

Nadir Mazloum: Sobre a citação no processo penal

"O progresso é, por definição, aquilo que escapou à previsão das regras e regulamentações; está, pois, forçosamente fora do campo das atividades burocráticas"



Há uma famosa frase atribuída ao então ministro da

Desburocratização, Hélio Beltrão, usada para resumir a burocracia no Brasil: *"No Brasil, a certidão de óbito prova a ocorrência da morte com mais segurança do que o próprio cadáver"*. Realmente, a burocracia no Brasil pode atingir níveis de insuportabilidade. No entanto, ao meu ver, não é tanto a burocracia que incomoda. A *"burocracia não é"*, como dizia o economista austríaco Von Mises, *"em si mesma, boa ou má"* [2]. Ela é necessária na medida da sua utilidade para atingir certos fins a que o Estado se propõe atingir. O que causa prejuízos materiais e até morais ao país é a "burrocracia", ou seja, a burocracia burra, desprovida de finalidade a atingir, aquela que considera a forma, o procedimento, o ritual, um fim em si mesmo. Recentemente tivemos um exemplo tragicômico dessa "burrocracia" proporcionado pela Defensoria Pública no Processo Criminal nº 1526026-92.2019.8.26.0228, da 13ª Vara Criminal da Barra Funda (SP).

Nesse processo, o escrevente entrou em contato com uma das acusadas por telefone e, posteriormente, por e-mail, lhe informou a respeito da instauração da ação penal contra ela, da seguinte maneira:

"Boa tarde Sra. Ana Paula. Conforme nossa conversa, hoje, por telefone, estou lhe enviando cópia da Denúncia de processo judicial, em que a Sra. figura como ré, juntamente com outras pessoas informadas na Denúncia anexa. Peço, por gentileza, que a Sra. me confirme o recebimento e a ciência dos fatos imputados no documento e informe se irá constituir ou já constituiu Advogado para sua defesa, ou se prefere a atuação da Defensoria Pública, declarando que não possui condições de constitui advogado particular. Caso já tenha advogado, por favor, entre em contato com o mesmo para que o mesmo apresente sua defesa, tendo o prazo de dez dias para esse ato, e se possível nos informe o nome do mesmo e o nº da OAB" [3].

Ênfase ao fato de que a denúncia constava em anexo ao e-mail. A acusada então respondeu: "Ok. Recebi o email. Não tenho advogado como faço?" [4]. Em seguida, o escrevente lhe passou as instruções para contato com a Defensoria Pública [5]. Foi, então, dada vista à Defensoria Pública, que apresentou a petição suscitando a nulidade da citação por e-mail:

"De acordo com certidão de fl. 352 e documento de fls. 355/356, a acusada foi citada via e-mail, a despeito de qualquer previsão legal. Com efeito, esta forma de citação não encontra guarida no Código de Processo Penal, que, nos termos dos artigos 351 e seguintes, exige que a citação inicial seja feita pessoalmente, por mandado" [6].

E, então, a defensora suscitou a nulidade da citação e requereu a citação pessoal da acusada por mandado: "Desta feita, requer-se a citação pessoal da acusada, nos termos dos artigos 351 e seguintes do Código de Processo Penal, sob pena de nulidade absoluta. Após, havendo requerimento da acusada pela atuação da Defensoria Pública, pugna-se pela abertura de vistas para apresentação de resposta à acusação". É preciso dar ênfase que a acusada já havia dito que não tinha advogado na citação por e-mail e que o escrevente lhe forneceu as instruções para ser defendida pela Defensoria Pública.

