

Reflexões sobre o artigo 362 do Código de Processo Penal



Fabiano Righi

Graduado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo com especialização em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Oficial de Justiça Avaliador Federal lotado na CEUNI – Central Unificada de Mandados – Justiça Federal de 1ª Instância em São Paulo.

RESUMO: Visa este trabalho demonstrar que a citação com hora certa no processo penal brasileiro representa avanço legislativo e é justificável estendê-lo também às intimações, ante as razões comuns que o fundamentam.

PALAVRAS-CHAVE: Ampla defesa. Citação com hora certa. Ocultação premeditada. Conhecimento da demanda por premissa. O silêncio como uma opção de defesa. Intimação por hora certa.

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo demostrar que la citación con hora cierta en el proceso penal brasileño representa un avance legislativo y es justificable extenderlo a las notificaciones, ante las razones comunes que lo subyacen.

PALABRAS-CLAVE: Amplia defensa. Citación con hora certa. Ocultación premeditada. Conocimiento de la demanda por premissa. El silencio como una opción de defensa. Notificación por hora cierta.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS. 3. A prática diária na Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo. 4. A subsidiariedade do processo civil. 5. Suma. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

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.

Trata-se de alteração no processo penal brasileiro, introduzida pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008.

Até então, não se encontrando o acusado, seja porque estivesse em lugar incerto e ignorado, seja porque se ocultasse, a citação perfazia-se por meio editalício, indistintamente.

Agora não. Havendo suspeita de ocultação, o ato processual pratica-se na modalidade com hora certa.

O intuito da nova legislação foi, basicamente, prestigiar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O Código de Processo Penal foi editado em 3 de outubro de 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.689, em plena ditadura Vargas, sob a égide da Constituição de 1937.

Passado quase meio século, fizeram-se oportunas a modernização de suas regras e sua compatibilização com os princípios da Constituição Cidadã de 1988.

Esse foi o objetivo da nova Lei, traduzido em diversas modificações práticas no processo penal, entre elas a incorporação da citação com hora certa, de há muito adotada no processo civil.

A justificativa comumente apresentada é de que, para efeito de conhecimento da acusação, é mais eficiente a citação com hora certa, entregue pelo oficial de justiça a um familiar ou, em sua falta, a um vizinho do réu, do que uma publicação na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tri-

bunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça.

Vale lembrar que, no Brasil, nem todos têm acesso à *internet* e aqueles que dispõem dessa ferramenta de informação pouco frequentam o sítio dos tribunais ou do Conselho Nacional de Justiça.

A inovação legislativa buscou também afastar a malícia de alguns acusados que, citados por edital, deliberadamente ausentavam-se pelo período de alguns anos, até que se lhes extinguisse a punibilidade por conta da prescrição.

É que, muito embora a citação por edital suscite a suspensão do processo e do prazo prescricional, tal não se dá por prazo indeterminado.

Excetuados os crimes de racismo, os de ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e aqueles de competência do Tribunal Penal Internacional, a cuja criação o Brasil tenha manifestado adesão, todos os demais prescrevem.

Embora haja decisão do Supremo Tribunal Federal em contrário,¹ a Súmula nº 415

1 STF, Recurso Extraordinário 460.971/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 13/02/2007, DJ 30/03/2007, p. 76, conhecido e provido por unanimidade, Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Recorrido: Valdemar Brito da Silva, Advogado: Defensoria Pública da União. Ementa: “I. Controle incidente de inconstitucionalidade: reserva de plenário (CF, art. 97). ‘Interpretação que restringe a aplicação de uma norma a alguns casos, mantendo-a com relação a outros, não se identifica com a declaração de inconstitucionalidade da norma que é a que se refere o art. 97 da Constituição...’ (cf. RE 184.093, Moreira Alves, DJ 05.09.97). II. Citação por edital e revelia: suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, por tempo indeterminado – C.Pr.Penal, art. 366, com a redação da L. 9.271/96. 1. Conforme assentou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ext. 1042, 19.12.06, Pertence, a Constituição Federal não proíbe a suspensão da prescrição, por prazo indeterminado, na hipótese do art. 366 do C. Pr. Penal. 2. A indeterminação do prazo da suspensão não constitui, a rigor, hipótese de imprescritibilidade: não impede a retomada do curso da prescrição, apenas a condiciona a um evento futuro e incerto, situação substancialmente diversa da imprescritibilidade. 3. Ademais, a Constituição Federal se limita, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que

do Superior Tribunal de Justiça confirma esse entendimento, nos seguintes termos:

Súmula 415 do STJ: O período de suspensão do prazo prescricional é regulado pelo máximo da pena cominada.

