

## A citação por edital

João Batista Rios Júnior\*

A jurisdição é dividida em Civil e Penal. A Jurisdição penal é a atuação Estatal com o fulcro de punir aqueles que infringem a lei material penal, de modo que o Estado quando do exercício do jus puniendi, deve pautar-se nos termos dos direitos e garantias constitucionais do devido processo legal.

Nesse sentido o (art. 5º, LV, CF/88), assegura o exercício do contraditório e da ampla defesa a todos os acusados em processo judicial ou administrativo, uma condição imprescindível para a própria validade da atividade Estatal punitiva.

Para que o acusado se utilize da ampla defesa e do contraditório assegurados pela Constituição Federal, faz-se mister que ele tenha pleno conhecimento, pormenorizado e prévio dos fatos que lhe são imputados para que assim possam arquitetar fundamentadamente, de maneira satisfatória, a sua defesa.

Não é demasiado lembrar que pesa em favor do acusado o princípio da presunção ou estado de inocência, sendo corolário constitucional o art. 5º, LVII, onde traz em seu bojo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Destarte, seria impossível imaginar uma pessoa sendo processada e julgada sem ao menos ter conhecimento do teor dos fatos acusatórios que pesam contra si, e ao final condenada, sem sequer exercer os direitos pautados nos princípios citados alhures.

Visando assegurar o direito de defesa, bem como os demais disposto na Carta Magna, existe o ato processual da citação que nos dizeres de (PACCELI DE OLIVEIRA, 2004, pág. 571):

“é, portanto, modalidade e ato processual cujo objetivo é o chamamento do acusado ao processo, para fins de conhecimento da demanda instaurada e oportunidade do exercício, desde logo, da ampla defesa e das demais garantias individuais.”

Nesse diapasão, são interessantes e oportunos os dizeres de José Francisco Cagliari, citado por Flávio Cardinelle Oliveira Garcia, que leciona, in verbis:

"É pela citação que se concretiza o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, constitucionalmente garantido (CF, art. 5º, LV). Constituindo, seguramente, o mais importante ato de comunicação processual, elemento essencial do contraditório e imprescindível ao exercício do direito de defesa, a citação é tão indispensável que a sua falta é considerada nulidade absoluta (CPP, art. 564, III, e, primeira parte), conquanto sanável, como adiante se verá (CPP, art. 570)".

A relevância da citação no processo penal é tamanha que o próprio CPP, traz em seu artigo 564, III, e, que a sua inobservância gera a nulidade absoluta do processo, sendo desta forma um pressuposto de validade do processo senão vejamos:

Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

.....

III - falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

.....

e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa. (grifos nossos)

Ainda, a jurisprudência tem sedimentado que a ausência de citação gera a nulidade do processo como pode ser observado no julgamento de HC

Entretanto, apesar do art. 564 do CPP salientar a nulidade do processo nos casos de falta de citação do réu, o art. 570 do próprio CPP, diz que se trata de um vício sanável, como bem podemos conferir:

“A falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte.”

Apesar desse preceito legal, acreditamos que, uma vez não citado o réu, o processo resta maculado de vício formal, de modo que não resta outro caminho senão a declaração da sua nulidade. A fundamentação deste posicionamento está no fato de que se deve ter sempre em vista o fato de que o Código de Processo Penal é anterior a Constituição Federal de 1988, e que os direitos numa percepção garantista advieram desta, sendo assim o CPP deve ser interpretado a luz da CF e não o inverso, para que o réu possa exercer plenamente a sua defesa ante a acusação que ora lhe é imputada, visto que sua defesa estará debilitada caso tenha ciência da acusação com o processo já em tramite.

Inclusive, de acordo com Cornélio José Holanda , já existe julgado neste sentido, conforme se depreende da brilhante decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, que expomos:

“Mesmo o ingresso do acusado no processo através do procurador que constituiu, não elide a nulidade pela falta de sua citação pessoal. Conhecimento da ação penal que lhe é imputada é uma coisa e ciência específica da acusação formalizada é outra.” TJSP (RT 571/327)

Destarte, deve-se observar todos os requisitos necessários a garantir o conhecimento do fato imputado ao réu, sob pena de haver um retrocesso do processo penal ao período fascista que serviu de cenário histórico para a elaboração do Código de Processo Penal Brasileiro, vale dizer, da data de 3 de outubro de 1941.

### AS ESPÉCIES DE CITAÇÃO NO PROCESSO PENAL E SEUS EFEITOS

O Código de Processo Penal em vigor enumera as seguintes espécies de citação: por mandato, por precatória, por rogatória, por ordem, por edital. Há casos especiais de citação quais sejam: citação do militar e do funcionário público, citação do réu preso, citação do incapaz e do menor.

A citação por edital está consubstanciada no artigo 361 ao 367 do código de processo penal.

