

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 01/03/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34716-da-cita-o-por-edital-do-acusado-luz-das-teorias-do-processo-e-da-jurisprud-ncia-do-supremo-tribunal-federal>

Autore: Flávia Siqueira Costa Pereira

Da citação por edital do acusado à luz das teorias do processo e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Da citação por edital do acusado à luz das teorias do processo e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

*Flávia Siqueira Costa Pereira*¹

SUMÁRIO: 1. Da citação por edital. 2. Teorias do processo e a citação por edital. 2.1. A citação no contexto das teorias instrumentalista e neo-institucionalista do processo. 2.2. Do princípio do contraditório. 2.3. A Citação como fundamento para a existência de um procedimento em contraditório. 2.4. A produção antecipada de provas e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 3. Conclusão. 4. Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de compreender o instituto processual penal da citação por edital do acusado e, ainda, concluir se a produção antecipada de provas, prevista nessa modalidade de citação, se coaduna com o princípio processual do contraditório, constitucionalmente salvaguardado, tendo como base as teorias do processo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS CHAVE: citação por edital; contraditório; teoria neo-institucionalista do processo.

ABSTRACT: This article intends to comprehend the criminal procedure institution called arraignment by publication and, also, conclude if the anticipated production of evidences, provided for this type of service, consists with the principle of adversary system, guaranteed by the Constitution, based on the theories of procedure and the precedents of the Supreme Court.

KEY-WORDS: arraignment by publication; adversary system; theories of procedure.

1. Da citação por edital

A citação é o ato processual através do qual o acusado toma conhecimento dos fatos contra ele imputados, para que a partir daí possa se defender das acusações que lhe foram feitas. De fato, a citação é ato imprescindível para o início de qualquer relação jurídica processual penal, já que dá efeito ao direito à informação, sendo certo que sua ausência constitui causa de nulidade absoluta do processo.

Nos dizeres de Pacelli, o ato citatório “[...] é indispensável para a regularidade do feito, uma vez que é ele que possibilita ao réu não só o conhecimento da demanda, mas a

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Aluna do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Aluna especial do Programa de Pós-Graduação *strictu sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada criminalista.

oportunidade do exercício da ampla defesa, do contraditório, do direito ao silêncio e das demais garantias processuais individuais, [...]” (OLIVEIRA, 2009, p. 498).

Contudo, há situações em que, muito embora o Oficial de Justiça empenhe todos os meios a seu dispor para a localização e citação pessoal do acusado através de mandado, não logra êxito em encontrá-lo.

Diante da não localização do acusado, realiza-se a “citação ficta”², consistente na elaboração de um edital com o nome do acusado e a finalidade da citação, dentre outros requisitos, que será afixado na porta do juízo onde o processo está tramitando e publicado na imprensa oficial. Esse procedimento é feito para, em tese, dar publicidade ao ato citatório em relação à sociedade para que, então, chegue ao conhecimento do acusado.

A citação por edital é também denominada citação ficta, pois muito embora haja a presunção do conhecimento do acusado acerca da ação penal, trata-se de presunção *juris tantum*, a qual pode ser posteriormente descaracterizada pelo mesmo no momento em que ele, de fato, tomar conhecimento da ação. Ainda, é certo que o processo não tramitará regularmente sem o comparecimento pessoal do acusado, como será explicitado abaixo.

Frise-se que a citação pessoal é o único meio que dá certeza de que as garantias constitucionais do processo estão sendo cumpridas, devendo a citação por edital ser utilizada somente nos casos em que já tenham sido realizadas:

[...] todas as diligências cabíveis e pertinentes, e se, ainda assim, não for ele encontrado, deverá o oficial de justiça certificar nos autos que o réu se acha em local incerto e não sabido. Por óbvio, não se exige a adoção incondicional da expressão local incerto e não sabido, como se tratasse de fórmula sacramental. O que há de ser exigido é a referência expressa às providências adotadas pelo oficial de justiça, bem como a impossibilidade de prosseguimento das diligências, pelo desconhecimento do paradeiro do réu. (OLIVEIRA, 2009, p. 498).

