E PROCEDIMENTO PENAL

A sociedade, em seus variados graus de desenvolvimento, sempre esteve influenciada pelas regras de convivência, pois o ser humano possui uma imanente característica, qual seja, viver em grupo, em conjunto com outros seres da mesma espécie.

O ser humano é conseqüentemente, um animal político, nascido com a tendência de viver em sociedade e, desta forma, não há sociedade sem direito, pois devemos compatibilizar os interesses que se manifestam na vida social, traçando diretrizes para que se possa prevenir e compor os conflitos que surgem entre seus membros.

Neste sentido:

As relações jurídicas, porém, foram ficando cada vez mais complexas, agrupando-se as normas jurídicas com princípios próprios em sistemas próprios, tendo em vista a predominância dos interesses, a repercussão social dos fatos e a posição do Estado ou dos detentores do poder perante eles. (GRECO FILHO, 2010, p. 01)

O objetivo da ordem jurídica é, pois, harmonizar as relações sociais, proporcionando o máximo de satisfação com o mínimo de sacrifício. O impasse gera insegurança, caracterizando-se pelo surgimento da angústia, tensão individual e conflito social.

Portanto, o direito disciplina todos esses interesses quando se contrapõem ou se contradizem. Relaciona-se com os bens da vida, conflitantes em cada lide, pois um deles deve prevalecer e ou outro ser sacrificado. O critério de escolha decorre do valor que pretende o direito ver preponderar.

De acordo com Greco Filho, temos que:

Feita essa constatação, compete ao estudioso do processo a identificação do que é válido para todos os ramos do direito processual e do que é específico, apontando, pois, os princípios e normas plurivalentes e os monovalentes. Esse labor não é fácil, inclusive por razões históricas. (GRECO FILHO, 2010, p. 01)

Neste sentido, podemos dizer que ao Direito Penal estão reservados os direitos de maior relevância no cenário jurídico brasileiro, sendo-lhe destinados os direitos fundamentais, previstos, inclusive, na Constituição Federal. Justifica-se deste fato, a importância do Direito Penal e do Direito Processual Penal no ordenamento jurídico.

1.1 Processo Penal e Procedimento Penal

Como ramo do Direito Público, o Direito Processual Penal tem suas características fundamentais previstas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, garantindo a distribuição equitativa da justiça e a declaração do direito objetivo, estabelecendo, além de tudo, alguns princípios processuais.

Assim, ao Direito Processual Penal são aplicados alguns dos princípios gerais que informam o processo, conforme previsto no art. 5º, incisos XXXVII, LX e art. 93, inciso IX, todos da Constituição Federal.

Deve-se ainda saber que a ação, no Direito Processual Penal, diz respeito a um momento anterior à formação do processo, no qual se examinam as hipóteses e quem seria possível, e sob quais circunstâncias, a provocação da jurisdição.

Neste sentido, podemos dizer que o processo é o gênero, enquanto os diversos e diferentes procedimentos são as espécies, pois, segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, o processo é o meio utilizado pelo Estado para a solução de conflitos sociais, mediante a aplicação do Direito ao caso concreto, tendente à prolação de uma sentença, provimento judicial final (OLIVEIRA, 2009, p. 549).

Nestes termos, o processo representa uma dupla garantia:

O processo é garantia ativa porque, diante de alguma ilegalidade, pode a parte dele utilizar-se para reparação dessa ilegalidade. Nesse sentido existe a garantia do habeas corpus, contra a violação do direito de locomoção sem justa causa, o mandado de segurança, contra a violação do direito líquido e certo não amparado por habeas corpus, a garantia geral da ação, do recurso ao Judiciário, toda vez que houver lesão a direito individual etc. (GRECO FILHO, 2010, p. 33)

Já o procedimento, seguindo o entendimento do mesmo autor, é o caminho a ser seguido pelo aplicador do Direito até o seu provimento final, ou seja, a prolação da sentença (OLIVEIRA, 2009, p. 549). Em outras palavras, os procedimentos são os diferentes ritos processuais descritos no Código de Processo Penal, quais sejam, os procedimentos Comuns, que se dividem em ordinário (artigo 396 e seguintes do CPP); sumário (artigo 531 e seguintes do CPP); e o procedimento sumaríssimo, previsto da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais); e os procedimentos Especiais, que se dividem em: procedimentos relativos aos

processos da competência do tribunal do júri (artigo 407 e seguintes do CPP); do processo e do julgamento dos crimes de falência (atualmente previsto da Lei nº. 11.101/05 – Lei de Falência e Recuperação de Empresa), procedimento para o julgamento dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos (artigo 513 a 518, do CPP); procedimento para apuração dos crimes de calúnia e injúria da competência do juiz singular (artigo 519 a 523, do CPP); e procedimento para apuração dos crimes contra a propriedade imaterial (artigo 524 a 530-I, do CPP).

Percebemos, portanto, que:

Do processo distingue-se procedimento, que é a forma pela qual se sucedem os atos processuais. O processo é algo mais profundo, uma verdadeira relação entre os sujeitos, e que foi explicitado, em diversos momentos históricos, de forma diferente. (GRECO FILHO, 2010, p. 30)

Cada modalidade de procedimento deve cumprir as exigências de bem permitirem a mais adequada atuação da jurisdição, levando sempre em consideração a natureza e a gravidade da infração penal. Usando outras palavras, o procedimento não pode perder a perspectiva do devido processo legal, pois é este que garante o quanto possível, a realização da justiça penal, a começar pela imposição de um processo justo e equitativo.

Desta forma:

[...] preferimos seguir compreendendo o processo como o movimento de atos destinados à solução da questão penal, informando, pois, por essa finalidade, e a ser realizado por meio de procedimentos e ritos diferentes, dependendo da natureza do delito ou da respectiva pena. [...] E no que têm os procedimentos de pura forma, e essa será a tônica da abordagem, a matéria não oferece maiores dificuldades, bastando a leitura das formas legais para a compreensão dos ritos. (OLIVEIRA, 2009, p. 550)

No Direito Processual Penal existem procedimentos condenatórios, que são a regra, e procedimentos não condenatórios, regulando ações autônomas, em que se cuida de pretensões não condenatórias, ou seja, não punitiva, como é o caso, por exemplo, da ação de habeas corpus e da ação de revisão criminal.

Uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direitos é, inegavelmente, a do devido processo legal para a imposição de penas criminais.

É fácil entender a garantia oferecida pelo processo penal, pois se fosse admitida a justiça privada, estaríamos no império da insegurança e arbítrio. (GRECO

FILHO, 2010, p. 43) O monopólio da justiça, portanto, decorre dos princípios adotados pelo sistema constitucional brasileiro.

Vejamos:

O sistema constitucional brasileiro não só estabelece tal garantia mas, também, cerca-a de requisitos básicos importantíssimos, como a ampla defesa e o contraditório, [...]. A ordem jurídica atribuiu ao indivíduo a liberdade de agir, de modo que só em virtude de lei alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. (GRECO FILHO, 2010, p. 39)

É na Constituição Federal que o processo penal vai encontrar seu embasamento, pois é nela que estão consagrados os princípios do regime adotado por uma nação. (GRINOVER, 2007, p. 86)

O processo penal, constitucionalmente estruturado, atua como indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia.

Assim, costuma-se dizer que o processo penal é o modo pela qual atua a jurisdição em matéria penal.

Segundo nos ensina Greco Filho:

Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade da pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coação estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição à liberdade. (GRECO FILHO, 2010, p. 40)

Desta forma, podemos dizer que o processo penal:

[...] tem, também, uma função repressiva. Quando ocorre um fato delituoso, seu autor deve responder por meio do cumprimento de uma sanção pessoal. A estabilidade social assim o requer, mas também exige que somente seja condenado o culpado, evitando-se que se condene um inocente, o qual tem o direito de não ser punido, salvo nos casos previamente estabelecidos em lei. O processo penal é o instrumento para essa verificação. (GRECO FILHO, 2010, p. 41)

No mais, uma das conquistas no direito moderno e que se revela como verdadeira garantia dos direitos individuais é a da proibição da justiça privada, tornando relevante a observância do processo penal.

É fácil de entender que, se fosse admitida a justiça privada, estaríamos no império da insegurança e arbítrio. De fato, àquele que tem uma pretensão, quando atua concretamente para satisfazê-la, não importa a declaração da existência ou inexistência de seu direito,

mas somente a submissão da vontade do outro à sua vontade.
(GRECO FILHO, 2010, p. 43)

O processo penal, portanto, trata-se de uma garantia constitucionalmente prevista, que deverá ser usada pelo Estado, através do Poder Judiciário, diante de uma lide penal, garantindo aos cidadãos a segurança e a imparcialidade das decisões.