O

A título de prolegômeros, cabe ressaltar que há em tramitação no Congresso Nacional um projeto de lei que visa reformar o CPP. Dentre as possíveis modificações, segundo Paulo Rangel, destaca-se a nova redação que será dada ao art. 366 deste diploma legal, inserindo uma nova modalidade de citação ficta, qual seja a citação por hora certa.

Nota-se que com a possível modificação do art. 366 do CPP haverá alterações relevantes ao art. 362 do mesmo diploma legal, haja vista que a citação na hipótese do réu se ocultar será, conforme o projeto de lei supra mencionado, será realizada por hora certa e não mais por edital como prevê o artigo em tela da lei em vigência.

Conseqüentemente com esta possível mudança

Neste trabalho trataremos especificamente sobre a citação por edital, e suas conseqüências advindas da nova redação dada ao art. 366 do CPP, pela lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996.

A citação por edital é a única modalidade de citação ficta admitida no processo penal, sendo assim, caracteriza-se como exceção devendo ser interpretada de forma restrita, ou seja apenas nos casos de estrita impossibilidade de se encontrar o réu para que tome ciência dos fatos que lhe são imputados bem como oportunizar o direito de defesa.

Nesse sentido imperioso se faz, apontar a lição de Pacelli de Oliveira sobre o que acima foi explanado:

“A citação por edital, também conhecida por citação ficta, constitui expediente cujo objetivo seria impedir a paralisação da ação penal, quando não encontrado o acusado nos endereços disponíveis.

Trata-se, na realidade, de verdadeira ficção, na medida em que parte do pressuposto de ser efetivamente possível ao réu tomar conhecimento da existência de uma acusação penal, pela simples complicação da notícia em periódico de circulação local e/ ou a sua (da notícia) afixação na sede do Juízo”.

Guilherme Nucci salienta que o esgotamento dos meios de localização do acusado:

"é providência indispensável para validar a fictícia citação por edital. Se o acusado tiver vários endereços nos autos, incluindo os constantes no inquérito, deve ser procurado em todos eles, sem qualquer exceção. Caso haja alguma referência, feita por vizinho ou

parente, de onde se encontra, também deve aí ser procurado. Se possível, ofícios de localização devem ser expedidos, quando pertinentes”

Nesse sentido, decidiu o STJ que "é nula a citação por edital se não esgotadas as diligências necessárias para o chamamento do réu, via mandado, em processo onde tem notícia de dois endereços" (HC 7.967-SP). Também o STF manifestou-se proclamando que a citação por edital só é cabível, sob pena de nulidade, depois de esgotados os meios pessoais para encontrar-se o acusado (RHC 61.406-0-RJ, RT 586/403).

A redação pretérita do art. 366 do Código de ritos penais previa a possibilidade da revelia, caso o réu, citado por edital, não comparecesse nem constituísse defensor, bastando à nomeação de um advogado dativo para acompanhamento do feito. Percebe-se, com isto, que o réu tinha sua defesa cerceada, pois o processo fluía normalmente sem oferecê-lo a possibilidade de uma defesa efetiva, o que, reflexamente, afrontava o princípio da ampla defesa.

Com o advento da Lei n.º 9.251/96, o art. 336 sofreu significativa alteração em sua redação. Agora, caso o réu, citado por edital, não compareça em juízo nem constitua defensor, não terá seu direito de defesa viciado, posto que, ocorrendo isto, o processo será suspenso. Nota-se, assim, que trilhou o legislador pátrio no sentido de garantir o direito à defesa do réu, sem, todavia, olvidar-se da persecução criminal pelo Estado, porquanto, além da suspensão do processo, o atual dispositivo prevê a suspensão da prescrição.

#### CONSEQUENCIAS ORIUNDAS DO ART. 366 DO CPP

Caso réu citado por edital não comparecer nem constituir defensor resvalarão quatro conseqüências, sendo duas necessárias e duas eventuais, a saber:

- Conseqüências necessárias: ocorrerá a suspensão do processo (direito processual penal), e do curso do prazo prescricional (direito penal);

- conseqüências eventuais: produção de provas urgentes e decretação da prisão preventiva, se for o caso.

## A SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO CURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL

Há a disposição no art. 5º, XXXIX, da Carta da República, bem como no art. 1º, do Código de Processo Penal, que consubstancia o princípio da irretroatividade da lei material penal, salvo no caso de lei penal mais benigna. A propósito, o doutrinador Bitencourt, citando Damásio E. de Jesus, afirma que:

“Desde que uma lei entra em vigor até que cesse a sua vigência rege todos os atos abrangidos pela sua destinação. ‘Entre estes dois limites – entrada em vigor e cessação de sua vigência – situa-se a sua eficácia. Não alcança, assim, os fatos ocorridos antes ou depois dos dois limites extremos: não retroage e nem tem ultra-atividade. É o princípio *tempus regit actum*”.

Segundo entendimento do STF e de boa parte da doutrina a nova redação do art. 366 somente poderá ser aplicada a partir da vigência da lei 9.271/96, pois se trata de lei malévola ao réu, já que, a prescrição é suspensa.