Pretendeu-se neutralizar os efeitos desse expediente astucioso.

A citação com hora certa válida integraria a relação processual e ensejaria a continuidade do feito até final decisão, com ou sem a presença do acusado. Neste último caso, ser-lhe-ia nomeado um defensor dativo.

São os termos do parágrafo único do artigo 362:

Art. 362. (...)

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

A celeuma instalou-se.

De um lado, argumentavam alguns, se o objetivo da nova lei era reforçar o direito à ampla defesa, na prática, o resultado revelou-se outro, pois o processo seguiria até eventual condenação ainda que o réu não comparecesse pessoalmente para se defender.

Asseveravam, ainda, que ampla defesa abrange, *grosso modo*, direito de presença e direito de audiência, ambos prejudicados ante a incerteza de que o réu, citado com hora certa, tivesse, de fato, tomado conhecimento da acusação que lhe pesava.

Apontavam, outrossim, malferimento ao princípio da isonomia, pois o acusado, ci-

tado por edital, recebe tratamento diverso daquele que, citado por hora certa, também não comparece aos autos. Para o primeiro, restam suspensos o processo e o prazo prescricional da pena, enquanto que, para o segundo, o processo caminha, independentemente de sua presença, até a sentença.

De outro, seus detratores arrazoavam que a citação por edital é ineficiente, pois ninguém o lê e que deixar de citar uma pessoa com domicílio certo só porque ela se oculta para não ser encontrada pelo oficial de justiça implica estímulo à impunidade, premiação à má-fé e desprestígio à justiça.

O legislador, por seu turno, também não colaborou para minimizar o tumulto.

Preceitua o artigo 367 do Código de Processo Penal:

Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

A esta altura, cumpre distinguir citação pessoal de outros tipos citatórios.

Sob o critério da personalidade, são dois:

I) citação real, também conhecida por citação pessoal ou *in faciem*, é aquela por meio da qual o oficial de justiça, dirigindo-se à residência do réu, dá a ele conhecimento da ação e lhe entrega diretamente uma cópia da petição inicial, conhecida como contrafé.

É a regra no processo penal brasileiro.

A ampla defesa pressupõe conhecimento da acusação e possibilidade de reação.

Não há dúvida de que estes pressupostos são assegurados quando a comunicação da ação penal se dá na pessoa do acusado.

II) citação ficta ou presumida, que recebe essa denominação porque dela não se

enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária criasse outras hipóteses. 4. Não cabe, nem mesmo sujeitar o período de suspensão de que trata o art. 366 do C.Pr.Penal ao tempo da prescrição em abstrato, pois, 'do contrário, o que se teria, nessa hipótese, seria uma causa de interrupção, e não de suspensão'. 5. RE provido, para excluir o limite temporal imposto à suspensão do curso da prescrição."

extraí a certeza de que o réu tenha tomado conhecimento da ação. Apenas presume-se. Não é feita diretamente na pessoa do réu, senão por meio da publicação de edital na rede mundial de computadores, no sítio do respectivo tribunal e na plataforma de editais do Conselho Nacional de Justiça ou mediante a entrega da contrafé a algum parente ou vizinho do acusado.

É a exceção, só aplicável quando, comprovadamente, não for possível localizar o acusado.

São espécies de citação ficta aquela feita por edital e a realizada com hora certa.

Nas palavras do Professor Vicente Greco Filho:

Essa denominação (*ficta*) advém do fato de que não há certeza quanto ao efetivo conhecimento a ser levado ao réu. A lei admite a citação ficta como fórmula alternativa em face da impossibilidade de citação real, a fim de que não haja o perecimento do direito alegado pelo autor. Sacrifica-se, no caso, a garantia do real conhecimento da demanda, a fim de não ocorrer uma denegação da justiça.²

Nos termos do referido artigo 367, o processo terá seguimento, independentemente da presença do acusado, desde que ele seja *citado ou intimado pessoalmente*.

O comando normativo é textual: “[...] citado ou intimado pessoalmente [...]”.

