**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS**

**Programa de Pós- Graduação em Direito Processual**

**I E C**

**CITAÇÃO POR EDITAL NO PROCEDIMENTO PENAL**

**Roney Araújo Pereira**

**SERRO**

**2010**

**Roney Araújo Pereira**

**CITAÇÃO POR EDITAL NO PROCEDIMENTO PENAL**

Monografia apresentada ao programa de Pós -Graduação em Direito Processual da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual.

Orientador: Doutor José da Assis Santiago Neto.

**SERRO**

**2010**

Roney Araújo Pereira

**Citação Por Edital no Procedimento Penal**

Monografia apresentada ao curso de Pós –Graduação em Direito Processual do IEC da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Prof. Dr. José da Assis Santiago Neto ( Orientador) – PUC Minas

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Professor Examinador

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

Professor Examinador

Serro, 30 de Abril de 2010.

**AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por ter me iluminado o caminho e concedido forças e disposição para apesar das dificuldades lutar pelo meu objetivo.

A toda a minha família, que me possibilitaram a construção deste trabalho.

A Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/ Serro, que através de todos seus funcionários e professores, contribuíram para conclusão deste curso de Pós-Graduação.

Ao meu orientador, José da Assis Santiago Neto, que com toda sua paciência me mostrou um lado que eu não conhecia no Direito.

**RESUMO**

Esta monografia realizou um estudo sobre o a Citação Por Edital no Procedimento Penal. Seu objetivo foi demonstrar sua inconstitucionalidade dentro do atual conceito de Processo.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, passamos ter o Processo como uma Instituição Constitucionalizada, servindo de princípio fundamental para todos os outros procedimentos, sejam eles: Penais, Cíveis ou Trabalhistas.

O Processo passa a garantir o contraditório, a ampla defesa e a isonomia entre as partes, para que possa ser concretizado o Devido Processo Legal, com todas as garantias processuais a ele inerentes.

Desta forma, realizamos um estudo sobre os diferentes conceitos de Estado, das teorias que conceituam o Processo. Em seguida analisamos a Lide Penal, Citação Por Edital, sob luz da Teoria Neo-Institucionalista do Professor Rosemiro Pereira Leal, em face aos objetivos do Estado de garantia da ordem pública, e celeridade processual.

**Palavras-chaves:** Citação Por Edital; Contraditório; Ampla Defesa; Isonomia.

1. **INTRODUÇÃO**

O Processo no Estado Democrático de Direito vem sendo construído de forma não ser “utilizado” como instrumento da Jurisdição. Passa a ser uma Instituição Constitucionalizada e garantidora dos direitos ao contraditório, ampla defesa e da isonomia.

O Procedimento Penal lida com algo precioso do ser humano que é sua liberdade, por este motivo, tem que garantir os Direitos inerentes ao Procedimento insculpidos na Constituição. Desta forma, passamos a verificar o momento em que o réu é chamado ao Processo, por meio da citação válida.

A divergência doutrinária sobre a aplicação dos prazos de interrupção e suspensão do Processo, quando o réu não é encontrado, visto que sua aplicação seqüencial não beneficia o réu. Tudo isso nos faz analisar sobre a inconstitucionalidade da citação por edital, pelo fato, do seu instituto não vir a concretizar o Devido Processo Legal a favor do acusado.

O Procedimento Penal, ou seja, a Ação Penal se inicia com o recebimento da denúncia ou queixa, mas a partir deste Procedimento o réu tem de ser citado para tomar conhecimento do feito e poder se defender. O objeto do nosso estudo é o artigo 363 do CPP que trata da citação por edital. Iremos verificar durante nosso trabalho a inconstitucionalidade deste dispositivo, e analisar se este pode ser aplicado no Procedimento Penal.

Iniciaremos nossos estudos a partir dos conceitos de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito e das principais teorias que definem a Relação Processual, a fim, de entendermos a formação do Processo, bem como as finalidades do Estado, para em seguida analisarmos a Citação Por Edital no Procedimento Penal a luz de seus institutos inerentes.

**CAPÍTULO I**

**1. AS EVOLUÇÕES DOS CONCEITOS DE ESTADOS**

Dentro de uma perspectiva histórica, podemos observar que desde os primórdios da civilização nos deparamos com um conceito de autoridade predominante dentro do poder. Época esta em que o direito penal demonstrou sua face mais cruel, com penas corporais e execuções em público sem qualquer humanidade. Avançando no conceito de poder do Estado, no período da idade média, tivemos o advento do iluminismo, época que o homem passa a se desmistificar, e o direito passa a não mais obedecer uma ordem divina e sim a razão humana por meio das leis positivadas e codificadas.

Tivemos então o advento da humanização das penas a partir Cesare Baccarria, no final do século XVIII, com sua obra “Dos Delitos e Das Penas”, critica as atrocidades dos sistemas penais existentes, principalmente em virtude da presença da tortura e da pena de morte, inicia-se a etapa da justiça penal jurídica, evolução esta significativa para o direito penal, mas apesar do direito buscar novos horizontes de humanização, o estado continuou a sua busca pelo poder e por suas finalidades, isto é, promover o bem comum da sociedade, mais ainda dentro de uma concepção absolutista, em que o poder se concentrava todo nas mãos de uma classe dominante a burguesia.