Desta forma, segundo Greco Filho, pode-se definir o direito processual penal como o conjunto de normas e princípios que regulam a atividade jurisdicional do Estado, bem como o direito de exercício de ação em matéria penal, quanto a aplicação do direito penal propriamente dito. (GRECO FILHO, 2010, p. 65/66)

Tratando-se, assim, de uma garantia constitucional, colocada à disposição do cidadão, o processo penal está regulamentado pelo Código de Processo Penal, excluindo-se daí, a jurisdição penal militar.

1.2 Partes e Formação da Relação no Processo Penal

Sem algum dos sujeitos que formam a situação jurídico-processual, não existe processo.

Dessa forma, segundo Auri Lopes Junior:

Quando falamos de um processo de partes, estamos fazendo alusão a um processo penal de partes conforme os limites e categorias jurídicas próprias do processo penal. Acima de tudo, o que se busca é reforçar a posição da parte passiva, fortalecendo o sistema acusatório com o estabelecimento da igualdade de armas, do contraditório, e, por fim, com o abandono completo de todo e qualquer resíduo do verbo totalitário. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

Diante disso, o Código de Processo Penal, no Título VIII, cuida do juiz, do Ministério Público, do acusado, do defensor, dos assistentes e dos auxiliares de justiça:

Por se referir a diversas pessoas que atuam de maneira também distinta no processo, a matéria vem sendo abordada sob a rubrica “Dos Sujeitos do Processo”, envolvendo não só as partes propriamente ditas, mas também outros participantes na relação processual. (OLIVEIRA, 2009, p. 387)

Entretanto, numa linguagem mais simples, as partes seriam o autor, que pede e o réu, do qual ou perante o qual se pede. A palavra parte “no sentido técnico que lhe empresta a boa doutrina processual, refere-se tanto àquela pessoa

que pede algo em juízo quanto àquela perante a qual é feito o pedido.” (OLIVEIRA, 2009, p. 387).

Assim nos diz Greco Filho sobre o tema:

Essas pessoas são os elementos subjetivos ou pessoal de órgãos, administrativos ou processuais: o juízo, o órgão do Ministério Público, o órgão da defesa e os órgãos de apoio, como a escrivania, o oficialato de justiça etc. (GRECO FILHO, 2010, p. 231)

Parece correta, portanto, haver uma diferença na configuração da relação processual penal, uma vez que tanto o direito a ver movimentada a jurisdição, para fins de aplicação da lei penal, quanto o direito à iniciativa e controle da atuação em juízo estão reunidos na pessoa que, em regra, não integra a relação processual. Desta forma, o Estado não deve a ação penal somente para a vítima, mas para toda a comunidade jurídica, potencialmente interessada na proteção dos direitos e garantias fundamentais, onde a lide se caracteriza por um conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida. “A transposição do conceito de lide e, assim, de interesse, da teoria geral do processo para o processo penal esbarra em algumas tantas dificuldades [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 388).

A primeira delas decore do fato de que nem sempre pode haver resistência por parte do acusado, o que já evidencia a inadequação do conceito anterior aventado.

Todavia, a ampliação da idéia de lide, para se referir não só a uma pretensão resistida, mas também a uma pretensão insatisfeita, poderia resolver a questão, uma vez que toda imposição penal – toda aplicação do Direito Penal – deve ser jurisdicionalizada, por via da utilização irrenunciável do processo. (OLIVEIRA, 2009, p. 388)

A segunda objeção parte da idéia da inteira inadequação do conceito de interesse ao processo penal, pois a condenação do réu à sanção privativa de liberdade não resultará em proveito da vítima nem mesmo do Estado.

Por maior que seja, eventualmente, o desejo e a satisfação do espírito da vítima com a condenação do réu, não se pode extrair daí a consequência de estarmos diante de um legítimo conflito de interesses, sobretudo porque, em qualquer teoria da pena que se queira adotar, a exceção de uma Justiça de fundo exclusivamente restaurativo, a aplicação da sanção penal jamais atenderá ao interesse particular da vítima. (OLIVEIRA, 2009, p. 389)

Como se percebe, falar em direito de punir unicamente para satisfazer as exigências de uma teoria processual fundada no conceito de relação jurídica,

segundo a qual o Estado-Juiz seria devedor de uma atuação jurisprudencial, sempre que a tanto provocado.

Já no que se refere às partes, existe uma idéia de que esta deve ser parcial, zelando ou pelos interesses da acusação ou da defesa e, por ser imparcial, o Ministério Público, no processo penal, costuma ser o responsável por certa perplexidade doutrinária acerca do conceito de parte.

Parece-nos, contudo, que o fato do Ministério Público atuar com imparcialidade não arranha, nem de longe, a sua qualificação processual. Trata-se, na realidade, de questão a ser resolvida sob a perspectiva unicamente processual, sem análise de qualquer dado ligado ao direito material discutido no processo. (OLIVEIRA, 2009, p. 390)

Assim, o Ministério Público é parte na ação penal a partir do momento em que se estabelece uma situação jurídica processual completa. Com o recebimento da denúncia ele passa a ocupar a posição processual de parte, na medida em que lhe será facultada a apresentação de arrazoados, produção de provas, enfim, o desenvolvimento de toda e qualquer atividade reservada a quem pode provocar a jurisdição.

O Ministério Público:

[...] cuja origem, ao menos em sua configuração mais atual, remonta ao século XVIII, em França, cumpre papel relevantíssimo no modelo processual acusatório, podendo-se visualizar, em suas raízes, quase a mesma base teórica da construção da jurisdição. (OLIVEIRA, 2009, p. 399)

No processo penal, o Ministério Público desempenha uma dupla função, haja vista que é o titular da ação penal pública, bem como o fiscal da correta aplicação da Lei, tanto na ação penal pública, quanto nas ações penais de competência privada (queixa-crime e ação penal privada subsidiária da pública), cumprindo papel relevante para o modelo processual acusatório. (GRECO FILHO, 2010, p. 235)

Além dele, na relação processual penal, devemos destacar a figura do Juiz, pois:

A necessidade de superação de um modelo processual de feição inquisitiva trouxe, como consequência mais importante do advento do sistema acusatório (como o nosso) e do sistema *adversary* (sistema de partes, do Direito anglo-americano), a preocupação com a imparcialidade do juiz. (OLIVEIRA, 2009, p. 391)

Além disso:

É evidente que o juiz se destaca dos demais porque está em um plano superior, distinto, pois, enquanto os outros sujeitos comparecem ante ele solicitado a atuação da lei ou com um pedido de abertura do procedimento penal, o juiz está chamado a dirimir tais postulações. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 01)

Aliás, um dos pilares do Princípio do Juiz Natural, no que diz respeito à vedação do juiz ou tribunal de exceção, reside exatamente na tutela da imparcialidade da jurisdição.

Esclarecemos ainda que a jurisdição pode ser exercida por um único Juiz (monocrático), a cargo dos Juizes de primeiro grau, exceto o tribunal do Júri, ou por turmas de Juizes (colegiado), conforme determina o artigo 41 e seus parágrafos da Lei 9.099/95 ¹, ressaltando que no âmbito dos Tribunais de Justiça e Tribunais Superiores a jurisdição também se dá da mesma forma, ou seja, pode ser exercida por um único julgador (monocrática), ou por turmas de julgadores (colegiada). (GRECO FILHO, 2010, p. 231)

Ao juiz defere-se a condução do processo, devendo zelar pela regularidade de seu desenvolvimento, dispondo até mesmo de força pública, para alcançar tais objetivos.

Segundo Eugênio Pacelli de Oliveira, temos que:

Em um sistema processual pautado no livre convencimento motivado, isto é, na liberdade que se defere ao juiz para a valoração da prova, seria muito difícil estabelecer parâmetros bem delimitados para a atuação judicial (no que respeita à escolha da pertinência e do controle do material probatório), sem que se pudesse falar em um certo gerenciamento desta atividade. (OLIVEIRA, 2009, p. 396)

Atrelado à importância da figura do juiz, no processo penal, estão os Princípios do Juiz Natural, presumindo-se que este seja imparcial e independente, e da Identidade Física do Juiz, onde a Lei 11.719/08, trouxe importante inovação no processo penal, inserindo na nova ordem, esta garantia.

Existe ainda, na relação processual penal, o acusado que tem a capacidade para integrar na relação processual e do defensor, fundamentado na ampla defesa, manifestando-se via defesa técnica e efetiva (auto defesa), bem como pela produção de todos os meios de prova.

¹ Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, cabe recurso para o próprio Juizado.

§1º. O recurso será julgado por uma turma composta por três Juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§2º. No recurso as partes serão obrigatoriamente representadas por advogado.