Mas, conforme visto, citação com hora certa não é citação pessoal.

Como se conciliam esse condicionamento ao andamento processual e a regra do já mencionado artigo 362, parágrafo único? Qual a finalidade de se nomear um defensor dativo ao acusado, citado com hora certa (espécie de citação ficta), e que não comparece

aos autos? É dar prosseguimento ao feito? Pode avançar um processo no qual o acusado não foi citado pessoalmente?

Há aqui uma *contradictio in terminis* entre os indigitados artigos 362, parágrafo único e 367: para que o processo tenha continuidade, a lei ora exige a citação pessoal do réu, ora contenta-se com a citação ficta, isto é, não pessoal.

Não é um conflito aparente entre normas. É real e fruto de muitas reformas parciais por que passou o Código de Processo Penal, nem todas elas preocupadas com sua coerência sistêmica interna.

A par dessa polêmica, outra surgiu.

Explica-se: a lei previu a suspensão do processo e do curso da prescrição no caso de citação por edital e não comparecimento do acusado. É a regra insculpida no artigo 366.

Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional [...].

Com base em silogismo, argumenta-se que a citação por edital é espécie de citação ficta e enseja a suspensão do processo e do curso da prescrição se o acusado não comparece aos autos (premissa maior); a citação com hora certa é também espécie de citação ficta (premissa menor); logo, não comparecendo o acusado citado com hora certa, devem ser igualmente suspensos o processo e o curso da prescrição (conclusão).

Acontece que, como mencionado anteriormente, a lei previu a suspensão do processo e do curso prescricional somente no caso de citação por edital, omitindo-se em relação à citação por hora certa.

Daí o imbróglio jurídico, pois, segundo a doutrina, diante de uma citação com hora certa, não comparecendo o réu, poder-se-ia suspender o processo, já que isto, teoricamente, o beneficiaria, mas não seria possível

² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2, p. 64, destaque meu.



suspender o curso do prazo prescricional, porquanto tal decisão implicaria situação mais gravosa ao acusado, hipótese na qual não se admite a aplicação de analogia.

Veja-se o ensinamento do Professor Nucci:

A citação por hora certa é uma modalidade de citação ficta, tal como ocorre com o edital. Ora, se a finalidade do art. 366 é evitar a continuidade do processo, tendo em vista ter ocorrido uma forma de citação ficta (edital), dando ensejo a supor não ter o réu, verdadeiramente, conhecimento da demanda contra si

ajuizada, o mesmo se deve fazer quanto à citação por hora certa. Note-se o disposto no art. 9º, II, do CPC/1973: “O juiz dará curador especial: (...) II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa” (vide art. 72, II, do CPC/2015). Estão equiparados, para efeito de proteção especial, os que forem citados por edital e por hora certa. No processo penal, com maior razão, não se pode dar prosseguimento à instrução, valendo-se de uma espécie de citação ficta. Entretanto, por equívoco legislativo, que deveria ter previsto expressamente essa hipótese, há uma lacuna quanto à suspensão da prescrição. Inviável é a utilização de analogia *in malam partem*, razão pela qual a citação por hora certa pode valer-se da suspensão do processo, nos mesmos moldes da citação por edital, mas não haverá suspensão da prescrição.³

2. Do Recurso Extraordinário nº 635.145/RS

A controvérsia avolumou-se.

Tanto que, em 2 de junho de 2010, a Defensoria Pública do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário contra decisão da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul que rejeitara o argumento da inconstitucionalidade da citação com hora certa no processo penal.

No apelo extremo, *grosso modo*, afirmou que a citação com hora certa no processo penal feriria os direitos ao contraditório e à ampla defesa, previstos no artigo 5º, LV, da Constituição e artigo 8º, item 2, “b”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; que, não comparecendo o réu aos autos, não há garantia de que ele tenha tomado ciência da acusação; que hora certa é cabível exclusivamente para casos versando direitos disponíveis; que não

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 817.

houve paridade de armas, pois o Ministério Público teve todos os elementos para acusar, mas a Defensoria Pública, ante a ausência do acusado, sequer conseguiu falar com ele.

Ponderou a ocorrência de repercussão geral, pois que a solução dessa polêmica interferiria no direito à liberdade dos cidadãos. Ultrapassaria, pois, os limites subjetivos do processo, não interessando exclusivamente às partes, senão a toda a sociedade.