Assim, assevera Cesare Baccarria

À proporção em que as penas forem mais suaves, quando as prisões deixarem de ser a horrível mansão do desespero e da fome, quando a piedade e a humanidade adentrarem as celas , quando, finalmente, os executores implacáveis dos rigores da justiça abrirem os corações à compaixão, as leis poderão satisfazer-se com provas mais fracas para pedirem a prisão. A prisão não poderia deixar qualquer pecha de infâmia sobre o acusado , que teve juridicamente reconhecida a sua inocência. Entre os Romanos, quantos cidadãos que nós vemos acusados, anteriormente de crimes bárbaros, e em seguida reconhecidos inocentes, receberam do amor do povo os primeiros cargos públicos? Porque razão, em nossos dias é tão diversa a sorte de um inocente preso? A razão está em que o sistema atual da jurisprudência criminal apresenta aos nossos espíritos a idéia da força e do poder, em vez de justiça. (BECCARIA, 2000, p. 21-22).

Tivemos a humanização das penas, impulsionada por Beccaria, que propõe um modelo de punição que não seja mais a punição corporal.

Adilson de Oliveira Nascimento, assim assevera:

Frente ao esgaçamento provocado pelo absolutismo no tecido social, surge o movimento iluminista, o qual, por obra de concepções contratualistas que deram origem a sociedade, determina o sepultamento do dogma absolutista. Sendo assim, o poder é destituído de sua origem divina, e passa a ser visto como vontade dos indivíduos, que se organizam em sociedade, e criam o estado, conforme enfatiza Souza. (NASCIMENTO 2004.p. 21)

Desta forma, a partir de uma concepção contratualista, ao qual o Estado tem que promover a proteção de todos, como forma de retribuição por impostos pagos para manter este mesmo Estado, vão surgindo paradigmas, ou seja, ideologias de atuação Estatal dentro das suas finalidades, que colocam os Estados a adotarem determinadas políticas e conceitos dentro de determinadas épocas da nossa sociedade.

A atuação Estatal se volta à proteção do indivíduo, mas como dito antes em diferentes concepções dentro do tempo e do espaço como veremos a seguir. Para entendermos, passaremos a descrever a evolução dos modelos de Estados, analisando a influencia deles dentro de cada sociedade da época.

* 1. **O Estado Liberal de Direito**

Como dito anteriormente o Estado Liberal de Direito nasce em oposição a uma ordem absolutista até então dominante. Para NASCIMENTO, ( 2004.p.22), “se antes a centralização do poder estava na figura do Rei, agora, o comando desloca-se para os cidadãos, que elegem representantes para manejá-lo”.

O Estado Liberal de Direito tem algumas características voltadas para elaboração e estruturação do poder Estatal.

Assim Assevera Adilson de Oliveira Nascimento:

Cabe ao poder legislativo a elaboração das leis, fonte primordial do Direito, obedecendo às limitações Constitucionais; ao Poder Judiciário, dirimir conflitos, quando provocado, através do procedimento devido, aplicando o direito material de modo estrito, por processos lógico-dedutivos, buscando o sentido literal da lei; e ao Poder Executivo, implementar o Direito, garantindo certeza e segurança jurídicas e sociais. (NASCIMENTO. 2004. P.24)

Assim o Estado passa a ter limite diante dos direitos individuais, a partir do rompimento com o regime absolutista o objetivo é transformar os súditos em cidadãos. O Estado passa então a ter uma atuação negativa, ou seja, não interferir na vida privada da sociedade as liberdades individuais são completamente privilegiada. Para NASCIMENTO, (2004.p.22), “o fundamental, neste regime político, é que o individuo seja livre para agir e realizar suas opções fundamentais”.

Para Adilson de Oliveira Nascimento:

Desta forma, o Estado Liberal de Direito consegue romper com o antigo regime, ao transformar o súdito subserviente em cidadão. O estado passa a ter limites em face dos diretos individuais. Todavia se tais paradigmas representaram visível evolução em relação á forma de sociedade até então adotada, eles se revelaram ineficazes para solução da desigualdade social. Isto porque, a concepção liberal-individualista-burguesa excluía a maior parcela da população, que gozava de igualdade formal, e não de igualdade material, esta ultima, inatingível para os menos favorecidos submetidos ás normas do livre mercado e abstencionismo estatal, que os impossibilitava de vencer a força inercial social-classista a que estavam submetidos. (NASCIMENTO. 2004. P.25)

Com este paradigma de Estado a sociedade não tinha como se manter em harmonia, razão pela qual aparece então o Estado Social de Direito. Para NASCIMENTO, (2004. P. 26), “A idéia de Estado Social de Direito surge após a primeira guerra mundial, sendo considerados marcos fundantes, a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição da República de Weimar ( 1919)”. E importante uma análise breve deste paradigma de Estado para entendermos com mais clareza quais as suas finalidades dentro do Processo Penal, bem como a citação do acusado, notadamente por edital que será objeto de estudo mais a frente.

* 1. **O Estado Social de Direito**

Sob este paradigma de Estado temos então o Bem Estar Social, a sociedade é vista como um todo, o Estado que antes se abstinha, agora passa a se preocupar com a massificação de suas atividades. Desta forma surgem características próprias deste modelo de Estado

Para Adilson de Oliveira Nascimento:

O Estado do Bem-Estar-Social, alem de reconhecer os direitos sociais ( trabalhistas e previdenciários), passa a se preocupar como s direitos coletivos ( consumidor, criança e adolescente,meio ambiente, patrimônio publico e cultural, dentre outros).” (NASCIMENTO. 2004. P.28).

