

# **A inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal**

**Luís Fernando de Andrade**

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras - UNILAVRAS. Pós-Graduando em Ciências Penais pela UNIDERP. Aprovado no VI Exame Unificado da OAB.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da citação por hora certa. 3. Dos princípios do contraditório e da ampla defesa. 4. Da inconstitucionalidade da citação por hora certa. Considerações Finais. Referencial bibliográfico.

## **RESUMO**

Este estudo tem por objetivo abordar e discutir acerca da inconstitucionalidade da citação ficta, na modalidade hora certa no processo penal, instituída pela Lei 11.719, de 23 de junho de 2008. Tal discussão está sendo analisada no Supremo Tribunal Federal, através do AI 808375 do Rio Grande do Sul, onde aborda a inconstitucionalidade da citação por hora certa, por violar os princípios do contraditório, ampla defesa e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pela Constituição brasileira. O presente trabalho analisa primeiramente sobre a conceituação dos institutos da citação por hora certa, no âmbito do processo civil e do processo penal. Posteriormente, analisa os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, inclusive com opiniões doutrinárias. Este artigo científico foi elaborado por pesquisa bibliográfica em livros, códigos, periódicos e internet acerca do tema em debate. Em que pese à argumentação em sentido contrário, verifica-se de maneira categórica a inconstitucionalidade da referida norma, por violar expressamente o texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: citação por hora certa – processo penal – inconstitucionalidade.

## **ABSTRACT**

This study aims to address and discuss about the unconstitutionality of fictitious quotation, in the mode right time in the criminal proceedings, introduced by Law 11719 of June 23, 2008. This discussion is being analyzed in the Supreme Court, through AI 808 375 of Rio Grande do Sul, which addresses the unconstitutionality of the citation for the right time, for violating the principles of adversarial, defense and the American Convention on Human Rights, type approved by the Constitution Brazilian. This paper analyzes primarily on the conceptualization of the institutes of the citation for the right time, under the civil procedure and criminal procedure. Then we analyze the constitutional principles of adversarial and legal defense, including doctrinal views. This article was prepared by scientific literature in books, codes, journals and internet on the topic under discussion. Despite arguments to the contrary in direction, there is categorically the unconstitutionality of that standard by explicitly violating the constitutional text.

KEYWORDS: quote by time - criminal proceedings - unconstitutional.

# 1 INTRODUÇÃO

A citação ficta, na modalidade por hora certa, é um remédio previsto no Código de Processo Civil usado quando o réu se oculta para não ser citado. Seu procedimento está regulamentado nos artigos 227 e seguintes do Código de Processo Civil.

Sendo assim, com o propósito de celeridade e inovação, a Lei 11.719, de 23 de junho de 2008, alterou o texto do Código de Processo Penal, instituindo a modalidade de citação por hora certa em seu texto, estando presente em seu artigo 362.

Com tal redação, surge a presente indagação. A citação por hora certa no Código de Processo Penal é constitucional? Não seria uma afronta ao princípio do contraditório e da ampla defesa?

Importante frisar que ao ser citado na modalidade por hora certa, o processo correrá normalmente, inclusive causando o efeito da revelia, nos termos do Estatuto Processual Penal brasileiro.

Ressalte-se ainda, por oportuno, que o presente trabalho está sendo alvo de discussão no Supremo Tribunal Federal, no Agravo de Instrumento n.º 808375 do Rio Grande do Sul, onde o Ministro Marco Aurélio, relator do processo decidiu por submeter o Recurso Extraordinário ao plenário para análise da constitucionalidade da lei.

Sob esta ótica, pretende com este trabalho explanar ideias do ponto de vista constitucional e principiológico sobre o tema em análise, partindo do pressuposto de se analisar a constitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal.

Objetiva-se, neste artigo científico, analisar os institutos da citação por hora certa, no âmbito processual civil e penal, bem como discorrer sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa e por fim analisar a constitucionalidade da presente norma que se encontra em vigor em nosso país.