Reafirmou o cumprimento do requisito de prequestionamento, transcrevendo trecho de um dos votos proferidos pela Turma Recursal, no qual a matéria relativa à constitucionalidade foi especificamente decidida.

O Relator, Ministro Marco Aurélio, acolheu a tese da repercussão geral e admitiu o recurso, ao argumento de que presentes os requisitos para tanto.

Enfrentou a questão e assentou o entendimento de que a citação com hora certa no processo penal é constitucional e não viola o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Eis alguns trechos de seu voto:

A ampla defesa, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, é a simbiose entre a defesa técnica e a autodefesa do acusado.

[...]

A premissa, na citação com hora certa, é a premeditada ocultação do réu, logo, efetivamente sabe da existência da demanda. Se optou por não se defender pessoalmente em Juízo, foi porque, no exercício da autodefesa, não o quis. Tampouco pode ser compelido a fazê-lo, afinal o comparecimento à instrução é direito, não dever; é faculdade, não ônus processual. Em última análise, entendimento diverso consubstanciaria obrigá-lo a produzir prova contra si.

Em suma, sustentou que o não comparecimento pessoal em juízo não significa negação à ampla defesa, senão sua confirmação, na medida em que o acusado não está obrigado a produzir prova contra si e pode, estrategicamente, optar pelo silêncio.

Afinal, em 1º de agosto de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por unanimidade, constitucional a citação com hora certa no processo penal, prevista no referido artigo 362.

3. A prática diária na Justiça Federal – Seção Judiciária de São Paulo

Os mandados criminais iniciais na Seção Judiciária de São Paulo seguem, basicamente, um padrão. Ei-lo:

MANDADO DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO

MANDA a qualquer Oficial de Justiça Avaliador deste Juízo Federal, a quem este for apresentado, que em seu cumprimento:

CITE e INTIME o(a) acusado(a) para apresentar resposta escrita à acusação, no prazo de 10 (dez) dias, na forma dos artigos 396 e 396-A do CPP, devendo fazê-lo mediante advogado constituído, sendo que, caso não tenha condições de constituir advogado, poderá ser-lhe nomeada a Defensoria Pública da União;

INTIME o(a) acusado(a) de que, caso sejam arroladas testemunhas pela defesa, caberá a ela apresentá-las em audiência, independentemente de intimação, ou requerer justificadamente, na resposta à acusação, a necessidade de intimação pelo Juízo, conforme previsto na parte final do artigo 396-A do CPP;

INTIME o(a) acusado(a) de que, em atenção ao princípio da economia processual que deve reger toda a Administração Pública, para os próximos atos processuais, será intimado(a) por meio de seu defensor (constituído ou público).

CUMPRA-SE na forma e sob as penas da lei.

Ou seja, o expediente contém, na mesma peça, duas ordens distintas, isto é, citação e intimação do acusado.

O Supremo Tribunal Federal validou a citação com hora certa e confirmou a constitucionalidade do artigo 362 do Código de

Processo Penal, conforme exposto acima.

A Corte Máxima, porém, nada falou a respeito de intimação por hora certa.

Tampouco a Lei nº 11.719/2008, pelo menos não textualmente.

Na Seção Judiciária de São Paulo, ela resta vedada pelo Comunicado Eletrônico 29 da Central Unificada de Mandados.

**COMUNICADO ELETRÔNICO Nº 29
– CEUNI**

Intimação - Audiências Criminais
13/12/2012

Senhores Oficiais de Justiça, tendo em vista a necessidade de sempre aprimorar os trabalhos desenvolvidos pelo conjunto de servidores da CEUNI, solicito especial atenção ao cumprimento dos mandados de intimação para audiência oriundos do Fórum Criminal. Esclareço que, muito embora as alterações introduzidas no art. nº 362 do Código de Processo Penal, pela Lei nº 11.719, de 20/06/2008, tenham recepcionado a possibilidade de o acusado ser *citado* por hora certa, na forma estabelecida nos arts. 227 a 229 do Código de Processo Civil, as intimações destes, bem como, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar ciência do ato, deverão ser sempre pessoais, sendo, portanto, vedada a entrega de mandados a terceiras pessoas, mesmo que da família.