A atividade Jurisdicional passa a aplicar a pena com o objetivo de alcançar as finalidades do Estado, ou seja, a proteção da sociedade, o crime é visto como algo que pode corromper a ordem social e desestabilizar a sociedade. O ideal punitivo passa a ser então implacável. Para NASCIMENTO, ( 2004.p.27) “ O judiciário aplica o direito material vigente de modo construtivo, buscando o sentido teleológico do ordenamento jurídico”.

Temos uma função paternalista do Estado, um senso de justiça comum com a bandeira do Bem Estar Social, como dito anteriormente a ordem tem que ser buscada a qualquer custo, pois esta não pode ser corrompida. A punição é algo para quem deturpa a ordem jurídica então vigente e coloca em risco a sociedade.

Para André Cordeiro Leal:

Isso levou, no patamar jurisdicional, ao entendimento de que ao juiz, representando um estado preocupado com o bem-estar coletivo, caberia impor seu conhecimento e senso de justiça para corrigir as agruras dos desequilíbrio sociais, ainda que tal implicasse inobservância de textos legais. (LEAL André Cordeiro, 2002.P.28)

Quando falamos em violação de textos legais, podemos entender como a violação das garantias processuais, ou seja, o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. A aplicação do direito material acaba sendo feita sem a observância de normas processuais de garantias individuais.

Assim assevera André Cordeiro Leal:

Segundo Habermas, ambas as concepções fornecem elementos importantes á dilucidação da importância da Constituição e do Estado nas sociedades políticas atuais. Nenhuma delas, isoladamente, porém, alcança êxito em oferecer respostas satisfatórias do enfrentamento de problemas ligados á operacionalidade de suas concepções, em face da legitimidade do direito. (LEAL 2002.P.29)

Seria importante um novo modelo Estatal que viesse então a concretizar normas processuais de garantias individuais. Garantias estas concretizadas a partir da Constituição Federal de 1988, que foi o marco do rompimento entre o Estado Social e Democrático de Direito.

* 1. **Estado Democrático de Direito**

O Estado Democrático de Direito, tem a principal característica de propor a concretizar os direitos e liberdades individuais, os direitos sociais, difusos e coletivos, através da participação do cidadão nas decisões e na elaboração das leis, por meio do agir comunicativo. Para HABERMAS, ( 2003. P. 190) , “ Os direitos de participação política remetem à institucionalização jurídicas de uma formação pública da opinião da vontade, a qual culmina em resoluções sobre leis e política”.

Para André cordeiro Leal:

É exatamente esse paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito ( o qual foi adotado pela Constituição brasileira de 1988, em seus art. 1º, caput,5º LV, e 93,IX) que vem servindo de apoio ao desenvolvimento das teorias do processo desconectadas do Estado social e da retrocarga que pende sobre a figura idealizada de um julgador magnânimo, só acolhível em sociedades não seculares. (LEAL André Cordeiro 2002.p. 21)

Desta forma, o processo passa a ser uma Instituição Constitucionalizada, não mais instrumento da jurisdição para cumprir a finalidades do Estado. O processo passa assegurar os direitos e garantias individuais. Dentro desta visão, não é mais admissível processualmente falarmos em finalidades do Estado dentro do Processo. As finalidades agora são de garantias de existência e legitimidade.

As partes agora constroem a relação baseada na legitimidade e legalidade, ou seja, vão participar do processo porque são destinatário final da sentença, a fim, de legitimar as decisões. Para HABERMAS, ( 2003.p. 194) “ A simples legislação também tem que ser vista como concretização de um sistemas de direitos que se configurou numa Constituição”.

Avançando em nossos estudos passaremos a analisar as diferentes concepções de Processo definidas em algumas teorias, para adiante entrarmos especificamente na citação por edital do acusado. Assim como, buscamos entender as finalidades do Estado dentro de seus paradigmas, analisaremos as relações processuais dentro das Teorias do Processo.

**CAPÍTULO I I**

1. **TEORIAS DO PROCESSO**

O Processo como disciplina autônoma surge em 1868 com Büllow, a partir de então tivemos maior participação do cidadão na construção do seu provimento. O cidadão tem o direito de participar e fiscalizar as decisões cujos efeitos irão sofrer, dentro dos diversos procedimentos sejam eles Cíveis ou Penais.

Hoje o Processo pode ser conceituado como uma instituição que irá permitir a participação e fiscalização das partes em seus atos procedimentais. No Estado Democrático de Direito não é mais instrumento da Jurisdição e sim instrumentador da mesma, regida pelo Processo

Assim Assevera O Professor Rosemiro Pereira Leal:

O processo. Como Instituição Constitucionalizada, deflui de uma comunidade política consciente de um projeto Constitucional arbitrado pela atividade legiferante e não por órgãos de representação integral de um povo ficticiamente considerado. ( LEAL Rosemiro Pereira, 2004.p. 95)

Algumas teorias surgiram para definir o que é Processo e alguns autores deram enorme contribuição para tal, como poderemos descrever a seguir as principais. Não iremos aprofundar muito em seu estudo, vez que o objetivo é relacionar suas principais idéias com os modelos de ideologia de Estatal.