## 2 Da citação por hora certa

Nos termos do Estatuto de Ritos, em seu artigo 213, citação é o ato pelo qual se chama a juízo o réu ou interessado a fim de se defender.<sup>i</sup>

Acerca do conceito de citação, o grande jurista Humberto Theodoro Jr. assevera que:

“Sem citação do réu, não se aperfeiçoa a relação processual e torna-se inútil e inoperante a sentença. (...) Tão importante é a citação, como elemento instaurador do contraditório no processo, que sem ela todo o procedimento se contamina de irreparável nulidade.” (JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, vol. 1. 52ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2011, p. 275)<sup>ii</sup>

A problemática causada pelo presente estudo encontra primeiramente respaldo no texto do Código de Processo Civil, no que tange a citação ficta, *verbis*:

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.

Com o mesmo critério, a Lei 11.719/08 alterou o texto do Código de Processo Penal e passou a prever o instituto da citação por hora certa, senão vejamos.

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.<sup>iii</sup>

Sendo assim, verifica-se que a citação por hora certa, modalidade presumida de citação, ocorre sempre que o réu se oculta ou se esquiva de ser citado pelo oficial

de justiça. Importante frisar que a jurisprudência caminha no sentido de que o oficial de justiça deve indicar expressamente os fatos evidenciadores da ocultação maliciosa do réu. (Júnior, ob. cit, p. 279)

Uma vez citado por hora certa, o processo seguirá normalmente seu trâmite legal, conforme dispõe o artigo 363 do Código de Processo Penal, inclusive podendo incidir até os efeitos da revelia (artigo 367 do Código de Processo Penal).

### 3 Dos princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Estabelece a Carta Magna:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIV- ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV- 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;<sup>iv</sup>

Neste norte, é mister destacar que os princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal tem guarida constitucional ao direito liberdade, devendo ser aplicado nas legislações infraconstitucionais.

O grande constitucionalista Alexandre de Moraes, preleciona que:

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 125)<sup>v</sup>

Neste sentido, é o que ensina Nelson Nery Júnior:

O princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do Estado de Direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto

constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação, quanto o direito de defesa são manifestação do princípio do contraditório. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004. p. 125 *apud* NERY JR., Princípios)

Em síntese, contraditório e da ampla defesa distinguem sistematicamente, porém caminham juntos para a efetividade do devido processo legal, assegurando os valores esculpidos na Lei Maior. A Defesa em um processo se divide em Autodefesa e Defesa Técnica.

A Autodefesa é a realizada pelo próprio réu, em seu momento de depoimento pessoal ou interrogatório, dependendo do rito processual a ser realizado. Já a Defesa técnica é a atribuída a um advogado que fará uma análise técnico-jurídica do caso em questão.

Portanto, é indispensável a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa em qualquer processo, seja administrativo ou judicial, para se cumprir com o devido processo legal e assegurar os direitos e garantias expressos na Constituição.

#### 4 Da inconstitucionalidade da citação por hora certa

A citação por hora certa é uma das modalidades de citação ficta ou presumida em nosso Ordenamento Jurídico, juntamente com a citação editalícia.

No processo penal, na hipótese do réu se encontrar em local incerto e não sabido, se atribui a citação via edital, nos termos dos artigos 365 e seguintes do Código de Processo Penal.

O efeito atribuído ao réu a esse tipo de citação ficta é de que ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva (artigo 366 do Código de Processo Penal).

Assim sendo, verifica-se que o tratamento quanto à citação por edital, modalidade de citação ficta, respeita os dizeres constitucionais do contraditório e da ampla defesa, uma vez que suspende o curso do processo, voltando a tramitar apenas com a presença do réu, para realizar sua autodefesa, bem como sua defesa técnica.

A citação por hora certa, a legislação não confere o mesmo tratamento, senão vejamos. O parágrafo único do artigo 362 do Código de Processo Penal reza que completada a citação com hora certa, ao acusado ser-lhe-á nomeado defensor dativo, podendo o processo tramitar normalmente (artigo 363 do CPP), bem como podendo ser decretada a revelia (art. 367 do CPP).