Pois bem. A juíza afastou a nulidade e determinou a intimação da Defensoria Pública para a resposta à acusação [7]. A Defensoria Pública apresentou a resposta à acusação, suscitando novamente a nulidade [8], e, ato contínuo, impetrou ordem de Habeas Corpus (nº 2210726-20.2020.8.26.0000), em que foi deferida a liminar para anular a citação [9]. A juíza, então, cumprindo a ordem do tribunal, determinou a citação pessoal, que foi realizada por carta precatória. Na carta precatória devolvida, a certidão do oficial de Justiça retornou positiva, com os seguintes dizeres:

"Certifico eu, Oficial de Justiça, que em cumprimento ao mandado nº 278.2020/018603-8, realizei diligências ao endereço constante, situado na Rua Cristiano Cordeiro, apto:43A, bloco: 19N, Jd. Odete, nesta cidade, e, ali, no dia 22/11/2020, citei a indiciada Ana Paula Brito de Souza, do inteiro teor do mandado, que após ouvir a leitura, de tudo bem ciente ficou, aceitou a contrafé que lhe ofereci e exarou sua nota de ciente. Ela disse que vai se utilizar da defensoria pública, por não ter condições de contratar um advogado, sendo que assinou espontaneamente o campo no mandado" [10].

Veja que a acusada disse pessoalmente ao oficial de Justiça exatamente a mesma coisa que já tinha dito ao escrevente por e-mail: não tenho advogado e quero ser defendida pela Defensoria Pública. A defensoria, então, apresentou a resposta à acusação, com uma lauda, dizendo:

"1) A Defensoria Pública passa a atuar na defesa da acusada; 2) A acusada provará sua inocência no curso do processo, através da utilização dos meios de prova admitidos pela legislação processual, dentre eles, pela oitiva de testemunhas, oferecimento de provas documentais, periciais e outras que se fizerem necessárias no decorrer da instrução; 3) Arrolam-se as mesmas testemunhas da acusação, protestando-se, desde já, por eventual substituição, caso necessário, uma vez que a Defensoria Pública não teve contato com a ré" [11].

Hélio Beltrão tinha razão. O que se verificou nesse processo por parte da Defensoria Pública e, *data maxima venia*, por parte do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao declarar a nulidade da citação, foi um absoluto desconhecimento da essência do princípio da instrumentalidade das formas. Se existe um momento da história da humanidade em que esse princípio precisa ser prestigiado e utilizado, esse momento é agora, com a revolução tecnológica que estamos vivendo. O que é esse esquecido e abandonado princípio da instrumentalidade das formas? Vejamos.

Cada ato processual tem a sua finalidade e função específicas: citação, intimação, denúncia, resposta à acusação. Em todos eles, existe o conteúdo e a forma, com explica Galdino Siqueira: "*Exteriorizando-se assim o direito e a ação por meio da forma, esta concorre, ou para constituir o ato, que o traduz, ou assegura, em sua espécie, ou para dar ao ato uma configuração peculiar. No primeiro caso a forma é intrínseca (ut species), no segundo é extrínseca (ut exemplar)*" [12]. Um exemplo: a forma intrínseca da denúncia é o que consta do artigo 41 do CPP (exposição do fato criminoso com a imputação dos fatos e do tipo penal, qualificação do acusado etc.); a forma extrínseca é a escrita, no procedimento comum, e permitida a forma oral no procedimento dos juizados. Da mesma forma, na citação, os requisitos intrínsecos estão no artigo 352 do CPP (nome do réu, o fim a que se destina a citação etc.); os requisitos extrínsecos são os do artigo 357: leitura do mandado ao acusado e entrega da contrafé. Os requisitos intrínsecos constituem a finalidade do ato: a ciência da acusação; os requisitos extrínsecos são a forma para se atingir aquela finalidade: a leitura do mandado e a entrega da contrafé.