* 1. **O Processo Privatístico : Contrato ou Quase-contrato**

O Processo era conhecido desde a época Romana como um acordo entre as partes, de acordo com essa teoria, o pretor apenas fazia cumprir os pactos e as partes se propunham a cumprir. Para NASCIMENTO, ( 2004. P. 41), “ as primeiras formulações acerca da natureza Jurídica do Processo estavam impregnadas de conceitos oriundos da Civilização Romana”. E, 1880 Porttier idealizou esta teoria, ela diz que o Processo é um contrato entre as partes.

Assim assevera Adilson de Oliveira Nascimento:

Por volta de 1850, Arnault de Guényvau e Savigny, observando que o processo não tinha natureza da contrato, defenderam que deveria ser então, um quase contrato, visto que a parte que ingressava em Juízo consentia com a decisão judicial, favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre autor e Juiz, independente da adesão espontânea do réu ao debate da lide. ( NASCIMENTO. 2004.p. 42)

As partes aceitavam a coerção do Juiz sem opor a ele e desta forma estava aberta, “as portas”, para a arbitrariedade, autoritarismo e decisões proferidas sem qualquer legitimidade do Direito, além do mais podemos identificar esta teoria como sendo do Estado Liberal, em que o contrato era lei entre as partes, e o Governo não interferia na iniciativa privada.

Savigny levou em consideração o Direito Frances da época, elaborando sua teoria e dizendo que o Processo era um quase-contrato, mas havia necessidade das partes comparecerem a um Juízo para discutirem a causa.

* 1. **Teoria do Processo Como Relação Jurídica**

Criada por Oskar Von Bullow em 1868, dizia que Processo não é contrato nem quase contrato, é uma relação Jurídica entre Juiz Autor e Réu. Esta teoria vem nos mostrar que a relação Processual somente se forma com a presença destas três pessoas. Se não há a presença do réu necessariamente não podemos falar em Processo e sim em Procedimento. São três os principais sujeitos da Relação Processual. Para CAPEZ, (2006.p.14) “São três os principais: Estado –Juiz, Autor e Réu ( lembre-se que o Juiz não é propriamente um sujeito do Processo, mas apenas órgão, cujo intermédio o Estado –Juiz exerce o seu dever poder, que é a função Jurisdicional)”.

Apesar da sua concepção autoritária e de colocar o Juiz em um patamar superior na relação Processual, o autor coloca o réu na situação de parte essencial.

Assim assevera Adilson de Oliveira Nascimento:

Inspirado em Bulgaro, para quem o processo seria ato de três personagens – Juiz, autor e Réu – Bulow estabeleceu pressupostos de constituição e desenvolvimento do processo por meio da relação entre tais atores, visto que, para a validade e legítima constituição do mesmo, deveriam aqueles cumprir o disposto em lei processual, remetendo o direito disputado a matéria de mérito. (NASCIMENTO. 2004. P. 430)

Ao analisarmos esta teoria podemos verificar que para que possa haver Processo, tem que haver uma relação entre Juiz, Autor e Réu, senão será Procedimento. A ausência do réu põe fim à relação Processual não existindo sequer Processo a ser julgado, enquanto não se restabeleça esta relação. Para LEAL ROSEMIRO ( 2004. P. 88), “ essa teoria que predomina, até hoje, na confecção dos Códigos e leis Processuais, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei e Libman”.

Esta teoria é do Estado Social de Direito, mas no Direito Brasileiro está em nossos Códigos, ainda encontramos finalidades de bem comum, que permeiam as decisões Jurídicas, bem como, toda uma política Governamental.

* 1. **O Processo Como Situação Jurídica**

Para NASCIMENTO ( 2004. P.50), “ utilizando um paralelo entre a guerra e o processo, Goldschmidt ensina que o vencedor da batalha desfruta de situações vantajosas pela simples conquista, tendo ou não direito anterior”. Esta teoria defende a aplicação do direito subjetivo, ou seja, material.

O Direito Material passaria ser aplicado como normas de julgamento, não de conduta do indivíduo. Ai se estabelece uma situação Jurídica entre as partes. Para NASCIMENTO (2004. P.51), “ logo, o fato ou ato Jurídico produzido pela norma determinaria a situação do sujeito no Processo, conferindo-lhe um complexo de direitos e deveres”. Desta forma, aparecem várias críticas a esta teoria, pelo fato do Direito Material, passar a fazer parte da atividade jurisdicional do Juiz.

Além do mais diz esta teoria que o Processo é uma situação jurídica de incerteza, de paz ou de guerra, não sabemos o que vem pela frente porque quem decide é o Juiz. Esta teoria apresenta um equívoco porque o Juiz pode decidir do jeito que ele quiser, própria do Estado Social.

* 1. **O Processo Como Instituição**

De acordo com esta teoria, o Processo passa ser visto como uma instituição, para NASCIMENTO ( 2004.p.53) , “ assim, a instituição se compõe de uma idéia objetiva, fora da vontade dos sujeitos a acima dela, e do conjunto de vontades que se vinculam àquela idéia”. Quando nos deparamos com tal conceito, nos deparamos com uma posição autoritária de Processo, que não se enquadraria no modelo nosso de Estado Democrático de Direito, pois nesse aspecto, o que interessa é a vontade da instituição jurídica e não das partes, nem do Devido Processo Legal.

