

DIREITO PENAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

DA CONSTITUCIONALIDADE DA CITAÇÃO POR HORA CERTA NO PROCESSO PENAL: COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

MAÉRCIO HERCULANO DIAS

Graduando em Direito

FEAD – Faculdade de Estudos Superiores de Minas Gerais, Brasil
dukedodgers@hotmail.com

A citação é um ato processual promovido para chamar o réu a juízo, cientificando-lhe do ajuizamento da ação penal e imputando-lhe a prática de ato definido como crime. Por meio dela, o réu tem a oportunidade de oferecer defesa técnica ou pessoal.

Tal ato processual é de suma importância, sendo inclusive pressuposto objetivo de desenvolvimento válido do processo penal. Importa ainda trazer à baila que a citação válida do acusado traz como consequência primordial o complemento da relação triangular processual. Caso não ocorra a citação válida do processo, nos termos do art. 564, inciso III, alínea “e”, do Código de Processo Penal (CPP), os atos posteriores serão considerados nulos.

A doutrina majoritária classifica o ato citatório em real (pessoal) ou ficto (presumido). A citação real é aquela feita por oficial de justiça, e a ficta feita por edital ou por hora certa (TÁVORA; ALENCAR, 2009, p. 564). O objeto desta análise é a citação por hora certa.

A citação por hora certa, modalidade de comunicação de ato processual já ocorrido, trazida do direito processual civil para o direito processual penal, ocorre quando o oficial de justiça, após

procurar o réu em seu domicílio ou residência por três vezes, não o encontrar. Havendo suspeita de ocultação por parte do réu, o oficial deverá intimar qualquer pessoa da família – ou, em sua falta, qualquer vizinho –, retornando no dia seguinte, em hora determinada, para citar o acusado.

No dia e horas marcados deverá o oficial de justiça comparecer à residência do réu com o fito de citá-lo. Não estando o acusado no local e no momento determinado, o meirinho o dará por citado, caso perceba que o réu está se ocultando para não receber a comunicação do processo penal que corre em seu desfavor.

Nos termos do art. 229 do Código de Processo Civil (CPC), a Secretaria da Vara deve encaminhar uma carta, telegrama ou radiograma informando ao réu que a citação ocorreu por hora certa.

O debate concernente à constitucionalidade da citação por hora certa no processo penal tomou repercussões consideráveis ao adentrar na esfera de competência do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do Recurso Extraordinário nº 635.145, do Rio Grande do Sul, cujo relator foi o Ministro Marco Aurélio Mello.

O caso teve origem na comarca de Veranópolis, onde o réu foi denunciado como incurso nas iras do art. 309 da Lei 9.503/1997, por conduzir uma motocicleta sem a devida licença, gerando perigo de dano ao colidir, na contramão, com uma caminhonete que transitava em sentido contrário.

Por não ter o réu se apresentado para a audiência preliminar, a transação penal ficou inviabilizada, seguindo o feito seus trâmites normais. O réu não foi encontrado pelo oficial de justiça, que chegou a fazer contato com a esposa do acusado. Este, no entanto, não se apresentou para responder à acusação.

Procedeu-se então à citação por hora certa, após as três tentativas determinadas pela lei. Na audiência foi apresentada a defesa prévia, recebida a denúncia e decretada a revelia, pois, o réu não compareceu à audiência, inviabilizando, portanto, o oferecimento

da suspensão condicional do processo. As testemunhas foram inquiridas, e, após a instrução, a acusação e a defesa apresentaram os memoriais.

O acusado foi condenado como incurso nas sanções do art. 309 da Lei 9.503/1997 a 6 meses de detenção; sua pena foi substituída por prestação de serviços à comunidade.

A defesa recorreu, alegando a inconstitucionalidade do art. 362 do CPP, e pediu a absolvição do réu por falta de prova da materialidade delitiva.

À apelação negou-se provimento por unanimidade, inclusive quanto à inconstitucionalidade do dispositivo legal, conforme trecho do voto da relatora:

Não há que se falar em inconstitucionalidade da citação por hora certa introduzida no sistema processual penal pela Lei 11.719/2008, que modificou o artigo 362 do Código de Processo Penal, para vigorar com a seguinte redação: '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 art. 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil'.

Reconhecer a inconstitucionalidade acabaria por beneficiar o acusado por circunstância que tumultua o processo causada por ele mesmo. O que está vedado pelo ordenamento já que a ninguém se alcançará benefício em razão de sua própria torpeza.

[...] Ademais, apesar de considerada modalidade de citação ficta, *in casu* verifica-se que o réu teve ciência da acusação que pesava contra ele, pois em todas as ocasiões em que esteve na residência de Fábio o oficial de justiça manteve contato com a esposa dele, o qual optou por não vir ao processo para apresentar a sua versão dos fatos e exercer sua autodefesa, nomeando-se a Defensoria Pública para exercer o direito à ampla defesa do réu e concedendo-lhe a possibilidade de contraditar quaisquer atos no decorrer do processo. Tanto que esta apresentou defesa prévia, memoriais e, inclusive, recorreu da sentença condenatória.