De acordo com a legislação processual penal, diante da citação por edital do acusado, caso o mesmo não compareça ao processo nem constitua advogado, o processo e

2 Há quem defenda que, com o advento da Lei nº 9.271, a citação por edital deixou de ser ficta, já que não é mais considerada uma “citação efetiva”, tendo em vista que o processo não seguirá em contraditório formal, sem a participação do acusado. Entendemos, contudo, que não há razão para deixar de considerar a citação por edital como uma citação ficta, já que, de alguma forma, cria uma “ficção jurídica”.

o prazo prescricional deverão ser suspensos até posterior apresentação pessoal do acusado no processo³.

Isso porque, tendo em vista que o acusado ainda não compareceu efetivamente no processo, já que sua citação foi ficta, obviamente o mesmo não poderá prosseguir sem que o acusado tenha a oportunidade de se defender adequadamente. Percebe-se, aqui, uma evidente expressão do princípio do devido processo legal e do contraditório no Processo Penal, já que indispensável a formação, de fato, da relação jurídico-processual para o andamento regular do feito.

O problema urge a partir da possibilidade, prevista na legislação processual penal, da produção antecipada de provas consideradas “urgentes”, haja vista que tal medida obviamente prejudica a participação do acusado do processo, abalando, portanto, o princípio do contraditório.

A possibilidade de tramitação do processo penal sem a efetivação do contraditório, no âmbito da citação por edital, é temerária e questionável, não podendo resultar em arbitrariedades do magistrado.

Nesse contexto, faz-se mister a análise do instituto da citação por edital sob o prisma das teorias do processo, a fim de verificar qual o limite da exceção ao contraditório, consistente na produção antecipada de provas, baseando-se, ainda, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

2. Teorias do processo e a citação por edital

2.1 A citação no contexto das teorias instrumentalista e neo-institucionalista do processo

O ato citatório, no âmbito da teoria instrumentalista do processo, é o pressuposto de validade que constitui a relação processual, posto que tem por finalidade “levar ao conhecimento do réu a acusação que lhe foi formulada, bem como a data e local em que deve comparecer para ser interrogado, propiciando, assim, as informações indispensáveis à preparação da defesa” (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 2000, p. 101).

³ Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Pode-se dizer, portanto, que é a citação válida que fixa a “angularidade da relação processual” (MARQUES, 2000, p. 209) e passa a efetivamente vincular o acusado ao processo penal.

Contudo, tendo por certo que a concepção instrumentalista do processo considera a citação como um pressuposto de validade do processo, ao analisar a situação estabelecida pela citação por edital no processo penal, percebe-se que a citação válida nem sempre atribui validade ao processo.

Isso porque, a legislação processual penal é clara ao exigir a existência do contraditório para que o processo possa tramitar regularmente, já que mesmo diante da citação por edital, caso o acusado não compareça ao processo, o mesmo deverá ser suspenso até que o réu se apresente. Desta forma, sem contraditório, sem a efetiva participação e possibilidade de defesa do acusado, o processo não será válido.

Ora, a citação por edital não deixa de ser uma citação válida, mas nem por isso atribui validade ao processo, que não poderá tramitar sem a presença do acusado.

A citação constitui, na verdade, um pressuposto de existência do procedimento penal, sendo que sua validade dependerá da tramitação regular do processo à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, como bem aponta Nascimento:

Entretanto, considerando o processo penal na atualidade constitucional brasileira, a citação pessoal é meramente pressuposto de existência do procedimento instaurado, e não de sua validez, que só ocorreria pelo processo, [...] (NASCIMENTO, 2008, p. 112).

Portanto, a teoria instrumentalista do processo não consegue explicar o ato citatório no âmbito do Processo Penal, já que vê o processo como um mero instrumento da jurisdição.

Por outro lado, a teoria neo-institucionalista do processo, desenvolvida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal (2005), ao propor a aplicação da concepção de democracia procedimental discursiva no processo, consegue explicar a necessidade da existência fática (e não meramente formal) das garantias constitucionais no âmbito do processo penal, o que justifica o tratamento dado à citação por edital. É o que se pretenderá demonstrar doravante.

2.2 Do princípio do contraditório

O artigo 5º da Carta Magna Brasileira estabelece, em seu inciso LV, que:

Artigo 5º. (...)