Assim assevera Adilson de Oliveira Nascimento:

No direito Brasileiro, trata-se de uma teoria pouco estudada ( até pelas razões de Couture, e pela adoção, da grande maioria dos processualistas, da idéia do processo como relação jurídica), mas que deve ser aqui citada, em face de ter rompido com a idéia de relação jurídica processual, embora identificasse a instituição do processo em conceitos extrajurídicos. ( NASCIMENTO. 2004. P. 53)

Criada por Jaime Iguaspe, esta teoria também é do Estado Social, ela disse que o Processo deve reproduzir os aspectos da sociedade, não se afastou muito da Relação Jurídica. Para avançarmos mais em nossos estudos, iremos descrever a teoria que trouxe enorme contribuição ao Processo, idealizada por Elio Fazzalari.

* 1. **Teoria do Processo Como Procedimento em Contraditório**

Em 1978 Elio Fazzalari criou a teoria que também pode ser chamada de estruturalista. Ela disse que temos que estudar o Processo a partir de uma perspectiva não teológica, estudar-lo sem verificar as finalidades do Estado. Ele desenvolve sua teoria no qual ele chama de procedimento. Ele disse que é uma estrutura técnica de atos processuais, e seqüenciais segundo um modelo legal. Para Fazzalari quando o procedimento se realiza em contraditório ai é Processo. Para LEAL, André Cordeiro, ( 2002.P. 84) o Processo adquire assim, portanto, contornos de uma espécie do gênero procedimento, que possui uma importante característica autorizativa de uma classificação destacada: o contraditório”.

Esta teoria traz um enorme avanço para o Processo, agora as partes não estão sujeitas ás arbitrariedades do Juiz, tem que ter a participação. É obvio que para esta ser exercida tem que haver a citação. Para LEAL, Andre Cordeiro, (2002. P. 87) “o processo constitucionalizado traz em si princípios que não devem ser desconsiderados se se tem em mente a legitimação democrática das decisões judiciais”. Esta teoria define muito bem o que é Procedimento, mas não define o conceito de Processo, é uma teoria do Estado Social.

**2.6 Processo Como Modelo Constitucional**

Andolina e Vignera em 1990 trazem uma evolução no conceito da teoria de Fazzalari, para esta teoria o Processo é uma Instituição Constitucionalizada.

A Constituição traça um modelo de Processual, ela apresenta direitos que se seguidos trariam um modelo a ser observado. Dizer que processo é procedimento em contraditório é pouco, ele tem que ter isonomia e participação, os dois avançam Fazzalari.

Assim assevera José Alfredo de Oliveira Baracho:

Dentro do processo Constitucional evidenciam-se aspectos da dogmática e da teoria jurídica dos Direitos Fundamentais. Referindo-se a Constituições contemporâneas, a doutrina menciona a vontade garantista dos Constituintes, com o destaque dado ao tema dos direitos e liberdades públicas fundamentais, como amplo elenco de controle e garantias que asseguram a eficácia destes direitos. ( BARACHO. 1999.p.126)

O grande avanço que trouxe foi colocar o contraditório como parte da construção e não parte do Processo. No final irá prevalecer um modelo processual que se estrutura como direito público entre Juiz, Autor e Réu. Esta teoria acaba sendo inadequada, a situação jurídica insiste, continua sendo instrumento do Juiz. A teoria avança com o processo como modelo constitucional, mais ainda como instrumento da jurisdição, com base no Estado Social.

Para André cordeiro Leal:

O contraditório deixa de ser mero atributo do processo e passa à condição de princípio ( norma) determinativo de sua própria inserção na estrutura de todos os procedimento preparatórios dos atos jurisdicionais. ( LEAL. 2002. P. 88)

A partir dos conceitos acima expostos podemos então pensar avançar mais as teorias das relações processuais, com a teoria Neo-Institucionalista, do Professor Rosemiro Pereira Leal.

**2.7 Teoria Neo-Institucionalista**

Teoria de 1999 do professor Rosemiro Pereira Leal, disse que o Processo é uma Instituição Constitucionalizada, que se define pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia, que devem reger todos os procedimentos sejam eles constitucionais ou infra-constitucionais.

A teoria Neo- Institucionalista vincula o Processo e as decisões Judiciais ao Estado Democrático de Direito, mais vai além, quando critica a observância “cega”, à jurisprudência. O direito não tem por base somente decisões Judiciais, é uma construção da doutrina, bem como, de outras fontes do direito, e cada vez mais, a Jurisprudência e o entendimento dos Juízes sobre o Direito, vão prevalecendo nos Tribunais.

Assim assevera André Cordeiro Leal:

A concepção proposta, portanto, aproxima-se mais da idéia de processo como modelo, como feito por Andolina e Vignera, mas ultrapassa-a na medida em que já conecta o processo à própria legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático. ( LEAL.André Cordeiro. 2002.p. 89)

A legitimidade da decisão Judicial tem que estar de acordo com todo o Processo Constitucional, não admitindo a utilização de qualquer norma inconstitucional na construção do provimento. As finalidades do Estado e a discricionariedade do Juiz, não podem mais pairar sobre o ordenamento jurídico.