Há setores da doutrina que discordam do posicionamento supra citado, pois entendem que a redação anterior do artigo 366 por não prever a suspensão do processo, ferindo o princípio do contraditório, é mais prejudicial ao réu, dentre os autores que seguem esta vertente destacamos o ilustre processualista penal Eugênio Pacelli de Oliveira que endosa o seguinte entendimento:

“Não acompanhamos o entendimento, no ponto que afirma ser prejudicial ao réu à alteração legislativa. Prejudicial seria se houvesse a suspensão do prazo prescricional, como o prosseguimento regular do processo, do mesmo modo que seria prejudicial aos interesses

da aplicação da lei penal a suspensão unicamente do processo, como o curso normal do prazo prescricional, como à época sustentado em doutrina”.

E mais adiante arrebatou:

“A nosso aviso o único critério possível para se aferir acerca da prejudicialidade da legislação superveniente há de ser encontrado no âmbito do devido processo legal. E nesse campo julgamos que o princípio da ampla defesa está mesmo a reclamar a suspensão do processo, quando não se puder afirmar, com precisão, ter a ação penal chegado ao efetivo conhecimento do réu, como ocorre com a citação via edital”.

O art. 366 do CPP é *sui generis*, pois traz em seu bojo matéria de direito processual penal (suspensão do processo), bem como regra de direito material penal (suspensão do curso do prazo prescricional).

Segundo entendimento dominante a suspensão tanto do processo quanto do curso prescricional não devem retroagir, pois o segundo é consequência lógica do primeiro. Paulo Rangel endossa esse entendimento ao afirmar que:

“A norma do art. 366 do CPP, sendo de natureza processual e material e tendo como objetivo evitar impunidade, bem como que o réu seja condenado sem que tenha conhecimento da imputação que lhe foi feita, não pode ser cindida. Ou seja, ter aplicação isolada apenas na parte que suspende o processo, não tendo quanto à parte que suspende o curso do prazo prescricional. O dispositivo é claro: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. A expressão é aditiva. Não permite aplicação isolada do dispositivo legal”.

O mesmo autor ainda assevera que:

“Não admitimos a tese de que a lei deve ser aplicada na parte processual para os fatos que lhe são pretéritos, suspendendo-se apenas o processo e deixando transcorrer in albis o curso do prazo prescricional. Não. Ao pensarmos assim, desconsideramos a intenção do legislador: evitar impunidade. E mais: a natureza híbrida da norma. A cisão do dispositivo legal fere a ratio legis”.

O setor da doutrina que discorda da posição supramencionada obtempera que o artigo 366 apresenta em seu bojo duas normas jurídicas, quais sejam, a suspensão do processo e a suspensão do prazo prescricional. Sendo assim ambas as normas podem ser aplicadas conforme a natureza jurídica de cada uma (processual ou material).

Sobre o posicionamento doutrinário supracitado cabe apontar a lição do professor Afrânio Silva Jardim que explana:

“Não se deve confundir, data vênica, artigo de lei com norma jurídica... Da leitura do art. 366 do CPP, se depreendem duas norma jurídicas, dois preceitos, ou seja, duas regras de conduta reguladas pelo legislador: uma, de natureza processual penal, dirigida ao juiz, determinando a suspensão do processo, vez que a citação por edital é uma citação ficta e outra, norma de direito penal, regulando a suspensão do prazo prescricional, matéria pertinente ao chamado ius puniendi do Estado... entendemos que o art 366 do CPP não pode ter sua vigência negada, sendo de imediato aplicada a norma processual que ele contém... Não se cuida, na espécie, de cindir a norma, mas sim, dar eficácia a uma das normas do artigo comentado.”

No que tange a suspensão do prazo prescricional, é imperioso salientar que a norma infraconstitucional não disciplinou o prazo dessa suspensão, dando a entender que o delito poderia tornar-se imprescritível nos casos onde houvesse a subsunção ao artigo 366 do CPP. A doutrina pátria pacificou o entendimento de que a prescrição fica suspensa pelo

prazo máximo em abstrato previsto no delito, haja vista que apenas a constituição federal pode tornar o delito imprescritível, como por exemplo, o racismo e o terrorismo.

## PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS E A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA.

O artigo 336 do CPP autoriza a produção antecipada das provas consideradas urgentes (ordinariamente provas testemunhais e periciais). A produção antecipada de provas é na verdade uma exceção à suspensão do processo, pelo fato de que o eventual atraso na produção de provas perecíveis poderia implicar na sua perda.

O parágrafo primeiro do artigo supracitado ressalva que a produção antecipada de provas só poderá ser praticado na presença do Ministério Público e do Defensor dativo, garantindo com isso a proteção ao princípio do contraditório.

O artigo 366 da lei de ritos penais, também autoriza a decretação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do mesmo diploma legal, ou seja, o magistrado não poderá decretar a prisão preventiva pela simples ausência do réu no interrogatório. Alguns autores defendem que essa ressalva é ociosa, haja vista que a decretação da prisão preventiva possui natureza cautelar, sendo, portanto medida de urgência.