Quando, então, o legislador estabelece a forma de um ato processual, ele escolheu aquela forma — de acordo com o conhecimento científico e tecnológico então vigente — porque entendeu que através daquela forma a finalidade (substância) será melhor assegurada. Assim, na citação, o legislador escolheu a citação por mandado, não por amor a essa forma, mas porque entendeu que, através dessa forma, irá atingir o resultado "ciência" de maneira segura e inequívoca. Em 1941, a única forma extrínseca disponível ao conhecimento do legislador para dar essa ciência ao acusado era através da presença física do oficial de Justiça, na porta da casa do acusado, cara a cara, lendo o mandado e lhe entregando a contrafé em papel. Esse ritual de o oficial de Justiça ir até a casa do acusado, ler o mandado e lhe entregar a contrafé tem valor *na medida em que ele proporciona essa ciência*. Nada mais. O ritual não possui um valor ou uma utilidade em si mesmo. É um meio para se atingir um fim (ciência). Se esse fim for atingido, a despeito da inobservância do ritual (forma) previsto em lei, não se declara a nulidade do ato.

Disso se conclui o seguinte: a forma extrínseca do ato pode ser relativizada, visto ser ela essencialmente instrumental, *ad probationem*. Ela não constitui a essência e finalidade do ato, mas apenas lhe dá a configuração exterior para lhe assegurar a realização e comprovação, numa relação de meio e fim. Nesse sentido, deve-se ouvir as lições de Galdino Siqueira: "*Esta distinção entre a forma extrínseca e a forma intrínseca, considerada esta ad instar da matéria segunda, conquanto não importa uma separação na existência dos atos e termos processuais hic et nunc, é uma distinção real: a forma extrínseca vem acrescentar-se ao fato constituído em sua espécie, dando-lhe, na manifestação sensível, formas acidentais, que podem ser diferentes, sem alterar-lhe a substância*" [13].

Insisto novamente com o exemplo da citação. A ciência que se dá ao réu da instauração da ação penal contra ele configura a substância do ato (forma intrínseca); o modo por meio do qual se chega a essa ciência é a forma extrínseca do ato. Na citação, a finalidade (forma intrínseca) é sempre e sempre dar a ciência ao réu da instauração da ação penal para que tome conhecimento da imputação que lhe é feita e venha se defender. Essa finalidade pode ser atingida por meios (formas extrínsecas) diferentes: pode ser via correio, via oficial de Justiça, por meios tecnológicos, como o WhatsApp ou e-mail. Ora, o conhecimento da imputação para que o réu venha se defender não pode ser atingida por e-mail? O escrevente não pode mandar uma cópia da denúncia em "PDF" ao acusado por e-mail e lhe informar a respeito da instauração da ação penal, para que contrate advogado e se defenda, como foi feito no caso citado? Não pode ser feito até mesmo por WhatsApp? Nesse contexto, a seguinte conclusão pode ser formulada: *a forma extrínseca pode variar, enquanto que a intrínseca é invariável*. Em todas essas formas extrínsecas variáveis da citação, a substância não varia: a ciência deve invariavelmente ocorrer, sem a qual o ato "citação" não existiu. Em outras palavras: o ato "citação" *pode existir com qualquer uma das formas extrínsecas* (oficial de justiça, e-mail, WhatsApp), *mas não pode existir sem a sua forma intrínseca* (ciência de toda a acusação ao réu para vir se defender). Se o réu nunca tomou "ciência" da ação penal instaurada contra ele, jamais houve o ato processual "citação". E não houve citação porque não houve ciência, e não porque não houve ciência "por oficial de Justiça".

Vê-se, assim, que é fundamental entender que *a aplicação da instrumentalidade das formas incide na forma extrínseca*, mas jamais na forma intrínseca do ato, que deve ser sempre a mesma em todos os casos. O que pode variar, insista-se, é a forma exterior de se concretizar o ato, mas a sua substância deve existir. Em suma: *posso relativizar a forma como eu atinjo a ciência do réu sobre a ação que lhe é proposta, mas a relativização da ciência em si, aceitando-a em um caso e desprezando-a em outro, é algo inadmissível*.