Ora, se o réu, por sua livre e consciente vontade não compareceu ao processo, não poderá, pela ocultação, ser beneficiado. Por isso, no meu entender, constitucional o dispositivo legal atacado. (BRASIL, 2013).

Dessa forma, concluíram as magistradas pela manutenção da condenação determinada na decisão do Juiz monocrático, tendo o condenado recorrido às vias do pretório excelso.

Em uma primeira análise, o Recurso Extraordinário (RE) não foi conhecido por lhe faltar condição de procedibilidade, qual seja, a repercussão geral. Porém, em sede de agravo, foi reconhecida a repercussão geral, e o RE foi levado ao plenário do STF.

A parte recorrente se insurge contra a aplicação do art. 362 do CPP, alegando que tal modalidade de citação feriria os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV. Elenca também o disposto no art. 8º, item 2, alínea “b”, segundo o qual há a garantia judicial de o acusado ser comunicado prévia e pormenorizadamente da acusação que lhe é imputada¹.

Compreende-se, porém, que não há qualquer insurgência capaz de ferir os princípios ora aludidos. Primeiramente, a citação por hora certa não viola os princípios do contraditório ou da ampla defesa, haja vista que ao réu é oportunizada a defesa, pois, o meirinho busca, de todas as formas possíveis, informar ao acusado sobre a imputação penal que lhe é feita. Este, entretanto, se esquia da citação pessoal, buscando lograr êxito na interrupção da marcha

¹ Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) *comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada.* (grifos nossos).

processual penal. É o réu quem decide se ocultar².

Interessante é a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), quando se manifesta em relação à nulidade da citação por hora certa, demonstrando os requisitos e a impossibilidade da alegação de nulidade quando estes são cumpridos:

Suscita o recorrente nulidade da citação por hora certa realizada, ao fundamento de que não foram respeitados os requisitos de validade do referido ato de comunicação, o que o torna nulo com a consequente invalidade dos demais atos instrutórios.

A citação por hora certa foi introduzida no âmbito do processo penal pela Lei 11.719/08, com 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. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)’.

Logo, os requisitos exigidos no processo penal são os mesmos do processo civil.

O oficial de justiça procederá à citação por hora certa se por três vezes procurar o acusado e suspeitar de que o mesmo se oculta, intimará qualquer pessoa da família ou vizinho que no próximo dia voltará. Voltando, não encontrando novamente o acusado, o dará por citado, deixando a contrafé com a pessoa da família ou vizinho. Após, por meio de carta, dará ciência ao citando do ocorrido.

Ressalte-se que as alegações do Apelante não são suficientes para que se reconheça a nulidade da sua citação.

O Oficial de Justiça goza de fé pública, e as certidões por ele promovidas possuem presunção de veracidade, que dependem de prova robusta para serem desconstituídas, e que incumbem àquele contra quem foi emitida.

² Nesse sentido preleciona Fabiana Gregghi, A citação por hora certa no Processo Penal Brasileiro. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 5, n. 1, p. 1-22, abr. 2010.

De conformidade com o disposto no art. 227, CPC, quando, por três vezes, o oficial de justiça houver procurado o réu em seu domicílio ou residência, sem o encontrar, se houver suspeita de ocultação, deverá intimar a qualquer pessoa da família, ou em sua falta a qualquer vizinho, de que, no dia imediato, voltará, a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Está certificado que a Oficiala observou todos os requisitos legais, certificando que compareceu no endereço do Apelante mais de três vezes, em dias e horários alternados, sem, contudo, localizá-lo, concluindo pela ocultação e marcando hora certa para novo comparecimento, para citação, fazendo-a na pessoa de sua mãe, Sebastina Mercedes (fls. 47).

Desse modo, resta comprovado que a Oficiala de Justiça cumpriu todos os requisitos indispensáveis para a adoção da citação por hora certa.

De se ressaltar ainda que após a realização da citação por hora certa, o recorrente apresentou a sua Defesa Preliminar de fls. 48 por advogado contratado, restando, assim, completada a relação processual.

Sendo assim, não pode ser reconhecida a nulidade da citação, razão pela qual rejeito a preliminar. (MINAS GERAIS, 2013).

É oportuno recordar o corolário do princípio da instrumentalidade das formas, esculpido no art. 563 do CPP, segundo o qual nenhum ato processual será declarado nulo se da nulidade não ocorrer qualquer prejuízo para as partes. Nos casos em tela, não ocorreu qualquer prejuízo para as partes, visto que o processo percorreu seu curso natural, não sendo obstado pela omissão do réu em apresentar a devida resposta.

Ausência de dano mais evidente é a que ocorre no caso julgado pelo TJMG, visto que o acusado apresentou a resposta à acusação, completando assim a relação processual. Portanto, não há nenhuma nulidade nem prejuízo.