Sobre o tema acima exposto Eugenio Pacelli de Oliveira obtempera que:

“Havendo razão para a decretação da prisão preventiva, e sobretudo aquela para assegurar a aplicação da lei penal ou até mesmo por conveniência da instrução criminal (se o réu, embora oficialmente em local incerto, estiver intimidando testemunhas, por exemplo), não seria preciso recorrer à ressalva do art 366, ainda que suspenso o curso do processo.”

Seguindo essa linha de raciocínio o mesmo autor ainda assevera que:

“É que a prisão preventiva, como vimos, tem natureza eminentemente cautelar, isto é, de medida de urgência. Assim, se mesmo a produção de prova pode ser antecipada (pela urgência), não haveria razão para a proibição da decretação da prisão preventiva, que, alias, poderia justamente obviar a suspensão do processo. É o que poderá ocorrer, por exemplo, nas citações por edital em razão de se encontrar o réu se ocultando para não ser citado (art. 362, CPP)”.

## CONCLUSÃO

Por fim, cabe apontar que o operador do direito deve ter o máximo de cautela ao lidar com a citação por edital no âmbito penal, pois, ao contrário do processo civil, está em jogo o bem mais precioso do ser humano, qual seja, a sua liberdade.

Portanto o magistrado deve sempre fundamentar as suas decisões com base nos preceitos constitucionais que edificam o Estado Democrático de Direito. afim de garantir a justiça no processo penal.

A jurisprudência também sedimentou o posicionamento que a falta de citação gera nulidade absoluta dos atos processuais. Vejamos:

"A citação é o canal de comunicação aberto pelo Estado-juiz em direção ao acusado para noticiá-lo da existência de uma imputação e convocá-lo a contrariá-la. Tal comunicação, que se traduz num dos enfoques do princípio constitucional do contraditório, deve ser efetiva, inquestionável, indubitosa. Por isso, está cercada de formalidades que não podem ser postergadas. A comunicação falha, deficiente, bloqueada, corresponde à falta de comunicação e vicia de modo incurável o processo" (TACrimSP, HC 119.796, RT 578/364).

O artigo 570 do CPP, entretanto, consagrando o princípio da instrumentalidade, norteador do sistema processual, permite que a falta de citação seja sanada caso "o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argüi-la". Determina, todavia, que o juiz deverá ordenar a suspensão ou o adiamento do ato, "quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte".

O Código de Processo Penal dispõe sobre o instituto da citação a partir de seu artigo 351.

## CITAÇÃO POR EDITAL

A citação por edital é a única forma admitida no Direito Processual Penal para a efetivação da citação ficta que, como se viu, é medida de exceção, subsidiária, que somente poderá ser levada a termo após a absoluta impossibilidade de cientificação pessoal do acusado sobre os fatos que lhe estão sendo imputados.

Grinover, Scarance e Gomes Filho ensinam que a citação por edital "constitui uma forma indireta de comunicação processual, porquanto se acredita que através da publicidade dada ao edital a notícia sobre a existência do processo chegue até o citando [...] Diante da existência de obstáculos insuperáveis para a citação pessoal, tenta-se transmitir ao citando o conhecimento desejado, através de certas formalidades tendentes a dar publicidade ao ato citatório ". (25)

Assim, prevê o artigo 361 do CPP que "se o réu não for encontrado, será citado por edital, com o prazo de 15 (quinze) dias".

Guilherme Nucci salienta que o esgotamento dos meios de localização do acusado "é providência indispensável para validar a fictícia citação por edital. Se o acusado tiver vários endereços nos autos, incluindo os constantes no inquérito, deve ser procurado em todos eles, sem qualquer exceção. Caso haja alguma referência, feita por vizinho ou parente, de onde se encontra, também deve aí ser procurado. Se possível, ofícios de localização devem ser expedidos, quando pertinentes". (26)

Nesse sentido, decidiu o STJ que "é nula a citação por edital se não esgotadas as diligências necessárias para o chamamento do réu, via mandado, em processo onde tem notícia de dois endereços" (HC 7.967-SP). Também o STF manifestou-se proclamando que a citação por edital só é cabível, sob pena de nulidade, depois de esgotados os meios pessoais para encontrar-se o acusado (RHC 61.406-0-RJ, RT 586/403). (27)

Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho alertam que a posterior verificação de que o acusado tinha endereço conhecido pelo juízo ou que tal conhecimento era possível, implicará em nulidade da citação por edital, precipitadamente determinada. (28)

Nessa seara, questão importante é a citação por edital de acusado que se encontrava preso nos limites jurisdicionais do juízo. Segundo a Súmula 351 do STF, "é nula a citação por edital de réu preso na mesma unidade da Federação em que o juiz exerce a sua jurisdição". A Suprema Corte orienta que não há que se falar em nulidade se o acusado estiver preso em outra unidade da Federação e tal fato não é do conhecimento do juiz da causa. Porquanto inexistir um sistema único nacional de cadastro de presos, não se exige que a justiça estadual diligencie em todos os estabelecimentos penais das demais unidades da Federação a fim de localizar o acusado. (29)