Ao cuidar do acusado e seu defensor, o Código de Processo Penal não deixa margem a dúvida ao consignar que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor (art. 261). Isso significa a exigência de que todo ato processual se realize na presença de um defensor, devidamente habilitado nos quadros da OAB, seja ele constituído, nomeado exclusivamente para o ato (ad hoc) ou dativo, isto é, designado pelo Estado. Eis o que se entende por defesa técnica. (OLIVEIRA, 2009, p. 413)

O acusado é sempre pessoa certa, ainda que ausente ou foragido, entretanto:

Pode haver incerteza quanto a certos dados de sua qualificação, mas a certeza física é indispensável. Sendo esta certa, os dados de qualificação serão agregados ou retificados a qualquer tempo, inclusive na fase de execução da pena. (GRECO FILHO, 2010, p. 238)

A assistência, por sua vez, é o reconhecimento da intervenção da vítima para obter um título, bem como a condenação do réu. Já os peritos, intérpretes e demais funcionários da justiça, “em maior ou menor escala, são também chamadas a intervir no processo, regulando o nosso Código de Processo Penal as participações dos funcionários da Justiça (Capítulo V, art. 274) e dos peritos e intérpretes (Capítulo VII).” (OLIVEIRA, 2009, p. 425).

Por fim, para que a relação processual penal esteja completa, ainda temos que verificar a condição do ofendido, que atuará como parte, embora sua contribuição na formação do convencimento do juiz esteja limitada à prova pericial.

2 - PRINCÍPIOS RELACIONADOS AO PROCESSO PENAL

O modelo de Estado Democrático de Direito depende sempre da perspectiva a ser adotada.

Neste norte imperioso, lapidar é a doutrina de Eugenio Pacelli Oliveira, para quem:

A ênfase pode ser dirigida tanto aos aspectos de uma definição prioritariamente ao nível de uma filosofia política, não só em relação ao gerenciamento do poder público, mas como legitimação desse poder, em face da autonomia individual dos cidadãos, quanto, de outro lado, mais conectada à dogmática do Direito Constitucional, à configuração normativa da ordem estatal, no aspecto político, social, econômico e, enfim, da atribuição de poderes e competências públicas e privadas. (OLIVEIRA, 2009, p. 23)

Contribuindo para esta condição do Estado, o Direito, sua fundamentação e limites de aplicação se impõem, como meio de comandar e, ao mesmo tempo, proteger as relações da sociedade, assim:

[...] ficamos com a noção de Estado Democrático de Direito orientada pela necessidade de reconhecimento e de afirmação da prevalência dos direitos fundamentais, não só como meta da política social, mas como critério de interpretação do Direito, e, de modo especial, do Direito Penal e do Direito Processual Penal. (OLIVEIRA, 2009, p. 23/24)

Sendo assim, os postulados de interpretação constitucional surgem como exigência de uma ordem jurídica evidentemente constituída no âmbito de um Estado Democrático de Direito, sendo que estes postulados:

[...] são abstrações deduzidas do sistema dos direitos fundamentais que configuram a base normativa de nosso ordenamento, como métodos de aplicação ou de interpretação das normas jurídicas. [...] Já os princípios, tais como as regras, também jurídicos, estão positivados nos textos constitucionais e legais, ainda que implicitamente, isto é, ainda que assim não denominados de maneira clara e insofismável. (OLIVEIRA, 2009, p. 24)

Defronte a isso, ainda podemos citar que:

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.44)

Portanto, pode-se dizer que os postulados são extraídos do sistema, no contexto dos direitos fundamentais e os princípios, do texto legal e constitucional. Reafirmando o compromisso democrático, em relação ao processo penal, enquanto

sistema jurídico de aplicação do Direito Penal, salienta-se que está estruturado nesta base sólida de princípios absolutamente inafastáveis e, por isso, fundamentais e destinados a cumprir a árdua missão de proteger e tutelar os direitos individuais.

2.1 Princípio do Devido Processo Legal

Este princípio assegura o conjunto de garantias constitucionais proporcionando, por um lado, às partes, o exercício de suas faculdades processuais e, por outro, o indispensável e correto exercício da jurisdição.

Segundo Vicente Greco Filho, o Princípio do Devido Processo Legal é uma das mais importantes garantias do indivíduo, constante nas Declarações Universais de Direitos, utilizado na persecução e imposição de penas criminais. (GRECO FILHO, 2010, p. 39)

Por isso, alcança os interesses das partes e, ao mesmo tempo, salvaguarda do próprio processo penal como fator imprescindível do exercício da jurisdição:

[..] vê-se que esse princípio assume dentro do processo penal uma importância transcendental e que delinea todo o seu agir, limitando inclusive a atividade do legislador, porquanto deve a lei se conformar com os direitos e garantias fundamentais do cidadão, não havendo lugar para a interferência no núcleo protetivo da liberdade do agente, sem que sejam observados os condicionamentos e limites que decorrem da cláusula *due process of law*. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.52)

Reconhecido, portanto, como o *due process of law*, este Princípio consiste no direito do cidadão não ser privado da sua liberdade e de seus bens, sem que seja respeitada a tramitação de um processo penal preestabelecido e desenvolvido na forma da lei, estando previsto no art. 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Conforme preleciona Nestor Távora e Rosamar Rodrigues Alencar em sua obra, Curso de Direito Processual Penal. 3ª Ed.:

O art. 5º, inc. LIV da CF assegura que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo legal é o estabelecido em lei, devendo traduzir-se em sinônimo de garantia, atendendo assim aos ditames constitucionais. Com isso, consagra-se a necessidade do processo tipificado, sem a supressão e/ou desvirtuamento de atos essenciais. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.52)

Este princípio, portanto, protege o cidadão contra a ingerência arbitrária do Estado, ou seja, garante a todo acusado, ter restringido seu direito de locomoção somente após ter se submetido a um processo, fazendo uso de todos os meios em direito admitidos para oferecer resistência á pretensão estatal, produzindo provas e influenciando o convencimento do julgador. (SCHMITT, 2007, p.21)

Além disso, outros princípios decorrem deste como, por exemplo, a garantia do juiz natural, art. 5^a, inciso XXXVII, a proibição dos juízos ou tribunais de exceção, abrangendo a dimensão do juiz competente, conforme o art. 5^o, inciso XXXVII e LIII, o direito ao contraditório e a ampla defesa, assegurados em todos os processos, desde que neles haja litigantes ou acusados, de acordo com o art. 5^o, inciso LV, todos da Constituição Federal.

2.2 Princípio do Contraditório

O Princípio do Contraditório, denominado também de Princípio da Bilateralidade da Audiência, não se limita à garantia de participação no processo penal como meio de permitir a contribuição das partes para a formação do convencimento do juiz.

Na verdade:

[...] o contraditório é um dos princípios mais caros ao processo penal, constituindo verdadeiro requisito de validade do processo, na medida em que a sua não-observância é passível até de nulidade absoluta, quando em prejuízo do acusado. (OLIVEIRA, 2009, p. 33)

Junto ao Princípio da Ampla Defesa, o Contraditório institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal, pois é considerada uma cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal.

Desta forma, atenta-se ao que prescreve a Súmula nº. 70 do Supremo Tribunal Federal – STF, que dispõe: “Constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer razões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprindo a nomeação de defensor dativo.” (OLIVEIRA, 2009, p. 34)

Assim, hoje, existe um novo sentido para o Princípio do Contraditório, previsto constitucionalmente no art. 5

º, inciso LV quando afirma que 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.

Segundo nos ensina Greco Filho:

O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 2010, p. 365)

Assegura-se a oportunidade de participação ativa, podendo ocorrer que, na prática, a parte não exerça as faculdades garantidas pela lei. Porém, neste caso, não fica comprometido o Princípio do Contraditório, pois se a parte abdicou de tal oportunidade, deve sofrer as conseqüências de sua inércia ou omissão.

O que realmente deve ser cumprido é a imposição pela qual “às partes deve ser dada a possibilidade de influir no convencimento do magistrado, oportunizando-se a participação e manifestação sobre os atos que constituem a evolução processual.” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.47).

Objetiva-se, desta forma, oferecer uma decisão judicial em que haja a efetiva participação dos interessados em todas as fases do processo e, conseqüentemente, uma maior aproximação dos fatos e do direito aplicável, na exata medida em que puder abranger a totalidade dos argumentos favoráveis e desfavoráveis a uma ou outra parte.

2.3 Princípio da Ampla Defesa

Também localizado no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal o Princípio da Ampla Defesa não se trata apenas do outro lado do contraditório e é exatamente por isso que:

[...] não temos dúvidas em ver incluído, no princípio da ampla defesa, o direito à participação da defesa técnica – do advogado – de co-réu durante o interrogatório de todos os acusados. Isso porque, em tese, é perfeitamente possível a colisão de interesse entre os réus, o que, por si só, justificaria a participação do defensor daquele co-réu sobre quem recaiam acusações por parte de outro, por ocasião do interrogatório. A ampla defesa e o contraditório exigem, portanto, a

participação dos defensores de co-réus no interrogatório de todos os acusados. (OLIVEIRA, 2009, p. 34)

“A defesa pode ser subdividida em defesa técnica (efetuada por profissional habilitado) e autodefesa (realizada pelo próprio imputado)”. Ressaltamos que a primeira é sempre obrigatória, entretanto, a segunda, “está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio.” (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.47).