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;

Entende-se por contraditório a obrigatoriedade da ciência de todas as partes envolvidas acerca da própria ação e de todos os atos praticados no processo, a fim de que possam se defender propriamente e argumentar em torno daqueles atos que lhe possam ser prejudiciais, no momento oportuno para tanto. Segundo a lição do Professor Adilson Nascimento:

Por contraditório, deve-se entender, de um modo, a necessidade de se dar conhecimento às partes da existência de ação e de todos os atos do processo, e de outro, a possibilidade das partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, e de realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, o direito de serem ouvidos, paritariamente, no processo, em todos os seus termos, [...] (NASCIMENTO, 2004, p. 74).

Em se tratando de processo penal, o princípio do contraditório deve ser observado ainda com mais afinco, já que trata de direitos sensíveis ao envolver cerceamento da liberdade de ir e vir de um indivíduo. Adilson Nascimento, citando Fernandes, ensina que:

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Lige-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares. (NASCIMENTO, 2004, p. 52).

2.3 A Citação como fundamento para a existência de um procedimento em contraditório

A teoria neo-institucionalista do processo explicita que, no atual contexto democrático, o Direito Processual só pode ser identificado através da aplicação efetiva da principiologia do devido processo constitucional. Segundo ela, “é o devido processo legal que vai estabelecer o espaço discursivo legitimados da decisão a ser preparada por todos os integrantes da estrutura procedimental” (NASCIMENTO, 2008, p. 114).

Ao trazer para a concepção de processo a efetivação das garantias constitucionais, dentre elas o contraditório, é evidente que a teoria neo-institucionalista explica com mais completude o processo penal atual como um todo, mormente em relação ao instituto da citação por edital.

Com o advento da Lei nº 9.271/96, a qual modificou o tratamento da citação no âmbito do processo penal, restou evidente a intenção de se coadunar o sistema processual penal com as garantias constitucionais estabelecidas pela Constituição da República de 1988, diante da exigência da citação pessoal do acusado para o regular andamento do feito.

Tal diploma legal extinguiu o anterior “contraditório formal”, que ocorria nas vezes em que o acusado, citado por edital, não comparecia no processo, o qual tramitava sem a sua presença e resultava, muitas vezes, em uma condenação sem qualquer participação do acusado na construção do provimento final.

Desta forma, o Sistema Processual Penal Brasileiro atual permite a participação efetiva do acusado no processo, tanto através da necessidade de sua presença física nos atos processuais, quanto na obrigatoriedade de elaboração de uma defesa técnica por advogado, constituindo verdadeiro processo dialógico e democrático, ao contrário do mero “processo formal” existente anteriormente.

Considerando que, como explicitado alhures, a citação por edital sem comparecimento do acusado impede a tramitação do processo, suspendendo-o, resta evidente a importância dada às garantias constitucionais do processo. Pode-se afirmar, portanto, que a citação é o ato essencial que possibilita a concretização dos princípios constitucionais do processo, mormente o do contraditório, senão vejamos:

Os princípios institutivos do processo só são efetivados através da citação. Esta é a porta de entrada para o devido processo legal, visto que o manejo de toda a sua principiologia necessita-se da ciência pessoal do acusado, sendo, pois, a comunicação prévia um antecedente lógico e imprescindível (NASCIMENTO, 2004, p. 78).

Ao contrário das colocações observadas pela teoria instrumentalista do processo:

[...] a citação válida deve ser entendida, no processo penal advindo da constitucionalidade democrática brasileira, como pressuposto de existência do procedimento em contraditório, e não como pressuposto de existência e validade do procedimento (ação) instaurado e trazido no intrínseco e exclusivo ato jurídico de mera cientificação pessoal do acusado (NASCIMENTO, 2008, p. 118).

Assim, é certo que a citação não é somente o ato que cientifica o acusado acerca dos fatos que lhe são imputados, mas sim o ato que assegura e concretiza a garantia processual do contraditório, considerado como o espaço de participação do acusado no procedimento para a construção do provimento final.