Alguns levantam argumentos relativos à autodefesa que estaria tolhida em tal modalidade de citação. Compreende-se que não há qualquer restrição ao uso deste direito, que, como faculdade, pode ser exercido ou não pelo acusado. Não se apresentando ao Poder Judiciário para responder às acusações, mas, ao contrário, se ocultando, compreende-se que o acusado abriu mão da autodefesa, sendo-lhe nomeado defensor público.

Entretanto, é necessário salientar que a citação por hora certa, seja no processo civil ou no processo penal, é medida extrema, devendo ser adotada com todas as cautelas, para que se evite o dano efetivo ao cidadão e para que se preservem seus direitos e garantias. Logo, a citação por hora certa realizada sem o preenchimento de todos os requisitos legais induz à anulação da própria citação e de todos os atos processuais realizados posteriormente³.

³ Nesse sentido é o entendimento do TJDF - Rel. Desembargadora Nilsoni de Freitas. RECLAMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA DECISÃO DE JUIZ QUE DEIXOU DE ANULAR CITAÇÃO POR HORA CERTA REALIZADA DE FORMA INCOMPLETA. ANULAÇÃO DOS ATOS SUBSEQUENTES. COMPLEMENTAÇÃO EXTEMPORÂNEA DO ATO. *ERROR IN PROCEDENDO*. COMUNICAÇÃO DO RÉU SOBRE A CITAÇÃO. IMPRESCINDIBILIDADE. RECLAMAÇÃO PROVIDA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA CITAÇÃO E DOS ATOS SUBSEQUENTES.

1. A Lei nº 11.719/2008 introduziu no Processo Penal a citação por hora certa, antes aplicável somente nos processos de natureza cível, inserida no artigo 362 Código de Processo Penal e regulada nos artigos 227 a 229 do Código de Processo Civil. A disposição contida no artigo 229 – envio de carta, telegrama ou radiograma ao réu para dar-lhe ciência do ato citatório – é procedimento que integra a citação por hora certa, apesar de não interferir na contagem do prazo para a resposta, que se inicia na data da diligência do oficial de justiça e entrega da contrafé. Não se trata de mera formalidade, mas de procedimento essencial ao aperfeiçoamento e validade do ato de citação, de modo que sua ausência enseja nulidade absoluta. Portanto, há ofensa ao devido processo legal quando não enviada ao réu a comunicação informando-o que foi citado por hora certa, dentro do prazo hábil para que ofereça resposta à acusação, de forma a gerar nulidade absoluta do ato citatório por ausência de requisito formal.

2. Em se tratando de hipótese de nulidade do ato processual, sua complementação - com o envio da carta informativa após a apresentação da defesa prévia - não é suficiente para convalidá-lo, sobretudo porque o procedimento efetivado após o momento oportuno, priva-o de sua finalidade, consubstanciada, neste caso, em garantir ao réu o efetivo conhecimento sobre a citação, bem como a oportunidade de constituir advogado e, assim, exercer seu direito à ampla defesa.

3. Reclamação admitida e provida para declarar nula a citação por hora certa, bem como os atos processuais subsequentes, determinando que sejam repetidos.

Nesse contexto, depreende-se que a citação por hora certa no processo penal está em harmonia com a ordem constitucional vigente, haja vista a anterior existência dessa modalidade de citação já no processo civil. Além disso, ela não afronta os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório ou mesmo da presunção de inocência. Esta modalidade de citação deve adstringir-se à situação em que seja insofismável a ocultação dolosa do agente acusado, para que atinja seu principal objetivo, que é dar celeridade e efetividade ao processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 635145 RG/RS, Rel.: Min. Marco Aurélio, Brasília, 8 de novembro de 2012. *DJe*, 27 fev. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3442540>>. Acesso em: 4 nov. 2014.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. *Citação por hora certa no Processo Penal é Constitucional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-20/eduardo-cabette-citacao-hora-certa-processo-penal-constitucional>>. Acesso em: 1 maio 2014.

GREGHI, Fabiana. *A citação por hora certa no processo penal brasileiro*. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/7565/6650>>. Acesso em: 5 maio 2014.

LEÃO, André Carneiro. A inconstitucionalidade da citação por hora certa no processo penal por violação aos princípios do contraditório e da presunção de inocência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3586, 26 abr. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24301>>. Acesso em: 6 maio 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0071.09.045354-0/001, da 6ª Câmara Criminal,

Rel.: Desembargador Jaubert Carneiro Jaques, Belo Horizonte, 19 de novembro de 2013. *DJe*, 25 nov. 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=A5F027B909C0A31C2538022343E2510E.juri_nonde1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0071.09.045354=0-2%001F&pesquisaNumeroCNJ-Pesquisar>. Acesso em: 4 nov. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e prática*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

DOI: 10.5935/1809-8487.20140022