Assim Assevera o Professor Rosemiro Pereira Leal:

O que distingue a teoria neo-institucionalista do processo que estamos a desenvolver das teorias constitucionalistas que entendem o processo como modelo construído no arcabouço constitucional pelo diálogo de especialistas ( numa Assembléia ou congresso Constituinte representativo do povo estatal) é a proposta de uma teoria da Constituição egressa de um espaço processualizado em que o povo total da comunidade política é, por direito-de-ação coextenso ao procedimento, a causalidade dos princípios e regras de criação, alteração e aplicação de direitos. ( LEAL, Rosemiro Pereira. 2004. P. 95).

Temos desta forma que afastar a relação jurídica, o Processo nesta teoria não pode de maneira alguma decidir sozinho, nem impedir a atuação das partes em Juízo. Assim desta forma permitimos a cidadania, é a única teoria que serve ao Estado Democrático de Direito. Esta teoria completa a teoria do Habermas “Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade”, o Processo tem que ser observado em todos os Procedimentos.

**CAPÍTULO III**

1. **DIREITOS INDISPONÍVEIS E LIDE PENAL**

**3.1 Direitos Indisponíveis**

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 5º o rol de direitos e garantias fundamentais indisponíveis, que o cidadão tem garantido pela nova ordem constitucional. Diz o artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no pais a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, á igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes: ( CF/1988).

Ao interpretarmos o referido artigo da Constituição Federal, podemos identificar a liberdade como sendo direito indisponível garantido pela ordem Constitucional. Devendo o procedimento penal ter que observar todos os seus princípios e garantias no momento da aplicação da pena.

A Constituição também traz a forma do artigo 5º inc. LIII, que diz que ninguém será processado e julgado sem o devido Processo Legal. Esta norma vem garantir ao réu a sua participação na relação Procedimental, garantido pelos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

A violação destes princípios do Processo Constitucional macula toda ordem Jurídica Constitucional, bem como, ferem o princípio da presunção de inocência. Para SÁ ( 2009.p. 373) “ Pacelli observa que o postulado da presunção de inocência, além de impor ao Estado um determinado tratamento ao réu, possui nítido fundo probatório.” Provas estas exercidas pelo direito ao contraditório.

O Estado não pode em nome das suas finalidades de Bem Estar Social e proteção, punir o cidadão custe o que custar, pois a efetivação dos Diretos e garantias processuais vão além de um texto positivado. O Direito a liberdade é garantia Constitucional e como tal deve ser protegida contra o abuso do poder.

Para José Adércio Leite Sampaio:

Direitos Civis são aqueles que, mediante garantias mínimas de integridade física e moral, bem assim de correção procedimental nas relações judicantes entre os indivíduos e o Estado, asseguram uma esfera de autonomia individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da personalidade de cada um. ( SAMPAIO.2004. p.260).

Em seguida entraremos em nosso objeto de estudo que é a citação por edital prevista no artigo 361 do CPP, bem como o artigo 367 do CPP.

**3.2 A Lide Penal**

No Direito Processual temos a formação do Processo com a triangulação Juiz, Autor e Réu. Muito a doutrina discutiu sobre a existência desta formação. A grande importância é que não seria possível imaginar a ausência de algumas das partes envolvidas.

Há um pressuposto que somente com a presença das partes devidamente citadas e notificadas da acusação, poderão exercer suas defesas conforme estabelecido em lei, produzir provas e até mesmo contestar as provas produzidas. Quando falta, por exemplo, o réu, se quebra a triangulação processual, como falar da legitimidade do Processo desta forma? Para COUTINHO, ( 1989 .p 27) , “ a lide representa um passo adiante, para CARNELUTTI, do conflito de interesses anunciado. Por sinal, esse é, de fato, seu elemento de sustentação, seu pano de fundo”.

Desta forma o Procedimento Penal estaria vinculado a um conflito de interesses entre a pretensão punitiva Estatal e o status de liberdade do cidadão. O Processo Penal estaria legitimado pelo conflito entre as partes. Com esta idéia de relação Processual não há como se falar em ausência de uma das partes no Processo, nesse caso não haveria sua formação, conseqüentemente não seria instaurado.

Para Jacinto N. Miranda Coutinho:

A afirmação é do próprio autor; seria, em verdade, um elemento do processo. Chega, porém, a tal conclusão, considerando os elementos individualizados da lide: “ a) as partes; b) o bem; c) os interesses em contrastes, isto é, a situação que, respectivamente ao bem, qualquer das partes pretende”. ( COUTINHO. 1989. P. 36-37).

Nesse caso em que não fosse possível compor a lide Processual não haveria Processo, na esfera Judicial para COUTINHO, ( 1989.p. 410) , “ nesse caso segundo Carnelutti, ter-se-ia um Processo sem lide, de natureza meramente administrativa”.

Tal concepção foi combatida, pois não era concebível que não houvesse um Processo na esfera administrativa, devido ao interesse público, ou seja, as finalidades do Estado.