Enquanto o Princípio do Contraditório exige a garantia de participação, o Princípio da Ampla Defesa impõe a realização efetiva desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado.

Este é o entendimento esposado pelo i. Eugenio Pacelli de Oliveira, senão vejamos:

Pode-se afirmar, portanto, que a ampla defesa realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado. (OLIVEIRA, 2009, p. 36)

Portanto, trata-se o Princípio da Ampla Defesa de um verdadeiro direito a ser respeitado pelas partes envolvidas de acordo com a oportunidade e conveniência do exercício de tal garantia a ser verificada pelo réu.

2.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz

Primeiramente, é importante que saibamos que:

O Direito brasileiro, adotando o juiz natural em suas duas vertentes fundamentais, a da vedação de tribunal de exceção e a do juiz cuja competência seja definida anteriormente à prática do fato, reconhece como juiz natural o órgão do Poder Judiciário cuja competência, previamente estabelecida, derive de fontes constitucionais. (OLIVEIRA, 2009, p. 28)

Assegurando uma prestação jurisdicional isenta, em relação às partes e aos fatos da causa, a imparcialidade do juiz é uma condição indeclinável, para que se alcance e se preste um julgamento justo.

Desta forma, estamos com Nestor Távora e Rosamar Rodrigues Alencar, quando asseveram que:

A imparcialidade é entendida como característica necessária do perfil do juiz consistente em não poder ter vínculos subjetivos com o processo de molde a lhe tirar a neutralidade necessária para

conduzi-lo com isenção. O juiz interessado deve ser afastado, e os permissivos legais para tanto se encontram no art. 254 do CPP (hipótese de suspeição) e no art. 252 (hipótese de impedimento). (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p.46)

Essa imparcialidade é um pressuposto para que a relação processual se instaure validamente e prossiga nos limites propostos pela Constituição Federal. Neste sentido, fala-se em juiz subjetivamente capaz, ou seja, quando o Magistrado não tem sua imparcialidade comprometida pelo impedimento ou pela suspeição, resultando numa garantia de ordem pública.

Essa garantia não se limita às partes, mas também ao próprio Estado, que almeja ver a lei aplicada corretamente.

A imparcialidade do juiz, portanto, trata-se de uma garantia de justiça para as partes e para o Estado representando a sociedade, por isso, agir com imparcialidade na solução das causas que são submetidas ao Poder Judiciário é uma garantia que deve ser observada durante todo o processo penal.

Respeitados estes ideais, o processo, em sua exteriorização, deve ser o mais simples possível, pois:

O legislador, ao elaborar um procedimento, deve atentar para a simplificação no aspecto quantitativo, morfológico e sistemático. No aspecto quantitativo, deve reduzir ao mínimo a quantidade ou número de formas e atos; no morfológico, deve promover a simplificação externa dessas mesmas formas e atos; no sistemático deve manter correlação perfeita entre os conceitos jurídicos e sua forma respectiva, e também, devem as formas do processo (os procedimentos) variar segundo a relação jurídica litigiosa varia em seus elementos morfológicos proeminentes. (GRECO FILHO, 2010, p. 365)

Mesmo sabendo que, na realidade, as dificuldades práticas são evidentes, distanciando o cotidiano do dever-ser, estes princípios oferecem o modelo a ser seguido e ao qual o processo deve tender, seja ao ser elaborada a lei sobre processo, seja no momento de sua aplicação.

2.5 Princípio da Presunção de Inocência

Chamado também de Princípio da Não-Culpabilidade ou da Não-Culpa, este princípio informa que ninguém será culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Deste postulado resultam as seguintes conseqüências:

- a) Qualquer privação de liberdade do acusado somente se admite após sua condenação definitiva, o que não impede sua prisão provisória em situações excepcionais, isto é, quando se revelem imprescindíveis;
- b) Direito de o acusado ser informado, em tempo hábil, de todas as provas contra ele reunidas a fim de que possa contrariá-las eficazmente;
- c) Cumpre à acusação o dever de demonstrar a responsabilidade do réu e não a este comprovar sua inocência;
- d) A condenação deve derivar da certeza do julgador, sendo que eventual dúvida será interpretada em favor do réu (*in dubio pro reo*). (SCHMITT, 2007, p. 23)

Este princípio teve como seu marco inicial o final do século XVIII, quando em meio ao iluminismo europeu, o povo insurgiu-se contra o sistema processual penal inquisitivo, vigente desde o século XII, segundo o qual o acusado era totalmente desprovido de direitos e garantias processuais. (RANGEL, 2002, p. 21)

Por se tratar de um preceito constitucional, não tem reflexos apenas num ou noutro instituto processual, pois há que se projetá-lo no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e, até mesmo, no direito penal.

Antes do conhecimento da autoria de uma infração criminal, através da sentença condenatória transitada em julgado, todos são, portanto, presumivelmente inocentes, cabendo à acusação a demonstração da prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, além do que doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que a clausura antecipada dever ser vista como medida excepcional, sendo regra, que o acusado possa responder ao processo em liberdade, ressalvados os requisitos descritos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. (TÁVORA, ALENCAR, 2009, p. 44)

O Juiz, ao apreciar um processo e verificar, pelas provas dos autos, que a condenação é a aplicação correta e justa da lei, faz uma operação mental, concluindo pela culpa do réu e, por isso, condena-o. Assim, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, a culpa não se estabelece.

2.6 Princípio da Verdade Real

No processo penal importa, por certo, descobrir a realidade, ou seja, a verdade dos fatos ocorridos.

O Juiz, portanto, não é mero espectador das provas produzidas pelas partes, tendo o dever de buscar a fundo a realidade do fato, sem contudo se imiscuir-se na função de órgão acusador.

Desta forma, temos que:

Para tanto, o juiz, longe de ser um observador de pedra – imóvel, estático -, conta com poder de iniciativa complementar de provas, nos termos do art. 156 do CPP: o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. (SCHMITT, 2007, p. 27)

Demonstrando a amplitude deste princípio, citamos que, mesmo a confissão, no processo penal, tem valor relativo e deve ser analisada de acordo com as demais provas coligidas durante a instrução processual.

Ainda diante do princípio da verdade real:

[...] vigora no processo penal brasileiro a regra da liberdade de provas, isto é, todos os meios probatórios, em princípio, são válidos para comprovar a verdade real. Essa regra, no entanto, [...] não é absoluta, merecendo restrições, como por exemplo, vedação das provas obtidas por meios ilegais. (SCHMITT, 2007, p. 28/29)

O processo penal, portanto, não se conforma com ilações fictícias ou afastadas da realidade.

O Magistrado, ao desempenhar sua função jurisdicional, busca reconstruir a realidade formal de fatos ocorridos na maioria das vezes anos antes da instrução processual. Desta forma, busca superar “eventual desídia das partes na colheita probatória”, para assim, ao proferir sua decisão, aproximar-se o quanto possível “do ideal de Justiça”. (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 48)

A verdade real, em termos absolutos, pode ser inatingível, uma vez, que a instrução processual, devido ao grande número de processos que tramitam perante as Varas Criminais, muitas vezes realizadas anos após a ocorrência dos fatos narrados na denúncia ou queixa, não passam da materialização formal daquilo que possa realmente ter acontecido. (TÁVORA, ALENCAR, 2009, p. 48)

Neste sentido:

Descobrir a verdade real (ou material) é colher elementos probatórios necessários e lícitos para se comprovar, com certeza absoluta (dentro dos autos), quem realmente enfrentou o comando normativo penal e a maneira pela qual o fez. O caráter instrumental do processo demonstra que ele (o processo) é meio para se aplicar o direito objetivo (a norma penal incriminadora). (RANGEL, 2002, p. 05)

Mesmo assim, este princípio “é apontado por parte da doutrina como o escopo primordial do processo penal.” (RANGEL, 2002, p. 05).

3 - CITAÇÃO

A citação é o chamamento do acusado a juízo, vinculando-o ao processo e a seus efeitos. Pela citação válida, completa-se a relação processual e o processo pode desenvolver-se regularmente. Seguindo o entendimento esposado por Greco Filho, “a citação é ato formal, ou seja, deve ser realizada da maneira prevista em lei, nas hipóteses legais, não se admitido forma substitutiva, salvo o art. 570 [...]” (GRECO FILHO, 2010, p. 231).