Isso é instrumentalidade das formas: *é você relativizar a forma extrínseca preservando a forma intrínseca, o conteúdo, a finalidade*. Frederico Marques deixou bem explicado o modelo da instrumentalidade das formas: *"Complementando a regra da legalidade das formas processuais, surge o princípio da instrumentalidade das formas: na apreciação da validade do ato processual, a verificação de ter ele atingido sua finalidade prevalece sobre a simples inobservância das regras formais. O aspecto ritual do ato cede passo, portanto, ao seu sentido teleológico; o respectivo modus faciendi à sua causa finalis, e a sua configuração procedimental ao objetivo processual"* [14]. Carnelutti, da mesma forma, procurou ressaltar a instrumentalidade dos requisitos dos atos processuais: *"Em termos gerais, visto que a prescrição dos requisitos do ato tem um caráter instrumental visando à sua justiça, é óbvio que enquanto de um ato perfeito se pode utilmente discutir a justiça, se o ato é justo não convém, pelo contrário, discutir sua perfeição, ou, em geral, sua eficácia, e a este respeito resplandece a verdade evangélica segundo a qual o homem não foi feito para o sábado, mas o sábado para o homem; a quem conduz sofisticar quanto aos requisitos de um ato se este, não obstante algum vício, alcançou sua finalidade?"* [15].

No processo citado, a renovação do ato não produziu finalidade alguma: a acusada disse a mesma coisa ao oficial de Justiça que já tinha dito por e-mail. Tanto que o resultado foi o mesmo: a atuação pela Defensoria Pública. Na primeira oportunidade que a defensora teve vista dos autos, ela já não poderia ter apresentado aquela resposta à acusação que foi apresentada depois da inútil renovação da citação? O caso em tela demonstrou um verdadeiro fetiche pela forma, o ritual pelo ritual, desprovido de utilidade.

Se a Justiça quiser atingir a tão almejada celeridade, será fundamental para o êxito dessa empreitada que o princípio da instrumentalidade das formas seja compreendido e prestigiado por todos aqueles que participam do processo. A tecnologia já é e sempre será um grande aliado da Justiça, e essa auxílio não se resume ao mero processo eletrônico. Todos os atos processuais, desde que respeitada a finalidade e não gerando prejuízo às partes e às garantias do processo, podem e devem ser praticados por meios eletrônicos. Suscitar a nulidade de um ato que, a despeito de não ter observado a forma prevista em lei, atingiu plena e eficazmente a sua finalidade de maneira segura e inequívoca e não produziu prejuízo algum, é incidir no despropósito de considerar a forma um fim em si mesmo. As formas não precisam estar previstas em lei: a dinâmica da vida e o progresso tecnológico superam a sapiência do legislador. A instrumentalidade das formas é o princípio que permite compatibilizar o texto frio da lei com a realidade, dando instrumentos mais eficazes à justiça para cumprir o seu papel. É uma pena que um princípio tão importante seja tão desprezado e esquecido no meio forense.

[1] VON MISES, Ludwig. Burocracia, Trad. Raul Martins, Vide Editorial, 2018, p. 87.

[2] VON MISES, Ludwig. Op. cit., p. 59.

[3] Fls. 353 do processo. (sem destaque em itálico no original).

[4] Fls. 355.

[5] Fls. 367.

[6] Fls. 374/376.

[7] Fls. 384/385.

[8] Fls. 389/392.

[9] Fls. 405.

[10] Fls. 433. (sem destaque em itálico no original)

[11] Fls. 438.

[12] SIQUEIRA, Galdino. Curso de Processo Criminal, Editora Livraria Magalhães, 2ª Edição, 1930, p. 87.

[13] SIQUEIRA, Galdino. Op. cit., p. 93.

[14] MARQUES, José Frederico. Estudos de Direito Processual Penal, Editora Forense, 1ª Edição, 1960, Rio de Janeiro, p. 257.

[15] CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre o processo penal, Vol. 3, Trad. Francisco José Galvão Bruno, Editora Bookseller, 2004, p. 213. (sem destaque em itálico no original).

Date Created

14/05/2021