Neste sentido, é o brilhante apontamento do Professor Adilson Nascimento:

Assim, ao se aplicar a concepção habermasiana de democracia, que preconiza a inclusão do princípio discursivo nas formas jurídicas, chega-se à contribuição fazzalariana no sentido de que o processo é espécie de procedimento que se desenvolve em contraditório. Com o acréscimo da teoria neo-institucionalista – que considera o procedimento o espaço-tempo estruturante do exercício dos direitos fundamentais processualmente constitucionalizados, expressos numa principiologia regente de toda a procedimentalidade –, teríamos o alardeado processo garantista, em que as partes terão ampla participação na construção do provimento final, sendo destinatárias e autoras de tal provimento, o que trará legitimidade quanto aos fundamentos que lhes venham afetar, porque expendidos no âmbito processual de argumentações compartilhadas, caracterizadoras do Estado de Direito Democrático (NASCIMENTO, 2008, p. 119).

E, ainda, conclui:

Portanto, o ato citatório só se valida no pressuposto de existência do procedimento em contraditório, assegurando a efetiva e ampla participação daquele a ser afetado pelo provimento final (NASCIMENTO, 2008, p. 125).

2.4 A produção antecipada de provas e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Diante da adoção da teoria neo-institucionalista do processo, identificada através da essencialidade do contraditório para a regular tramitação do feito, insta analisar a produção antecipada de provas no âmbito da citação por edital, a fim de delinear seus limites.

Como dito anteriormente, o juiz poderá determinar a produção antecipada de provas ditas “urgentes”, caso o acusado, citado por edital, não compareça no processo ou não constitua advogado. Pois bem, a adoção de tal medida cautelar antecipatória implicará na tramitação do processo sob a égide do contraditório formal, com a presença somente de defensor dativo.

Tal medida afronta evidentemente o direito de defesa do acusado, que não estará efetivamente presente para acompanhar todos os atos do processo. Questiona-se, neste contexto, até que ponto se pode ceifar o direito do acusado ao efetivo contraditório.

Há quem defenda que o direito do acusado de acompanhar todos os atos processuais, diante da produção antecipada de provas, pode ser expressado na possibilidade de, fazendo-se presente no processo, requerer que a prova seja produzida novamente⁴. Não entendemos, contudo, da mesma forma.

De acordo com a jurisprudência do STF, mormente na análise do Habeas Corpus RS nº 108.064, toda a antecipação de prova realizada nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal deve estar vinculada a uma decisão fundamentada acerca da necessidade concreta do ato.

No mesmo julgado da Suprema Corte, estabelece-se que “[s]e o acusado, citado por edital, não comparece nem constitui advogado, pode o juiz, suspenso o processo, determinar produção antecipada de prova testemunhal, apenas quando esta seja urgente nos termos do art. 225 do Código de Processo Penal”

O artigo 225 do CPP, por sua vez, determina: “Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento”.

No caso concreto, a determinação da produção antecipada de provas pelo juiz *a quo* foi baseada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, primando pela verdade real, possui precedentes em que a possibilidade da demora na produção das provas resultar no esquecimento das testemunhas acerca dos fatos que presenciaram, por si só, justificaria a medida cautelar antecipatória.

4 Neste sentido: TREDINNICK, André Felipe Alves da Costa. A revelia e a suspensão no processo penal. p. 66.

No STF, contudo, este argumento não prosperou, já que os ministros, por maioria, deram primazia ao princípio do contraditório e impediram a produção antecipada de provas no caso concreto. Desta forma, pode-se dizer que o limite para a determinação da produção antecipada de provas, em detrimento da defesa do acusado, são os critérios estabelecidos pelo supracitado artigo 225 do CPP.

3. Conclusão

Diante do exposto, conclui-se que a concepção neo-institucionalista do processo foi adotada pela sistemática processual penal no que tange à citação por edital do acusado, diante da evidente primazia dada ao princípio do contraditório.

A exceção ao princípio, consubstanciada na possibilidade de produção antecipada de provas sem a presença efetiva do acusado no processo, é limitada a critérios objetivos estabelecidos no próprio Código de Processo Penal, e não pode ser fruto de mera arbitrariedade do magistrado que a determina.

Ainda, entende-se como acertada a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da produção antecipada de provas, que também possui laços com a teoria neo-institucionalista do processo, sendo evidente a necessidade de se resguardar ao máximo o direito do acusado ao efetivo contraditório.

4. Referências Bibliográficas

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tomson-IOB, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000, v. II.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da citação por edital do acusado**: interpretação do artigo 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.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Dos pressupostos processuais penais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.