Mirabete ensina que a prova de que o acusado não foi encontrado e de que foram enviados todos os esforços para tanto é feita pela certidão lavrada pelo oficial de justiça encarregado da execução do mandado de citação pessoal. (30) De acordo com a jurisprudência é nula a citação quando não for exarada tal certidão (RT 593/399, 608/350). Igualmente, a certidão considerada imprestável, lacônica ou incompleta não poderá, validamente, ensejar a citação por edital, que, se ocorrer, deverá ser anulada (JTACrSP 69/175, 75/401).

Outras hipóteses admitidas para a citação por edital estão previstas nos artigos 362 e 363 do Código de Processo Penal.

O primeiro refere-se ao réu que se oculta para não ser citado. Quando da existência de fatos seguros e concretos, que deixem transparecer de forma clara a intenção do réu de esquivar-se do ato citatório, o artigo 362 autoriza que a citação seja feita por edital e com um prazo menor, apenas cinco dias, encerrando um caráter punitivo à medida. Grinover, Scarance e Gomes Filho asseveram que, nesse caso há "o propósito deliberado de evitar a citação pessoal; aqui há uma suspeita de estar o mesmo ciente da existência do processo, procurando, maliciosamente, criar empecilhos à efetivação do ato". (31)

Frise-se que a manobra fraudulenta do réu há de estar inequivocamente demonstrada, com fundados indícios de que o acusado esteja se ocultando, sob pena de nulidade da citação feita por edital (art. 564, III, e, CPP). (32)

Pelo artigo 363 do CPP, depreende-se duas outras hipóteses onde será cabida a citação por edital: quando inacessível, em virtude de epidemia, de guerra ou por outro motivo de força maior, o lugar em que estiver o réu (inciso I) e quando incerta a pessoa que tiver de ser citada (inciso II).

A inacessibilidade do local onde estiver o réu deve ser inequivocamente caracterizada, restando comprovada a impossibilidade de citação do pessoal do acusado, considerando os sérios riscos aos quais o oficial encarregado estaria sujeito. Se assim não for, o ato citatório estará fadado à nulidade.

Segundo a doutrina, (33) a redação do inciso II do artigo 363 merece reparo quanto à impropriedade terminológica do legislador. Não é possível, no ordenamento jurídico pátrio, a imputação de crime a "pessoa incerta", pois a instauração de ação penal exige a acusação de fato delituoso a pessoa determinada. Por isso, o referido dispositivo deve ser interpretado à luz dos artigos 41 e 365, II, do CPP, ou seja, "quando não se conhece a identidade por inteiro ou a qualificação do acusado, o edital deve ser publicado com os esclarecimentos pelos quais se possa ser ele identificado. Essas indicações precisam ser tais que o citando se reconheça na descrição, de modo a poder atender o chamamento judicial". (34)

O artigo 365 estabelece os requisitos intrínsecos do edital de citação, orientando que o mesmo, sob pena de nulidade, deverá indicar: o nome do juiz que a determinar (inciso I); o nome do réu, ou, se não for conhecido, os seus sinais característicos, bem como sua residência e profissão, se constarem do processo (inciso II); o fim para que é feita a citação (inciso III); o juízo e o dia, a hora e o lugar em que o réu deverá comparecer (inciso IV); e o

prazo, que será contado do dia da publicação do edital na imprensa, se houver, ou da sua afixação (inciso V).

Grinover, Scarance e Gomes Filho advertem que o atendimento às formalidades da citação por meio de edital "representa condição indispensável para que se alcance a ficção de conhecimento da imputação estabelecida pelo legislador", ensinando que "a menção a esses dados deve ser clara e precisa, especialmente no que se refere à identificação do citando, finalidade do chamamento e data, hora e local do interrogatório, sob pena de comprometimento da finalidade do ato e conseqüente invalidade". (35)

Quanto à finalidade do ato citatório, o STF já sumulou sua orientação de que "não é nula a citação por edital que indica o dispositivo da lei penal, embora não transcreva a denúncia ou queixa, ou não resuma os fatos em que se baseia" (Súmula 366). Outrossim, decidiu nossa Suprema Corte que a citação é nula se houver erro na indicação da pessoa do acusado, tornando ineficaz a convocação pretendida (RT 597/347). Também já foram julgadas inválidas citações por edital onde a data e o horário de comparecimento não constem de forma inequívoca (STF, RT 542/434, 545/461, RTJ 59/62).

A fim de reputar-se a citação por edital validamente realizada, faz-se necessário, ainda, o atendimento do preconizado no parágrafo único do artigo 365 do CPP: "o edital será afixado à porta do edifício onde funcionar o juízo e será publicado pela imprensa, onde houver, devendo a afixação ser certificada pelo oficial que a tiver feito e a publicação provada por exemplar do jornal ou certidão do escrivão, da qual conste a página do jornal com a data da publicação". Busca-se, com isso, dar um mínimo de divulgação aos termos da citação.