Trata-se de ato de extrema importância para o processo penal, sem o qual as garantias previstas na Constituição Federal de 1988 não passariam de letra morta da Lei. De acordo com Alberto Silva Franco, sendo ato processual de grande importância para o processo penal, “a citação pode ser considerada como aspecto integrante das garantias constitucionais”. (FRANCO, 2004, p. 1095)

Segundo nos ensina Fernando da Costa Tourinho Filho, a citação pode ser conceituada como:

o ato oficial pelo qual, no início da ação, se dá ciência ao acusado de que contra ele se movimenta essa ação, chamando-o a vir a juízo, ver-se processar e fazer a sua defesa. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 168)

Ainda, seguindo os ensinamentos de Tourinho filho:

Os praxistas definiam-na como o chamamento de alguém a juízo para dizer sobre a pretensão do autor. Citação é o ato processual pelo qual se leva ao conhecimento do réu a notícia de que contra ele foi recebida denúncia ou queixa, para que possa defender-se. (TOURINHO FILHO, 2005, p. 168)

Devidamente interligado ao Princípio da Ampla Defesa, é por meio da citação válida que o acusado toma ciência da ação penal que pesa contra sua pessoa, comparece em juízo para exercer seu direito de defesa (defesa preliminar), acompanha os atos processuais até seu desfecho, com a declaração da sentença, seja ela absolutória ou condenatória.

A citação válida pode se dar por diversas formas. No processo penal são encontradas duas espécies de citação, a "real" e a "ficta". A citação real é aquela realizada na pessoa do próprio réu, ou seja, é pessoal, podendo ser realizada pelas seguintes modalidades: por mandado, carta precatória, carta rogatória, carta de ordem e requisição. Já a citação ficta ou presumida é aquela feita por intermédio da imprensa oficial, com a publicação de edital. Recentemente, com a

edição da Lei 11.719, de 20 de junho de 2008, foi introduzida no estatuto adjetivo penal a citação por hora certa, prevista no artigo 362 e parágrafo único do Código de Processo Penal, segundo o qual, segue o rito previsto nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil. Ressalta-se que esta última modalidade de citação, objeto de nosso trabalho, será melhor abordado em capítulo próprio.

Faz-se a citação por mandado quando o réu estiver na jurisdição do juiz que a determinar. O escrivão não pode realizar a citação, que é ato privativo do oficial de justiça. A citação por mandado, por assegurar o conhecimento real da imputação ao acusado, é a que tem preferência sobre a citação ficta.

Segundo a doutrina de Vicente Greco Filho:

O mandado deverá conter os requisitos do art. 352, que, em resumo, dão conhecimento da imputação, contendo, também o dia e a hora em que o acusado deverá comparecer para interrogatório. Não se tem admitido a citação no mesmo dia em que o acusado deva ser interrogado, devendo mediar, pelo menos, 24 horas, como também, se a citação não for acompanhada de contrafé, que é a cópia da denúncia ou da queixa. (GRECO FILHO, 2010, p. 277)

Essas providências garantem a ampla defesa, pois o oficial de justiça deverá certificar a citação e a entrega de contrafé. Deverá, também, ser certificada eventual recusa no recebimento da contrafé, caso em que, para a segurança do ato, o oficial deverá descrever a pessoa citada para que se tenha certeza de sua identidade. Curiosamente citamos que:

A citação do militar se faz por intermédio do chefe do respectivo serviço, mediante requisição de sua apresentação para interrogatório ao seu comandante, ainda que esteja fora da comarca, com os elementos necessários para o pleno conhecimento da acusação e com a antecedência de, pelo menos, 24 horas como se entende para a citação por mandado. A citação do funcionário civil será feita por mandado pessoal, comunicando-se o fato, porém, à chefia para fins administrativos. (GRECO FILHO, 2010, p. 277/278)

Já a citação do preso, na versão original do Código de Processo Penal, fazia-se através de requisição ao diretor do estabelecimento em que esteja recolhido, o que era criticado pela doutrina por violação do direito de defesa. Entretanto, na atualidade, a citação do preso deve ser pessoal, conforme o art. 360, com a redação dada pela Lei nº 10.792/2003, entendendo-se por mandado porque essa é a forma regular da citação pessoal.

A citação por precatória far-se-á quando o acusado não residir na comarca de origem do processo. Desta forma, o juiz encarregado do feito determina

a expedição de carta precatória para a comarca onde reside o acusado. Tomando o juízo deprecado conhecimento da precatória, determinará a expedição do mandato citatório, que será realizado pelo oficial de justiça, que dará certidão de todo ocorrido.

Segundo Greco Filho, da mesma forma que na citação realizada na comarca de origem do processo, no caso de citação por carta precatória, verificando o oficial de justiça que o acusado se oculta para não receber a citação, poderá utilizar-se da citação com hora certa para realizar a citação, devolvendo-se ao final a carta precatória devidamente cumprida, estando derogada tacitamente a norma que determina que não sendo o acusado encontrado, será a precatória devolvida para realização da citação por edital. (GRECO FILHO, 2010, p.278)

A citação rogatória, por sua vez, se faz quando o acusado é residente no exterior ou em legações estrangeiras. No caso de rogatória para o exterior, o prazo prescricional fica suspenso até o seu cumprimento.

Destaca-se ainda, que o procedimento da citação por hora certa é o mesmo adotado pelo processo civil, ou seja, tendo sido procurado pelo oficial de justiça, pelo menos três vezes (dias) em horários distintos, suspeitando-se que o acusado oculta-se maliciosamente para não ser citado, o oficial de justiça intimará qualquer pessoa da família, podendo inclusive ser um vizinho do acusado, que no dia seguinte voltará em horário marcado para realizar a citação (artigo 227, do CPC). Se no dia e horário designados o oficial novamente não encontrar o acusado, buscará saber sobre os motivos de sua ausência e deverá certificar todo ocorrido, dando por realizada a citação (art. 228, §1º, do CPC), fazendo constar na respectiva certidão o nome da pessoa intimada, familiar ou do vizinho, ao qual foi entregue cópia da denúncia ou queixa (artigo 228, § 2º, do CPC). Ao final, o escrivão deverá encaminhar carta ou telegrama ao acusado, dando-lhe ciência da ocorrência (art. 229, do CPC). (GRECO FILHO, 2010, p. 278/279)

Importante ressaltar, que os atos praticados pelo Oficial de Justiça são dotados de fé pública, ou seja, as certidões por eles emitidas e juntadas aos autos do processo têm presunção de veracidade.

Salienta-se contudo, que tal presunção de veracidade não tem caráter absoluto, admitindo-se a demonstração de prova em contrário (*juris tantum*), através do incidente de falsidade ou de procedimento administrativo, nos quais, segundo o processualista Misael Montenegro Filho, devidamente demonstrada a ocorrência de

dano, causado a parte pelo ato do oficial de justiça, bem como o nexo de causalidade entre a conduta do Oficial e o dano suportado pela parte, este pode vir a responder por perdas e danos por atos praticados no exercício da profissão. (MONTENEGRO FILHO, 2007, p.231)

A citação, quando não puder ser feita por nenhum dos meios já citados, poderá ser feita por edital.

O prazo do edital é de 15 dias e deverá ser afixado na sede do juízo, no lugar de costume, e a publicação pela imprensa somente será indispensável quando, na comarca, houver imprensa oficial e verba disponível.

O réu incapaz será citado pessoal ou fictamente, na pessoa do curador.

Na hipótese de citação pessoal, a falta de atendimento à apresentação da defesa acarretará a decretação da revelia do acusado, sendo que esta tem por efeito a não intimação do acusado para os demais atos do processo, salvo a sentença condenatória, que tem regras especiais para a intimação.

Da mesma forma, segundo Vicente Greco Filho assevera que:

A revelia também será decretada se o acusado não comparecer a outros atos processuais, desde que intimado, ou se mudar de residência sem comunicar à autoridade judicial o lugar onde poderá ser encontrado. Se após a decretação da revelia o réu comparecer, será ela relevada ou levada, não se repetindo, porém, atos anteriores. (GRECO FILHO, 2010, p. 280)

Justamente por se tratar de ato processual:

[...] a citação exige o cumprimento de determinadas formalidades, previstas na lei, para que sua validade não fique em dúvida. A angularidade no processo penal tem início com a citação. A prática do ato de modo falho, deficiente e incompleto vicia o processo. O Código de Processo Penal prevê como causa de nulidade absoluta do processo a falta de citação (art. 564, II, e). Tendo em vista que a acusação pode ser alterada, no decurso do processo, através de aditamento da denúncia (ou queixa, se for o caso), segue-se que nesse caso o réu deve ser novamente citado, para que se tenha ciência da alteração e para que possa defender-se da imputação acrescida ou modificada. Dispensa-se a citação apenas no caso de aditamento sem qualquer alteração do fato descrito na denúncia ou na queixa, como por exemplo, quando se tratar de mera mudança no enquadramento legal. (FRANCO, 2004, p. 1096)

Há situação em que uma pessoa, a princípio, não integra a relação processual penal e, assim, pode vir a ser citada para exercer seu direito de defesa, como, por exemplo:

[...] o caso da exceção da verdade e da restauração de autos, bem como do mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público, contra ato praticado no processo, sempre que os efeitos da segurança possam prejudicar o acusado. (FRANCO, 2004, p. 1096)

Ressaltamos que existem julgados que dispensam a citação do réu, como nas medidas assecuratórias, sob o argumento de que se trata de medidas urgentes, que poderiam ficar prejudicadas caso fosse dado conhecimento prévio delas ao réu.