Ora, pode-se perceber uma incongruência enorme quanto a dois institutos semelhantes. Ambas citações são presumidas, no entanto com tratamento diferentes. A citação com hora certa não preenche os dizeres constitucionais, uma vez que não assegura o contraditório e ampla defesa ao acusado.

Ademais, o fato de não suspender o processo quando se depara com um caso que se necessita de citação por hora certa, não atribui de maneira efetiva e teleológica a autodefesa e nem defesa técnica.

A autodefesa fica prejudicada porque não se tem ciência se realmente o réu fora citado, daí o nome de citação presumida ou ficta. A defesa técnica também fica prejudica, uma vez que o Defensor nomeado não tem uma linha defensiva conclusiva, vez que não mantém contato com o réu, devendo nestes casos gerar nulidade absoluta do processo.

Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 8º, 2, b,<sup>vi</sup> dispõe ser uma garantia judicial a comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.

É de se frisar que tal convenção acerca dos direitos humanos foi devidamente recepcionada pela Constituição Brasileira, a teor do que dispõe o art. 5º, §2º da Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 5º (...)

§2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Destarte, é o entendimento do Jurista Luiz Flávio Gomes<sup>vii</sup>:

O direito de ser informado pessoal e previamente do inteiro teor da acusação formulada faz parte tanto da garantia da ampla defesa como do contraditório e foi reconhecido (v.g.) pela lei 9.271/96. Este, aliás, como assinala a doutrina, é composto de dois momentos: o da informação, que se concretiza por meio da citação, e o da reação (ou possibilidade de contradizer). A simbiose que se vislumbra entre tais garantias, aliás, é a seguinte: enquanto o primeiro momento – o do contraditório (“informação”) – torna possível a defesa (efetividade), o

segundo (reação) lhe dá plenitude. (GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4, p.95/96)

Nestes termos, todo acusado tem direito de comunicação previa e minuciosa sobre a acusação que lhe é imputada, visto que tal dispositivo integra a ampla defesa, o que deve ser respeitada na citação por hora certa.

Sendo assim, verifica-se que a citação com hora certa no processo penal fere diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal.

## **Considerações Finais**

Como foi abordada a citação com hora certa, atribuída no artigo 362 do Código de Processo Penal, modalidade de citação ficta, não tem o mesmo tratamento legal que a citação por edital, na qual suspende o processo, bem como o curso do prazo prescricional até o momento da presença física do acusado.

O princípio do contraditório e da ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica do acusado, devendo ser respeitada em todas as suas hipóteses, para garantir a segurança jurídica do Estado Democrático de Direito.

Além do mais, a Convenção Americana de Direitos Humanos afirma categoricamente que o acusado tem direito a ter ciência prévia e pormenorizada a acusação que lhe é imputada.

Como visto, caso o processo continue tramitando normalmente nos casos de citação por hora certa, é nitidamente um caso de nulidade absoluta, ferindo diretamente os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Cabe agora ao Supremo Tribunal Federal proferir a palavra final acerca da constitucionalidade da citação por hora certa no Código de Processo Penal, devendo se valer dos argumentos acima expostos para se perfazer a segurança jurídica em nosso país.

## Referencial bibliográfico

- 
- <sup>i</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm) Acesso em 06 de fevereiro de 2013.
- <sup>ii</sup> JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil, vol. 1.** 52ª Edição. Ed. Forense. Rio de Janeiro. 2011.
- <sup>iii</sup> BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 06 de fevereiro de 2013.
- <sup>iv</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 06 de fevereiro de 2013.
- <sup>v</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 15. Ed. – São Paulo: Atlas, 2004.
- <sup>vi</sup> BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm> Acesso em 06 de fevereiro de 2013.
- <sup>vii</sup> GOMES, Luiz Flavio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Penal: comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v.4