Grinover, Scarance e Gomes Filho lecionam que a afixação do edital à porta do edifício onde funcionar o juízo e a publicação pela imprensa, onde houver, são providências cumulativas que representam formalidades essenciais à validade do ato, resultando em nulidade sua inobservância (art. 564, IV, CPP). Em que pese o entendimento os ilustres escritores, a jurisprudência vem atenuando o rigor no atendimento a essas exigências, tendo

o Plenário do STF se manifestado pela desnecessidade da afixação do edital, se não ocorreu prejuízo ao réu e o vício não foi argüido desde logo (HC 50.892). Quanto a publicação pela imprensa, o STF só a tem exigido nas comarcas em que haja imprensa oficial ou previsão de verba para publicação em órgão particular (RHC 64.468-6-SP, HC 67.428-3-SP).

Por derradeiro, cumpre apontar que o Código de Processo Penal estabelece prazos distintos para o cumprimento da citação por meio de edital, de acordo com a hipótese a ser considerada. A regra para quando o réu não for localizado é de quinze dias (art. 361), podendo ser reduzido para cinco dias caso esteja se ocultando para não ser citado (art. 362). Em se tratando de lugar inacessível, o prazo será fixado pelo juiz entre quinze e noventa dias, considerando as circunstâncias (art. 363, I, c/c art. 364, 1ª parte, CPP). Se "incerta" a pessoa a ser citada, o prazo será de trinta dias (art. 363, II, c/c art. 364, in fine, CPP).

Somente resultará cumprida a citação por edital após o decurso do prazo aplicável a cada hipótese, que, diga-se de passagem, deve constar do edital e será contado consoante o artigo 798, §1º, do CPP. Mais uma vez, frise-se, não é possível a designação do interrogatório em data anterior ao termo final da citação, conforme já proclamado pelo STF ao determinar que o dia designado para o comparecimento e interrogatório não pode estar compreendido no prazo do edital (HC 68.092-5-SP).

As suspensões do processo e do prazo prescricional estão previstas na nova redação dada pela Lei nº 9.271/96 ao artigo 366 do Código de Processo Penal. Preceitua a referida norma que "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".

Essa nova regra vem a atender antiga reivindicação da doutrina e, nos dizeres de Grinover, Scarance e Gomes Filho, "tem, antes de tudo um fundamento constitucional". Verbis:

"É que o contraditório, em seu primeiro momento, deve corresponder à informação, pela qual se fará possível o exercício do direito de defesa, e essa necessidade de informação fica praticamente infirmada pela ficção de uma citação editalícia. O segundo fundamento liga-se a um aspecto de política judiciária. A experiência demonstra que se um acusado não é encontrado para ser pessoalmente citado, tampouco será encontrado para cumprir a pena imposta em sentença condenatória prolatada à revelia". (36)

José Francisco Cagliari ensina que a nova disciplina da situação do réu revel citado por edital coaduna-se com as normas transnacionais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, referendada pelo governo brasileiro com a edição do Decreto n° 678/92. Tal Convenção estabelece, em seu artigo 8°, n° 2, que toda pessoa acusada de delito tem direito à comunicação prévia e pormenorizada dos fatos que lhe são imputados, à concessão de tempo e dos meios adequados para preparar sua defesa e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. (37)

As condições expostas no artigo 366 para a suspensão do processo e do prazo prescricional são cumulativas e, portanto, devem concorrer os fatos de ter havido citação por edital, de o réu não ter comparecido em Juízo para o interrogatório e de não haver advogado constituído nos autos.

A despeito da ausência do acusado, o §1° do artigo 366 autoriza ao juiz a produção antecipadas de provas consideradas urgentes. Visando a resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa, devem o Ministério Público e um defensor dativo participarem na produção da prova.

Guilherme Nucci (38) explica que a finalidade das modificações trazidas pela Lei n° 9.271/96 à redação do artigo 366 foi a de garantir a ampla defesa e o contraditório efetivos do acusado, razão pela qual apregoa que a produção antecipada de provas somente deve ocorrer como medida excepcional, plenamente justificada, segundo a avaliação dos fatos e circunstâncias do delito, "a fim de assegurar os elementos probatórios contra a ação do tempo, sendo que, apenas o perigo do perecimento de suas fontes autoriza tal providência".

(39) Para o renomado professor, "cabe ao prudente critério do magistrado decidir a respeito da urgência da prova, sem haver qualquer tipo de generalização". (40)

Corroborando tal entendimento, o STJ decidiu que "a determinação da produção antecipada de provas, nos termos do art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/96, adstringe-se à discricionariedade do magistrado que preside o processo, não gerando constrangimento desde que devidamente fundamentada" (HC 8.590-SP).