Entretanto, é importante que saibamos que:

Uma coisa é citar o réu, dando-lhe conhecimento da pretensão condenatória e oportunidade de defesa; outra coisa é executar medida urgente, de cunho cautelar. O que se pode fazer, antes da citação do réu, é cumprir a medida determinada (geralmente de seqüestro) mas isso não dispensa a necessidade de que o réu seja cientificado, inclusive para exercer o direito previsto no art. 130, I, do CPP. (FRANCO, 2004, p. 1097)

O direito fundamental da pessoa humana de saber-se processada criminalmente não pode ser preterido pela própria Justiça, que tem a obrigação de diligenciar no sentido de localizar o acusado para a convocação, por todos os meios e atentando para todos os elementos de que disponha para tanto.

A citação é, pois, uma solenidade indispensável ao desenvolvimento legal da relação processual penal, pois o réu deve ter ciência da ação penal para efetivar o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, considera-se suprida a citação se a parte comparece ao ato, entretanto, se houver perigo de prejuízo, poderá ser adiado, ou poderá ser devolvido o prazo à parte.

3.1 Órgãos da Citação, Quem Pode Ser Citado e os Efeitos da Citação Válida

Não obstante o processo tenha início com o oferecimento da denúncia ou queixa a relação jurídica processual somente se completa com a citação do acusado, pois trata-se de um ato processual, através do qual se leva ao seu conhecimento a acusação que pesa contra sua pessoa, chamando-o para vir a Juízo responder ao processo e exercer seu direito de defesa.

Como dito anteriormente, a ausência de citação válida eiva de nulidade o processo, sendo esta nulidade de caráter absoluto (art. 564, III, 'e', do CPP),

podendo ser sanada, porém, pelo comparecimento espontâneo do acusado, contudo assumindo sua posição no processo no estado em que este se encontrar, ressalvada da regra do artigo 570 do Código de Processo Penal. (BONFIM, 2009, p.444)

Proclamando na Constituição Federal como garantia individual, normalmente, a citação é ato do juiz, pois é ele quem determina que se proceda à citação e, tal ato é cumprido pelo Oficial de Justiça. Todavia, há casos em que a citação é cumprida por pessoa diversa, como ocorre com o militar, que se dá por intermédio de seu superior hierárquico, chefe do respectivo serviço, conforme descrito no artigo 358 do Código de Processo penal. TOURINHO FILHO, 2005, p. 169)

No mais, outra pergunta se revela: quem pode ser citado?

De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

No Processo Penal, somente o sujeito passivo da pretensão punitiva é que pode ser citado. Ninguém mais. No Processo Civil, geralmente é a pessoa em relação a quem se propõe a ação que o pode ser. Às vezes, terceiros, inicialmente estranhos à relação processual, a ela, posteriormente, são arrastados e vêm integrar a lide (pedido ou contestação). (TOURINHO FILHO, 2005, p. 169)

No processo penal, no entanto, a citação só será válida quando feita na própria pessoa do réu, “salvante o caso de citação por edital, que é permitida, como exceção, em benefício dos altos interesses da Administração da Justiça.” (TOURINHO FILHO, 2005, p. 170).

No processo penal a citação válida instaura a instância, estabelecendo a angularidade (tríade) da relação processual.

Caso contrário, não se instaura a relação processual penal e, por isso mesmo, estará manifestamente nulo. (MACHADO, 2009, p.113)

Diferentemente do processo civil, a citação no processo penal não é causa interruptiva da prescrição, nem previne a jurisdição.

Além disso:

A citação deficiente ou incompleta, por sua vez, acarreta nulidade relativa. Uma vez realizada validamente, a citação tem o efeito de completar a instância, com a formação efetiva da relação jurídica processual. Nesse sentido, o art. 363, *caput*, CPP (com redação dada pela Lei nº 11.719/2008), estatui que o processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado. O ato citatório eficaz tem o condão de reputar revel o acusado que não atenderam seu chamado para se defender, persistindo

contumaz, ou que não comunicar alteração de residência. (TÁVORA; ANTONNI, 2009, p. 564)

Os processualistas, neste sentido, costumam definir a citação como o chamamento do acusado a juízo para se defender e, também, o ato pelo qual se completa a relação processual.

A relação processual penal, assim, surge sempre que o autor apresenta sua pretensão em juízo por meio da denúncia ou queixa, ligando o acusado ao juiz, porém, somente com a citação, ou comparecimento do acusado em juízo, é que se estabelece um nexo entre este e o órgão jurisdicional.

4 - CITAÇÃO POR HORA CERTA

4.1 Hipótese e como a Citação por Hora Certa ocorre

Conforme dito anteriormente, a citação por hora certa, objeto de nosso trabalho, está prevista no artigo 362 do Código de Processo Penal e foi introduzida no processo penal como modalidade de citação pela Lei nº. 11.719 de 20 de junho de 2008.

Com a alteração introduzida pela lei 11.719/08, o artigo 362 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação:

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Desta forma, verifica-se que a citação por hora certa tem cabimento quando o réu se oculta para não ser citado, devendo o oficial de justiça, após certificar o ocorrido, intimar terceira pessoa, que pode ser um familiar, ou até mesmo um vizinho, avisando que retornará no dia seguinte em hora marcada para que o réu possa ser citado, conforme descrito nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil (BONFIM, 2009, p. 447).

Tratando-se de uma citação real, a citação por hora certa, ocorrerá da seguinte forma:

- a) quando o oficial de justiça houver procurado o réu, por três vezes, em seu domicílio ou residência sem encontrá-lo e houver suspeita de que esteja se ocultando, intimará alguém da família ou, em sua falta, um vizinho, de que no dia seguinte voltará para realizar a citação, em horário que designar;
- b) no dia seguinte e no horário marcado, o oficial de justiça, independentemente de qualquer ordem judicial, comparecerá para efetuar a citação pessoal. Se o citado estiver presente, será citado pessoalmente; caso contrário, o oficial procurará informar-se acerca do porquê da ausência, dando por feita a citação, ainda que o réu se tenha ocultado em outra comarca. O oficial de justiça deixará a contrafé com a pessoa da família ou com o vizinho intimado ou com qualquer outra pessoa – da família ou vizinho – se aquela que foi intimada também não estiver presente. Deverá o oficial certificar tudo, anotando, inclusive, o nome da pessoa a quem entregou a contrafé;
- c) realizada a citação, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe ciência de todo o ocorrido. A remessa dessa

correspondência é indispensável à validade da citação com hora certa, ainda que o citado não seja encontrado. (BONFIM, 2009, p. 447)

Portanto, além de se dirigir, por no mínimo três vezes, ao domicílio do réu, é importante que o oficial de justiça realize essas diligências em horários diferentes, procurando ter o máximo de cautela possível, para que com sua atuação não possa prejudicar o acusado, que por algum motivo justificado, não foi encontrado pelo oficial de justiça, pois:

De nada vale a procura realizada sempre no mesmo horário, na medida em que pode corresponder ao horário de trabalho do réu, que naquelas condições nunca será encontrado (e isso não significa que esteja se ocultando, ainda que assim possa interpretar o oficial de justiça). (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

De acordo com a doutrina de Auri Lopes Junior, deverá ainda, o oficial de justiça, relatar pormenorizadamente, através de certidão nos autos do processo, indicando os dias e horários em que tentou encontrar o acusado, bem como os fundamentos de sua suspeita de que este tenta se ocultar com o intuito de não ser citado. Deverá, também, identificar a pessoa com quem fez contato, indicando o grau de parentesco se for um familiar do réu. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

O Escrivão deve comprovar nos autos que foi enviada ao réu, citado por hora certa, carta ou telegrama, dando-lhe ciência de que foi citado.

De acordo com Auri Lopes Junior:

O ideal é que essa comunicação seja feita por carta, com aviso de recebimento, onde consta cópia integral da denúncia (ou queixa). Não vemos como isso possa ser feito por telegrama, de modo que, no processo penal, deve-se exigir a carta com aviso de recebimento onde conste cópia integral da denúncia ou queixa. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

Por fim, de forma pormenorizada, todo o procedimento da realização da citação por hora certa deve ser feito pelo oficial de justiça para permitir o posterior controle de legalidade do ato por parte do juiz, uma vez que, mesmo se cercando de todas as cautelas, este pode ser levado a erro por circunstâncias alheias a sua vontade, vindo a causar um grande prejuízo para o acusado que poderá ser ao final do processo condenado, sem ao menos ter exercido seu direito de autodefesa, haja vista que não será intimado dos demais atos processuais.