Em havendo informação de que o intimando (testemunha, acusado ou outra pessoa) encontra-se em viagem, os Senhores Oficiais deverão, quando possível, reunir o maior número de informações, principalmente quanto à data estimada para seu retorno, a fim de subsidiar decisão do MM. Juiz responsável pelo feito quanto a designar nova data para audiência.

Paula Mantovani Avelino
Juíza Federal Substituta em auxílio na Corregedoria da CEUNI.⁴

Pergunta-se: havendo suspeita de ocultação, como se procede? Cumpre-se integralmente o mandado, parcialmente ou não se o cumpre? *Quid juris?*

É possível cindir o mandado e citar o réu apenas para dar-lhe ciência da acusação sem intimá-lo a apresentar resposta, a constituir advogado ou a informar que não tem condições de fazê-lo, a conduzir suas testemunhas *etc*?

Parece que não.

Cumpra mencionar o comando previsto no artigo 370 do Código de Processo Penal.

Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no capítulo anterior. (nota: “o capítulo anterior” trata exatamente das citações)

Sustenta-se que, em termos de hora certa, os procedimentos relativos às citações são perfeitamente aplicáveis às intimações, pois os fundamentos inspiradores da declaração de constitucionalidade do artigo 362 valem também em relação a estas.

Se é verdade que quem se oculta premeditadamente, por premissa, sabe da existência da demanda, não menos verdadeiro é que quem se evade deliberadamente a uma intimação, tem consciência do que está fazendo.

Se é correto afirmar que o não comparecimento do réu em juízo não infirma, senão confirma o direito à ampla defesa e ao silêncio, não menos exato é asseverar que ele pode fazê-lo no início do processo (quando da citação) ou durante seu curso (por ocasião de eventuais intimações).

A única solução viável é a aplicação das

cado Eletrônico nº 29 da CEUNI. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/assets/Uploads/subsecoes/sp-CEUNI/comunicados-eletronicos/comunicado29.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

regras relativas à citação também quanto às intimações, sob pena de tornar-se inexecutível a hora certa quando o mandado contiver simultaneamente ordem de citação e de intimação.

De duas, uma: ou adota-se a aplicabilidade aqui preconizada ou abandona-se a ideia da citação por hora certa na Seção Judiciária de São Paulo, ante a incindibilidade do mandado. Não é possível “fatiar”.⁵ Não se pode cumprir só a citação e deixar de efetivar a intimação.

4. A subsidiariedade do processo civil

Não se desconhece a subsidiariedade do processo civil em relação ao processo penal, tanto que o próprio artigo 362 do Código de Processo Penal manda aplicar os artigos 227 a 229 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil.

O referido artigo 227 dispunha:

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.

Sucedeu que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) revogou o Código de Processo Civil de 1973 e, por via de consequência, também o mencionado artigo.

Criou-se insólita situação: o Código de

Processo Penal faz remissão a uma lei que não está mais em vigor.

Por sua vez, o novo codex processual civil mudou a regra e limitou o procedimento da hora certa a apenas duas diligências. Eis o dispositivo:

Art. 252. Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, intimar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho de que, no dia útil imediato, voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar.

Afinal, no processo penal atual, a hora certa deve ser precedida de duas ou três diligências?

A favor das duas diligências, militam os argumentos segundo os quais a lei processual penal tem aplicabilidade imediata e o Novo Código de Processo Civil substituiu o anterior. Eis os dispositivos pertinentes:

Código de Processo Penal:

Art. 2º. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo [...].

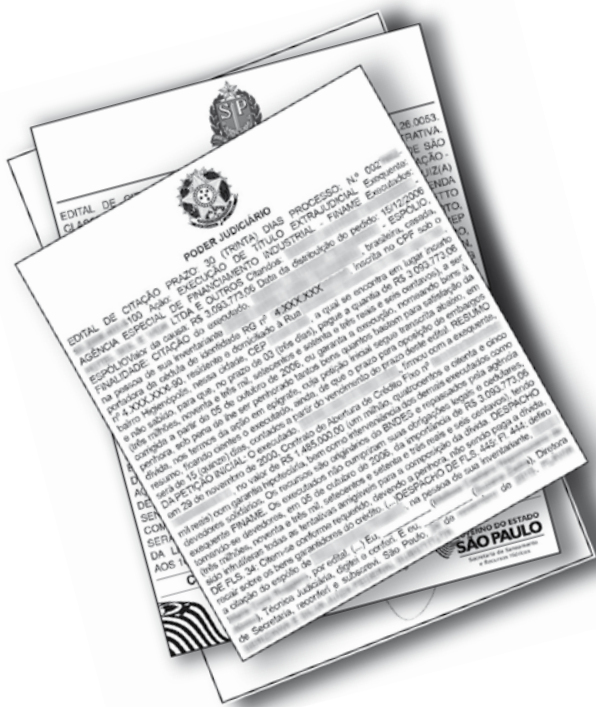
Novo Código de Processo Civil.