Assim Assevera Jacinto N. Miranda Coutinho:

De fato, anota CALAMANDREI que se contrapõe ao interesse do Estado à punição ( no processo penal) e à mudança jurídica ( no processo civil constitutivo) um outro interesse público referente á defesa da liberdade individual ( no processo penal) e à manutenção de certos estados ou relações jurídicas ( no processo civil constitutivo), o conflito entre tais interesses contrapostos é que será resolvido no processo, mesmo se tais interesses pareçam colidir”. ( COUTINHO. 1989.p.44).

Hoje em dia falamos em conflito de interesse público, em que o Estado independente de instaurado a Lide Penal Carneluttiana ou não, detêm o direito de punir.

Não poderia ser concebido um Processo conforme Carnelutti, pois a resistência do Estado e da doutrina era quanto ao fato de fazer valer a pretensão punitiva do Estatal. Desta forma o Processo não poderia ficar no esquecimento a espera do réu, ou ser julgado administrativamente, a finalidade mostra-se em julgar o caso, punir, custe o que custar.

E assim o legislador veio moldando formas de efetivar a relação Processual mesmo sem a ausência das partes.

Para Jacinto N. Miranda Coutinho:

A pretensão punitiva encontra, no direito de liberdade, a resistência necessária para qualificar um conflito como litígio, visto que, o Estado não pode fazer prevalecer, de plano, o seu interesse repressivo mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir a pretensão estatal, deverá fazê-lo, ( grifo nosso) pois o Estado também tutela e ampara o *jus libertatis* do indigitado autor do crime”. ( COUTINHO. 1984.p. 122).

Como dito anteriormente as finalidades do Estado do Bem Estar Social se materializam no Processo, o Estado Social se mostra presente, ou seja, a Jurisdição tem que cumprir seu papel. Atuar para que a sociedade siga uma ordem pré-estabelecida. Para COUTINHO ( 1989. P.130), “ agora, há um conflito de interesses, mas de interesses públicos, de alta relevância. Como tal, indisponíveis e, portanto, alheios por inteiro às vontades das partes”.

O Estado ainda mantém sua finalidade punitiva e utiliza o Processo como Instrumento da Jurisdição de aplicação da pena. A partir da Constituição Federal de 1988, que trouxe para o nosso ordenamento jurídico um rol de direitos e garantias fundamentais como por exemplo o pacto São José da Costa Rica de Direitos Humanos, é necessário fazer uma nova leitura das finalidades punitivas e da Relação Jurídica Processual.

A Teoria Neo-Institucionalista do Processo do Professor Rosemiro Pereira Leal, traz uma nova interpretação sobre as finalidades do Estado e a Relação Jurídica Processual. Agora o Processo não é instrumento da Jurisdição, é uma Instituição Constitucionalizada que vem garantir a concretização de Direitos e garantias individuais e de Princípios Processuais.

Passamos agora a fazer um estudo sobre a Citação por Edital no Procedimento Penal, a fim, de verificarmos se esta, e seus dispositivos efetivam as garantias Processuais de uma nova Ordem Constitucional.

**CAPÍTULO IV**

1. **CITAÇÃO NO PROCEDIMENTO PENAL**

Diz o artigo 351 do CPP, que a citação inicial far-se-á por mandado, quando o réu estiver no território sujeito à Jurisdição do Juiz que a houver ordenado.

Para RANGEL ( 2006.p.652), “ há duas espécies de citação no Processo Penal: a real e a ficta. A citação real chamada de pessoal, é a regra. Ou seja, é a feita pessoalmente ao réu, na sua própria pessoa.” Portanto o réu deverá ser citado pessoalmente para tomar ciência do Processo e poder apresentar a sua defesa.

Segundo RANGEL, ( 2006.p.652), “ a citação ficta ou presumida é a exceção e somente pode se dar quando o réu encontrar-se em lugar incerto e não sabido ou se ocultar para não ser citado, é a citação por edital”.

O artigo 361 do CPP descreve a citação por edital do acusado e respectivamente o artigo 319 do Código Civil diz que se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor. De acordo com o artigo do Código Civil os atos Processuais poderão ocorrer sem a presença do réu salvo exceção do artigo 320 Inciso. II, que diz que não se produzirá o efeito do artigo anterior se o litígio versar sobre direitos indisponíveis.

A parte que versa sobre direitos indisponíveis não foi trazida pelo Código de Processo Penal, trazendo apenas modelo semelhante ao artigo 319 do CPC, não observando o legislador que o direito a liberdade é indisponível, e a citação por edital afronta este tal garantia Constitucional.

* 1. **A Citação Por Edital**

A Citação Por Edital, está insculpida nos artigos 361 e 367 do Código de Processo Penal como podemos verificar abaixo:

Artigo 361 do CPP. “ se o réu não for encontrado será citado por edital, com o prazo de 15 dias”.

Artigo 367 do CPC. “ 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”. ( Código de Processo Penal)

São claras as disposições contidas no Código de Processo Penal, em relação à citação do réu, que se não for encontrado procederá à citação por edital.

Para Paulo Rangel

Em primeiro lugar, temos que afirmar que o instituto da revelia não foi revogado da ordem processual penal. O que se quer com o novel dispositivo ( art. 366 do CPP) , é impedir a impunidade e garantir ao acusado pleno conhecimento da acusação que lhe é feita. RANGEL ( 2006.p. 654)

O artigo 361 do CPP, fala do prazo de 15 dias, ou seja, se o réu não for encontrado para ser citado pessoalmente, será publicado um edital com o prazo para resposta de 15 dias. A partir daí estará sujeito ao artigo 367 do CPP, correndo os atos processuais sem a sua presença.