Conforme dito anteriormente, o ato citatório realizado pelo oficial de justiça tem presunção de veracidade, todavia, essa presunção não é absoluta,

permitindo-se a demonstração de prova inequívoca em contrário para a desconstituição do ato.

Dentro deste contexto, a citação realizada por edital, sendo considerada a única forma de citação ficta prevista em nosso ordenamento jurídico, mostra-se mais benéfica ao acusado, uma vez que, decorrido os prazos legalmente previstos para sua realização, o magistrado tem a sua frente dois caminhos a percorrer, quais sejam: determinar a produção antecipada de provas que possam se perder com o tempo, tais como, realização de exames periciais, cujos vestígios possam desaparecer, oitivas de testemunhas acometidas de doença em estado terminal, por exemplo; em seguida, determinará a suspensão do processo, bem como do lapso prescricional, podendo inclusive, decretar a prisão preventiva do acusado, afim de que depois de capturado o processo tenha seu curso natural.

Ressalta-se ainda, que na modalidade de citação por edital, não há a possibilidade da decretação da revelia do acusado, ao contrário do que ocorre na citação por hora certa, vindo este a ser processado e ao final possivelmente condenado, uma vez que a própria lei determina a suspensão do processo e do prazo prescricional (art. 366, do CPP).²

Segundo Adilson de Oliveira Nascimento, “[...], o artigo 366 extingue a figura da revelia do réu citado por edital que não comparece ao processo – sendo tratado como *ausente* – com a suspensão do processo e do lapso prescricional.” (NASCIMENTO, 2004, p. 106)

Assim, concluímos que a citação por hora certa, introduzida no Processo Penal pela Lei nº. 11.719 de 20 de junho de 2008, trata-se de outra modalidade de citação real (por mandado), uma vez que realizada por Oficial de Justiça, bem como, por considerar-se o acusado pessoalmente citado, suportando o ônus de seu não comparecimento em juízo para se defender, haja vista a possibilidade de decretação de sua revelia e conseqüente prosseguimento do processo sem sua efetiva participação; ao contrário do que ocorre com a citação por edital, tida como citação ficta ou presumida, uma vez que há a presunção que o réu tomou conhecimento do processo instaurado em seu desfavor, tendo como

² 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 a prisão preventiva, nos termos do disposto no Art. 312.

conseqüência a suspensão do processo e do prazo prescricional, pela pena em abstrato, mais benéfica ao réu.

4.2 - A Citação por Hora Certa e sua Inconstitucionalidade

A lei 11.719/08 introduziu algumas alterações no Código de Processo Penal, que passou a contar com a figura da citação por hora certa. Neste sentido, o atual art. 362 do Código de Processo Penal dispõe que:

Art. 362. Verificando que o réu se oculta para não ser citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Por sua vez, os artigos 227, 228 e 229, todos do Código de Processo Civil, prescrevem de maneira minudente o procedimento que deve ser adotado quando da realização da citação por hora certa.³

Quanto ao Processo Civil, a citação por hora certa é feita quando:

[...] por malícia do réu, o oficial de justiça não conseguir encontrá-lo para dar-lhe pessoalmente a ciência do ato de cuja prática foi incumbido, permite o Código que a citação se faça de forma ficta ou presumida, sob a denominação de citação com hora certa [...]. (THEODORO JÚNIOR, 2006, p. 292)

Há de notarmos ainda que, com a importação da modalidade de citação por hora certa do Código de Processo Civil para o Código de Processo Penal, de acordo com o i. Edílson Mougnot Bonfim, a Lei 11.719/08 acabou por revogar a citação editalícia, procedimento adotado quando o réu não era encontrado pelo oficial de justiça, contudo, por um equívoco, esqueceu-se o legislador de revogar expressamente os demais dispositivos que tratam da citação por edital, que

³ 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 partir da entrada em vigor da referida Lei, se mostram sem aplicação. (BONFIM, 2009, p. 445/446)

Diante da leitura dos dispositivos processuais acima citados, pergunta-se se a previsão da citação por hora certa, no processo penal, seria constitucional?

Num primeiro momento, cremos que esta citação não é amparada pela Constituição Federal, pois ela afronta os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da lei constitucional.

A citação por hora certa também não encontra amparo na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pois no art. 8º, 2, b, há expressa disposição de que é garantia judicial a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

Sobre este assunto, é de grande importância a identificação da natureza jurídica da inconstitucionalidade que vicia a referida modificação introduzida no Código de Processo Penal pela Lei Nº. 11.719/08.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes, temos que:

A análise da constitucionalidade das espécies normativas (art. 59 da CF) consubstancia-se em compara-las com determinados requisitos formais e materiais, a fim de verificar-se sua compatibilidade com as normas constitucionais. (MORAES, 2006, p. 637)

Dois são as espécies de vícios que podem tornar uma norma inconstitucional, quais sejam, o vício formal e o vício material.

De acordo com ensinamento de Pedro Lenza, o vício de inconstitucionalidade formal se subdivide “em inconstitucionalidade formal orgânica, em inconstitucionalidade formal propriamente dita e em inconstitucionalidade por violação a pressupostos objetivos do ato”. (LENZA, 2007, p. 156)

O vício de inconstitucionalidade formal orgânica é aquele que decorre da inobservância de competência constitucionalmente definida para a iniciativa para elaboração do ato. Como exemplo, podemos citar a criação de uma norma de competência exclusiva da União, sendo criada por um Estado da Federação, ou mesmo por um Município. (LENZA, 2007, p. 157)

Com relação à inconstitucionalidade formal propriamente dita, lapidar é a definição utilizada pelo constitucionalista Pedro Lenza, vejamos:

Por sua vez, a inconstitucionalidade formal propriamente dita decorre da inobservância do devido processo legislativo. Podemos

falar, então, além de vício de competência legislativa (inconstitucionalidade orgânica), em vício no procedimento de elaboração da norma, verificado em dois momentos distintos: fase de iniciativa ou nas fases posteriores. (LENZA, 2007, p.157)

Seguindo a doutrina de Alexandre de Moraes, identifica-se como fase de iniciativa aquela na qual se observa a competência para elaboração de determinada norma, requisito formal subjetivo e, fases posteriores, aquelas compreendidas pela deliberação parlamentar e executiva (constitutiva) e pela promulgação e publicação da norma (complementar), requisitos formais objetivos. (MORAES, 2006, p. 637/638)

Por fim, o vício de inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato se dá pela inobservância de “elementos externos ao procedimento de formação das leis...”. (LENZA, 2007, p. 159) Como exemplo, podemos citar “a edição de medida provisória sem observância dos requisitos de relevância e urgência (art. 62, *caput*) ou a criação de municípios por lei estadual sem a observância dos requisitos previstos no art. 18, § 4º”. (LENZA, 2007, p. 159)

Já o vício de inconstitucionalidade material, segundo Pedro Lenza, é aquele segundo o qual o vício se refere à matéria tratada na norma, ou seja, não se verifica a regularidade formal do ato, mas a adequação da matéria tratada na norma com os princípios previstos na Constituição Federal.

Da mesma forma, segundo Alexandre de Moraes, todo ato normativo que “afrentar qualquer preceito ou princípio da Lei Maior” padece do vício de inconstitucionalidade material. (MORAES. 2006, p. 368)

Verifica-se, portanto, que referida norma padece do vício de inconstitucionalidade material, uma vez que os Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa são diretamente violados com este tipo de citação (citação por hora certa, art. 362 e parágrafo único do CPP), pois está sendo retirado do acusado o direito de ver-se pessoalmente informado da acusação que lhe esta sendo imputada, para que, posteriormente, exerça plenamente sua defesa, conforme estabelecido pelo Princípio do devido processo legal. Além disso, trata-se de uma citação considerada como real e, neste caso, “somente poderá ser utilizada quando esgotadas todas as possibilidades de encontrar-se o réu para realizar-se a citação.” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 15).