Compartilham deste posicionamento Mirabete (41) e Antônio Magalhães Gomes Filho. (42) Este último, abordando o assunto ora estudado, defende que "somente em circunstâncias muito especiais é possível adiantar providências processuais: em primeiro lugar, é exigível pelo menos a razoável probabilidade do futuro reconhecimento do direito posto como fundamento da cautela (*fumus boni juris*); além disso, também deve estar demonstrado o perigo de insatisfação daquele direito, em face da demora na prestação jurisdicional definitiva (*periculum in mora*)". Complementando sua tese, Gomes Filho esclarece que "essa antecipação na colheita da prova não deverá ser, certamente, uma rotina nos casos em que houver a suspensão do processo, diante da ausência do réu citado por edital, mas providência resultante da avaliação do risco concreto de impossibilidade na obtenção futura das informações necessárias ao êxito da persecução". (43)

A maior discussão gira em torno da prova testemunhal, pois, para alguns doutrinadores, tais como Tourinho Filho, a testemunha deve ser sempre ouvida antecipadamente, visto que pode ser traída por sua memória. Alicerçada numa interpretação extensiva do artigo 92 do CPP, essa parte minoritária da doutrina considera toda prova testemunhal como urgente. Outros estudiosos, já mencionados anteriormente, primando pelo caráter excepcional da medida, preferem crer que somente ao juiz cumpre definir, face ao caso concreto, se a produção de esta ou daquela prova pode ser revestida do caráter da urgência.

Embora ainda não pacificada a matéria, o STJ se posicionou pela negativa do argumento de que toda prova testemunhal deve ser genericamente considerada como urgente: "cabe ao juiz, dentro de seu prudente arbítrio, decidir sobre a conveniência e oportunidade da

produção antecipada de provas, quando incontestável o caráter urgente, não configurado na espécie, uma vez que o fundamento utilizado consiste na mitigação ou perda da memória dos fatos pela testemunha" (RT 767/550).

O caput do art. 366, ora em análise, prevê ainda que, nos termos do disposto no art. 312 do CPP, o juiz pode decretar a prisão preventiva do acusado. É mister verificar-se que o simples fato de o réu não ter se manifestado frente ao chamamento judicial não é motivo suficiente para a decretação de sua prisão. A medida coercitiva, de acordo com a doutrina, (44) somente se justifica nas hipóteses elencadas nos artigos 312 e 313 do CPP.

Havendo elementos que indiquem que está ameaçada a aplicação da lei penal, como, por exemplo, a comprovação de que o réu se oculta para não ser citado, o fato de ter desaparecido logo após a prática do crime ou mesmo a circunstância de não possuir residência fixa ou emprego, é de bom tom que o juiz decrete a prisão preventiva do acusado.

Discorrendo acerca da decretação da prisão preventiva contida no caput do artigo 366, Gomes Filho adverte que "não será admissível nos casos em que a restrição da liberdade não é normalmente esperada". E continua, verbis:

"Não se trata aqui, como apressadamente se poderia supor, de um corolário automático da suspensão do processo pela ausência do réu. Semelhante entendimento viria a colidir, inclusive, com o preceito constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII [CF/88]), que embora não vede as prisões anteriores à condenação torna, certamente, inadmissível a prisão processual obrigatória, banida de nossa legislação pela Lei n. 5.349, de 1967". (45)

Nesse mesmo sentido, nossos Tribunais têm decidido que "a simples revelia do réu não é motivo suficiente para embasar o decreto de prisão preventiva, se não demonstrada a presença do periculum libertatis, a justificar a necessidade da custódia antes de uma condenação definitiva" (TJSP, RT 750/620). E, verbis:

"apesar de a Lei n. 9.271/96 autorizar o magistrado a decretar a prisão preventiva, esta só poderá ocorrer em casos especiais, como, por exemplo, para garantia da ordem pública ou econômica, ou para segurança da produção das provas urgentes ou da aplicação da lei penal, isto é, o novo sistema não restaurou a prisão preventiva obrigatória simplesmente porque o réu, citado por edital, deixou de constituir advogado e não compareceu ao interrogatório" (TACrimSP, RT 740/609).

Questão bastante polêmica entre nós é a relativa ao tempo máximo de duração da suspensão do prazo prescricional quando da suspensão do processo, vez que a lei não fixou limite para seu término. Pudessemos a prescrição ficar suspensa indefinidamente, estar-se-ia ampliando, indevidamente, o rol de delitos imprescritíveis previstos nos incisos XLII e XLIV do art. 5º da CF/88.