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.
[...]

§ 4. As remissões a disposições do Código de Processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código.

Em prol das três diligências, laboram os argumentos de que, em matéria de direitos fundamentais (como a ampla defesa e o contraditório), cabe a interpretação que lhes dê o maior alcance possível, nunca o contrário; de

⁵ Expressão que ficou popularmente conhecida a partir de uma manobra política atribuída ao então Presidente do Senado Federal, Sr. Renan Calheiros, no sentido de “fatiar” o julgamento de impeachment da acusada, a ex-presidenta, Dilma Rousseff, colocando em primeira votação o quesito relativo à perda do cargo e em segunda votação aquele atinente à inabilitação para o exercício de função pública, ao arremetimento do quanto determinado pelo artigo 52, parágrafo único, da Constituição Federal.



que o artigo 362 do Código de Processo Penal manda aplicar os artigos 227 a 229 do antigo Código Processual Civil e não do novo; de que a regra insculpida no § 4º do artigo 1.046 do Novo Código de Processo Civil configura indevida interferência do processo civil no processo penal.

Sem entrar no mérito de que duas diligências apenas seriam insuficientes para caracterizar a suspeita de ocultação, não parece razoável a ideia de que, embora revogado, o artigo 227 do antigo Código de Processo Civil continue surtindo efeitos.

Noutro giro verbal, não é sensato afirmar que o artigo 252, *caput*, do Novo Código de Processo Civil, recém inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro, já não tenha eficácia.

É conhecida a ultratividade da norma penal, isto é, ela pode e deve retroagir a fatos anteriores a sua vigência ou projetar-se ao futuro, para além de sua validade, se o resultado for benéfico ao réu.

Ele será benéfico se extinguir ou diminuir a pena.

Acontece que o número de diligências preparatórias a uma citação por hora certa não faz uma coisa nem outra. Não interfere na pena. Não a majora nem minora. Incide única e exclusivamente no feito do processo.

Por isso, as regras do artigo 227 do antigo e 252, *caput* do Novo Código de Processo Penal são consideradas de natureza tipicamente processual, e sujeitam-se, portanto, à aplicabilidade imediata.

Não há que se cogitar, pois, de ultratividade do antigo artigo 227 e deve prevalecer a regra do atual artigo 252, *caput*, por força do critério cronológico para solução de antinomias: *lex posterior derogat legi priori*.

Relativamente à acusação de que o artigo 1.046, § 4º, do Novo Código de Processo Civil representaria descabida ingerência do processo civil no processo penal, argumenta-se que o legislador de 2008 (Lei nº 11.719) absteve-se de indicar um procedimento específico para a citação com hora certa no processo penal e mandou aplicar subsidiariamente os artigos 227 a 229 do antigo Código de Processo Civil.

Até que haja uma manifestação legislativa em contrário, é de se presumir que a *mens legislatoris* daquela época permanece a mesma diante do novo diploma processual civil.

5. Suma

A hora certa como forma de citação no processo penal suscitou discussões extremadas.

Para uns, significava avanço. A outros, retrocesso.

Aos primeiros, eficiência e segurança ao exercício da ampla defesa. Aos últimos, a própria negação à ampla defesa.

A polêmica perdura até os dias atuais.

Explica-se: há um projeto de reforma do Código de Processo Penal em trâmite no Congresso Nacional.

Trata-se do Projeto de Lei nº 156, iniciado no Senado Federal em 2009, cuja redação

final retirou do texto a citação com hora certa. Veja-se:

Art. 148. Verificando-se que o réu se oculta para não ser citado, a citação far-se-á por edital, com o prazo de 5 (cinco) dias.⁶

Já na Casa Revisora, o referido Projeto de Lei recebeu o número 8.045/2010 e o Deputado Federal Sr. Nelson Marchezan Júnior apresentou emenda aditiva, de número EMC 21/2016, em 19 de abril de 2016, na qual pugna pela manutenção da citação com hora certa no processo penal brasileiro, ao argumento de que: “Afigura-se de grande proveito que seja reintroduzido no Projeto de Lei em epígrafe a previsão de citação por hora certa no processo penal, em moldes similares aos concebidos na reforma de 2008”.⁷

Final, a hora certa no processo penal brasileiro é boa ou não?