Desta forma, estamos com Auri Lopes Júnior quando assevera que:

Em que pese a resistência dos processualistas penais, a Lei 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. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 17)

Devemos ainda considerar que o processo penal envolve um dos mais relevantes direitos fundamentais do indivíduo, qual seja, a liberdade, direito indisponível do cidadão. Desta forma, não é possível transportar a citação por hora certa, do processo civil, para o processo penal, pois:

[...] a citação por hora certa, por acabar de ressuscitar a possibilidade de haver processo sem o conhecimento do acusado, nomeando-se defensor dativo, com base em critérios subjetivos do oficial de justiça de que ele tem ciência da acusação. A isso se acresce 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. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 17)

Não há nada de positivo para o réu, bem como para todo cidadão, sob pena de infringir o princípio da segurança jurídica, nessa nova modalidade de citação, aliás, é preciso dizer que para o acusado, o art. 362 do Código de Processo Penal representa a evidente supressão de garantias imprescindíveis, pois fere o Princípio do Contraditório e a da Ampla Defesa, desrespeitando a previsão da Constituição Federal e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Em que pese o parágrafo único do artigo 362 do Código de Processo Penal trazer a imposição de ser nomeado defensor dativo para o acusado caso este não compareça, acreditamos que a inconstitucionalidade do dispositivo permaneça intacta, pois, ainda não se poderá falar na devida observância dos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, uma vez que, mesmo lhe sendo garantido a defesa técnica realizada por profissional qualificado, este não poderá fazer uso da autodefesa.

Aliás, por se tratar de uma citação bastante controversa, todos os requisitos para sua validade devem ser estritamente observados e cumpridos, pois:

Nenhuma dúvida temos de que a ausência desses requisitos formais conduz a grave defeito processual, ou, na classificação tradicional, a uma nulidade absoluta do processo, sendo errônea a exigência de demonstração de prejuízo. Trata-se de prejuízo presumido ou manifesto, que não precisa ser demonstrado pelo réu. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

Lembramos que o direito de ser informado, pessoal e previamente, do inteiro teor da acusação formulada é parte integrante da garantia de ampla defesa e do contraditório e, ainda, elemento imprescindível da citação.

Aliado a tais princípios, há que ser assegurado, ainda, o direito de informação do acusado, que se concretiza, certamente, por meio da citação, pois através da informação, torna-se possível a defesa e, com essa reação do acusado, ocorre a plenitude do devido processo legal.

Evidencia-se, portanto, o iminente perigo da citação por hora certa, se não precedida de todas as cautelas possíveis, ademais:

Considerando o juiz como válida a citação com hora certa, se o acusado não apresentar resposta escrita ou constituir defensor, ser-lhe-á nomeado defensor dativo. Eis aqui o grande perigo dessa forma de citação: ressuscita a possibilidade de haver processo sem o conhecimento do acusado. Cabe ao juiz o controle da legalidade e da real necessidade do ato. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 18)

Neste caso, o juiz deve ser muito cauteloso e, ao nosso ver, a citação deveria ser feita por edital. Persistindo a inatividade processual do acusado, determinar-se-ia a suspensão do processo e da prescrição, nos termos do art. 366 do Código de Processo Penal, para que não sejam desconsiderados os preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Neste sentido:

Agiu mal o legislador ao não especificar a modalidade de citação, pois caso o réu seja citado por edital, não comparecer nem constituir defensor, o juiz não irá nomear defensor para o réu, e sim aplicar a regra do art. 366 do CPP, preservada na base do veto presidencial: suspende-se o processo e a prescrição até que o réu seja encontrado. (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 19)

A citação por edital se trata de uma cautela a ser considerada, devido à sua adequação aos ditames constitucionais e diante do imenso retrocesso de ter-se um processo penal sem que o acusado tenha ciência da imputação, “ressuscitando o instituto da revelia que felizmente foi sepultado em 1996, quando a Lei 9.271 alterou a redação dos artigos 366 e 367 do CPP.” (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 19).

Diante do que foi dito, resta-nos ressaltar que o art. 362 do Código de Processo Penal, por violar nitidamente a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, bem como o art. 8º, 2, b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é inconstitucional, destacando-se por sua manifesta violação das garantias do contraditório e da ampla defesa, imprescindíveis para o devido processo penal.

CONCLUSÃO

A sociedade, por viver em conjunto com seus semelhantes, deve ser regida através de métodos capazes de solucionar ou minimizar as lides que surgem entre eles. A intenção do ordenamento jurídico é, portanto, confortar e pacificar ao máximo as relações sociais.

Reservados ao Direito Penal, que tutela os direitos de maior significado para o ser humano, o Direito Processual Penal brasileiro justifica-se diante da necessidade de se observar e cumprir fielmente, um conjunto de procedimentos, visando sempre o devido processo penal.

Trata-se de um ramo do Direito Público, caracterizando-se fundamentalmente no Direito Constitucional que assegura princípios gerais e de ordem pública, capazes de orientar o processo penal em sua generalidade.

Portanto, para que se atinja a intenção legislativa, os procedimentos penais devem atender as exigências que oferecem a máxima adequação da atuação da jurisdição, considerando a natureza e a gravidade da infração penal, além da repercussão social.

Assim com o processo, os procedimentos não podem afastar-se do devido processo legal e de suas imposições, pois é ele que assegura a devida prestação da justiça penal.

Neste prisma, uma das garantias mais importantes para o Direito Processual Penal é a própria Constituição Federal que dispõe que o processo penal deve percorrer seus trâmites em conformidade com os princípios constitucionalmente consagrados.

O legislador, agindo desta forma, coloca à disposição do cidadão, o processo penal, devidamente estruturado pelo Código de Processo Penal e em conformidade com os preceitos constitucionais. Surge, conseqüentemente, a relação processual, integrada por sujeitos que compõem a realidade jurídico-processual.

Desta forma, o Título VIII, do Código de Processo Penal, regulamenta e prevê a figura do juiz, do Ministério Público, do acusado, do defensor, dos assistentes e dos auxiliares de justiça como sujeitos processuais, cada qual apresentando uma característica própria.

No entanto, devemos nos ater à condição do ofendido, reconhecendo-o como sujeito processual, que atua como parte, sendo-lhe resguardados todos os

direitos previstos constitucionalmente, para que a relação processual penal alcance sua máxima efetividade, sem afastar-se dos princípios referentes à condição humana.

Interpretando as exigências do ordenamento jurídico, em conformidade com o Princípio do Devido Processo Legal, estaremos assegurando o conjunto de garantias constitucionais a serem dadas ao réu, pois são indispensáveis ao exercício justo da jurisdição.

Neste sentido, o Princípio do Contraditório em conjunto com o Princípio da Ampla Defesa, mostram-se inafastáveis, tornando-se de fundamental significância para o processo, principalmente, para o processo penal. No mais, a garantia da imparcialidade do juiz deve ser vista como um direito de justiça igualitária para as partes e, também, para o Estado, sem que haja tendências, motivações particulares ou parcialidade no momento do julgamento.

A citação, neste prisma, sendo entendida como o chamamento do réu a juízo, vinculando-o, desta forma, ao processo e a seus efeitos, deve ser adequado, garantido e norteado pelos Princípios constitucionais, pois, é através da citação válida, que se completa a relação processual.

Havendo algumas formas de citação, destacamos que a citação por hora certa, prevista no Código de Processo Civil, ocorre quando o acusado se ocultar para não ser citado. Sendo caracterizada por se tratar de uma citação real (por mandado), é inconstitucional.

A lei 11.719/08, após sua promulgação, introduziu consideráveis alterações no Código de Processo Penal. Depois da citada norma, ele passou a regulamentar a figura, inconstitucional, da citação por hora certa no processo penal.

No texto daquele diploma processual penal, mais precisamente em seu art. 362 está previsto que sendo verificando que o réu se oculta, para que não seja citado, o oficial de justiça certificará a ocorrência e procederá à citação com hora certa, na forma estabelecida do Código de Processo Civil, artigos 227 a 229.

No mesmo artigo de lei, o legislador ainda previu, no parágrafo único, que completada a citação com hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor dativo.

Entretanto, ainda que haja esta previsão legal, acreditamos tratar-se de uma espécie de citação real não amparada pela Constituição Federal. A nosso ver, ela agride diretamente os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa e o

disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, afastando-se do verdadeiro sentido almejado pelo processo penal.

Assim, podemos verificar que o art. 362, do Código de Processo Penal, viola, além da Constituição Federal, seus princípios constitucionais e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Portanto, neste sentido, verifica-se que a citação por hora certa é um ato procedimento, que padece do vício de inconstitucionalidade material, uma vez que viola de maneira inequívoca, além dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, imprescindíveis para o devido processo penal, os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos, colocando o acusado numa posição de desconforto e de prejuízo perante a sociedade e o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva 2009.

FRANCO, Alberto Silva. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e suas Conformidade Constitucional*. 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6ª ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júri, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Princípios Penais Constitucionais. Direito e Processo Penal à Luz da Constituição Federal*. Bahia, Podivm, 2007.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 3ª ed., Bahia: Podivm, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 44º ed., Vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 27ª ed., 3º vol., São Paulo: Saraiva, 2005.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. *Da citação por edital do acusado: interpretação do art. 366 do Código de Processo Penal com a redação da Lei n. 9.271/96 no contexto do Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. rev. atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 11ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil*, volume 1 : teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.