Por falta justamente dessa previsão legal, a doutrina têm apresentado várias soluções. Mirabete, por exemplo, acredita que o razoável seria fixar o termo final da suspensão prescricional no máximo lapso previsto em lei: vinte anos (art. 109, I, CP). A posição majoritária, entretanto, tem entendimento diverso. Segundo Guilherme Nucci, José Francisco Cagliari e Damásio de Jesus, (46) fiéis representantes da ala predominante, o limite da suspensão do curso prescricional deve corresponder aos prazos do art. 109 do CP, considerando-se o máximo abstratamente imposto para a pena privativa de liberdade referente ao crime em comento. A justificativa é a de que "se, para permitir a perda da punibilidade pela prescrição, o legislador entendeu adequados os prazos do art. 109, da mesma forma devem ser apreciados como justos na disciplina da suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva". (47)

Nucci, de forma didática explica sua posição, verbis:

"Assim, por ausência de previsão legal, tem prevalecido o entendimento de que a prescrição fica suspensa pelo prazo máximo em abstrato previsto para o delito. Depois, começa a correr normalmente. Isso significa que, no caso de furto simples, cuja pena máxima é de

quatro anos, a prescrição não corre por oito anos. Depois, retoma seu curso, finalizando com outros oito anos, ocasião em que o juiz pode julgar extinta a punibilidade do réu". (48)

Parece, verdadeiramente, ser essa a orientação que deve prevalecer. Pelo menos é entendimento que logrou ser atendido pelo STJ (HC 7.052/RJ).

## Notas

1 MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Campinas: Bookseller, 1997, vol. II, p. 171.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 543.

3 CAGLIARI, José Francisco. Citações e intimações. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Tratado temático de processo penal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 267.

4 MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal. São Paulo: Atlas, 10ª ed., 2000. p.426.

5 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 541.

6 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 427; MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 174. GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 291.

7 Nesse sentido, Ap. 478.905/2, JTACrim 93/72. Em sentido contrário, Ap. 285.611, RT 587/350, TACrimSP.

8 TACrimSP, HC 119.796, RT 578/364.

9 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCA FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. São Paulo: RT, 7ª ed., 2001. p. 107.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 428.

11 Ibidem.

12 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 555.

13 CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. p. 273.

14 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 547.

15 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 429.

16 Ibidem.

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 547.

18 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 430.

19 NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 183, p. 198.

20 GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. p. 292.

21 TACrimSP, RT 665/307, 678/342, 706/330, 710/297, 715/478, 729/556, TJSP, RT 709/324, 716/433, STF HCs 69.350 e 71.839.

22 GRECO FILHO, Vicente. Op. Cit. p. 292.

23 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. pp. 108-9; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 547-8; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 430.

24 O artigo 8º, n. 2, b e c , da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, asseguram ao acusado, respectivamente, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada e a concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa.

25 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 110.

26 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 549.

27 Nesse sentido: STF, RT 609/445, 612/436, 658/369, 668/382, 678/395; STJ, RT 726/613 e outros.

28 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 112.

29 Nesse sentido: STF, RT 539/301, 549/431, 590/419, 605/423; JTACrSP 36/47, 40/350, 42/141. 45/394, 46/349, 51/60, 54/55, 57,117, 58/101, 66/16.

30 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 431.

31 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 112.

32 Nesse sentido: TJSP, AP. 139.344, RT 531/330; STF, RHC 57.127-1-RS, RT 538/445.

33 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 114; MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 434; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 550; CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. p. 276.

34 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 434.

35 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 114.

36 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 106.

37 CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. p. 279.

38 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 552-3.

39 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Medidas cautelares da lei n. 9.271/96: produção antecipada de provas e prisão preventiva. Boletim IBCCrim n. 42, Edição Especial, junho/1996, p. 5. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 552.

40 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 552.

41 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 442.

42 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. p. 5. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 552.

43 Ibidem.

44 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 442; NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 553; CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. pp. 282-3.

45 GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. Apud CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. p. 282.

46 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 552; CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. pp. 283-4; JESUS, Damásio Evangelista. Notas ao art. 366 do código de processo penal com a redação da lei n. 9.271/96. Boletim IBCCRim n. 42, Edição Especial, junho/1996, p. 3.

47 JESUS, Damásio Evangelista. Op. Cit. p. 3.

48 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. pp. 552.

49 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit. p. 436.

50 MIRANDA, Pontes de. Comentários ao código de processo civil. 1947, vol. II, p. 208. Apud MARQUES, José Frederico. Op. Cit. p. 208.

51 GRINOVER, Ada Pellegrini, SCARANCE FERNANDES, Antônio, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Op. Cit. pp. 117-8.

52 STF, RT 544/470 e 726/591; STJ, RT 664/332; TJSP, RT 545/332; TACrimSP, JTACrim 95/443.

53 CAGLIARI, José Francisco. Op. Cit. In: MARQUES DA SILVA, Marco Antônio (coordenador). Op. Cit. p. 288.

54 Ibidem.

GARCIA, Flávio Cardinelle Oliveira. Uma visão constitucional da citação no âmbito do Processo Penal . Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 273, 6 abr. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4997>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

\*Acadêmico de Direito nas Faculdades Jorge Amado, ex-estagiário no Núcleo de Prática Jurídica das Fac  
joorios@hotmail.com

Disponível em:  
<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1116&idAreaSel=4&seeArt=yes>. Acesso em: 13 nov. 2007.