Sustenta-se aqui que a citação com hora certa é aperfeiçoamento importante em nossa legislação, pois oferece mais segurança de que o réu tenha conhecimento da acusação do que teria caso citado fosse por um edital na *internet*.

Se a ideia é prestigiar a ampla defesa e o contraditório, o caminho é esse.

Sob o ângulo da prestação jurisdicional, essa modalidade de citação também merece apoio, pois tem o condão de afastar a má-fé processual daqueles que se ocultam para não serem citados e, depois, alegam a nulidade do ato a que eles próprios deram causa ou valem-se do decurso do prazo para pleitearem a prescrição da pena.

Quanto ao referido Projeto de Lei nº

156/2009, defende-se a tese de que retirar do texto legal a previsão da citação com hora certa representaria retrocesso, pois igualaria situações essencialmente diferentes (do réu que está em lugar incerto e ignorado em confronto com aquele que tem residência ou domicílio fixos, mas ausenta-se, propositadamente, para não ser encontrado pelo Oficial de Justiça) e daria margem a impunidade.

Citação com hora certa pressupõe ocultação premeditada. Quem premedita sabe o que está fazendo e não pode alegar ignorância.

Se é verdade que ampla defesa pressupõe o direito de o acusado comparecer em juízo para defender-se pessoalmente, não menos verdadeiro é que ele pode calar-se, como forma alternativa de exercitá-la.

É a regra do artigo 5º, LXIII, da Carta Magna:

Art. 5º. [...]

LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado [...].

Acertou, pois, o Supremo Tribunal Federal ao referendar a citação com hora certa.

Justificável que se faça o mesmo em relação às intimações, a uma porque não se vislumbra outra maneira de cumprir mandados que contenham, na mesma peça, ordem de citação e de intimação; a duas porque, assim agindo, reafirmam-se os fundamentos da hora certa, que são comuns às citações e às intimações; a três porque, dessa maneira, atende-se aos fins da reforma legislativa, quais sejam conciliar as regras do Código de Processo Penal de 1941 com os princípios da ampla defesa e do contraditório insculpidos na Carta Política de 1988 e a quatro porque a hermenêutica jurídica é ciência e, como tal, deve observar regras precisas, metódicas e sistemáticas.

Não é admissível que ora se distinga um acusado que está em lugar incerto e ignorado de outro que tem residência conhecida,

6 Disponível em: <<http://www.ibraspp.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Reda%C3%A7%C3%A3o-final-PLS-156-09PDF1.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

7 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1451456&filename=EMC+21/2016+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010>. Acesso em: 12 abr. 2017.

mas deliberadamente esquivar-se do oficial de justiça e ora se os equiparem, só porque aqueles são destinatários de uma citação e estes, de uma intimação.

Citação, intimação e notificação são espécies de um mesmo gênero: comunicação de atos processuais. A doutrina processual civil classifica-as de maneira não perfeitamente coincidente com a classificação da doutrina processual penal. Na prática forense, é comum constatar-se confusão entre as espécies, muitas vezes utilizadas indistintamente. Em homenagem ao rigor científico e em manifestação sincera de apreço pelo devido processo legal, é imperativo que se uniformizem os tratamentos, independentemente do tipo de comunicação processual.

Cabe ao juiz, mais do que nunca, analisar o caso concreto com cautela para confirmar se houve ou não ocultação premeditada.

Por via reflexa, compete ao oficial de justiça especificar as diligências efetivadas, as informações colhidas, as circunstâncias encontradas, como forma de evidenciar ou não a ocultação.

Em caso afirmativo, cabível será a hora certa. Do contrário, por prudência, restará aplicável o procedimento editalício e eventual suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, até que o acusado apareça.

Qualquer decisão, num ou noutro sentido, deve ser motivada. Eis aqui outro requisito indispensável para a ampla defesa.

Referências bibliográficas

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 15. ed. São Paulo: Forense, 2016.