Sobre a citação também devemos observar a norma do artigo 365 do CPP que diz em seu parágrafo único:

Art. 365 do CPP parágrafo único:.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 consiste a pagina do jornal com a data da publicação. ( Código de Processo Penal)

Analisando o dispositivo verificamos que nas Comarcas onde não há Imprensa, não é obrigatório a divulgação nos meios de comunicação, devendo o edital ser afixado na porta do Juízo.

**4.2 Reforma da Lei 11. 719 de 20 de Junho de 2008 Referente à Citação**

Paulo Rangel, assim transcreveu o projeto de lei 4.207/01, que trata da reforma do Código de Processo Penal, e a nova redação do artigo 366 do CPP:

Art. 366. O processo terá completada sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa do acusado.

Parágrafo 1º. Não sendo encontrado o acusado, será procedida a citação por edital.

Parágrafo 2º. Não se aplicará o dispositivo do parágrafo 1º se o acusado furtar-se, de qualquer modo, a receber a citação; caso em que, certificada a ocorrência pelo oficial de justiça encarregado da diligencia, ela será efetuada em hora certa, na forma estabelecida nos artigos 227 a 229 do CPC.

Parágrafo 3º. Completada a citação por hora certa, se o acusado não comparecer, ser-lhe-á nomeado defensor, passando a correr o prazo para oferecimento da defesa, na forma da lei.

Parágrafo 4º. Não comparecendo o acusado citado por edital, nem constituindo defensor:

1. Ficará suspenso o prazo do curso prescricional pelo correspondente ao da prescrição ( art. 109 do CP) ; decorrido este prazo, recomeçará a fluir o da prescrição;
2. O juiz, a requerimento do ministério público ou do querelante, ou de ofício, determinará antecipada a produção de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
3. O juiz poderá decretar a prisão preventiva do acusado, nos termos do disposto nos artigos 312 e 313.

Parágrafo 5º. As provas referidas no inciso II do parágrafo 4º serão produzidas com pré intimação do Ministério Público, do querelante e do defensor nomeado pelo juiz.

Parágrafo 6º. Comparecendo o acusado citado por edital, em qualquer tempo, o processo observará o disposto nos art. 394 e seguintes. ( RANGEL.2006. p.654/655)

A lei 11. 719 de 20 de Junho de 2008, trás o artigo 363 parágrafo 1º que diz que não sendo encontrado o réu, será citado por edital.

O caput do artigo 363 da lei 11. 719/2008, fala em formação da Relação Processual com a citação real do acusado. Em seguida temos o parágrafo primeiro que dispõe sobre a citação por edital, abrindo possibilidade para que o juiz viabilizando uma celeridade processual proceda à citação por edital.

A antecipação de provas fere o contraditório, como diz o parágrafo único do artigo 362 parágrafo único do CPP, o juiz poderá nomear um defensor dativo, mas como podemos falar em contraditório se o querelado não está presente. Podemos verificar que o defensor somente tomará conhecimento dos fatos narrados pela acusação.

A suspensão do processo é um dispositivo que vem proporcionar certa coerência quando não comparecer o réu citado por edital, visto que, se paralisa o processo. Para NASCIMENTO, ( 2004. P.105) “ o advento da lei nº. 9.271/1996, modificou o tratamento do réu citado editaliciamente, vem sendo saudado pela maioria dos juristas como um avanço processual”.

Ao analisarmos a nova redação do artigo 363 parágrafo I, da lei nº. 11. 719 de 20 de Junho de 2008 verifica-se que quando o réu ficar sabendo da existência de um processo somente dez anos depois, todos os seus meios de defesa poderão não mais existir . Ai perguntamos: como ficam as provas já produzidas antecipadamente, sem o crivo do contraditório do réu?

Para José Alfredo de Oliveira Baracho:

Algumas regras são básicas para a compreensão de pontos essenciais à tutela Constitucional do Processo: a correta citação (*audiatur altera pars*), sendo que a falta da citação, nos casos concretos, gera nulidade; a inconstitucionalidade por falta do respeito aos prazos; a inconstitucionalidade por sonegação do direito a audiência ou de ser ouvido; a inconstitucionalidade por privação de provas, para correção de erros de procedimento; a inconstitucionalidade por supressão ou provação de recursos; a inconstitucionalidade por falta de idoneidade do Juiz, pelo que é garantia fundamental a existência de tribunal competente e imparcial que não viole a garantia do *due processo of Law* (Couture, 1997, p.148 et seq.: Zagrebelshy, 1987; Abbamonte, 1957; Romboli, 1993). (BARACHO. 1999. P. 90)

Desta forma não há como o réu exercer todos os seus Direitos Processuais e garantias Constitucionais, sendo citado por edital, e não comparecendo em Juízo para os atos Processuais.

Segundo Assevera Paulo Rangel:

O legislador não diz quais as infrações penais será aplicada a suspensão, não podendo o interprete substituí-lo. Portanto, em toda a infração penal ( crime ou contravenção), se houver citação editalícia e não houver comparecimento do acusado, nem for constituído advogado, haverá suspensão do processo e do curso do prazo prescricional. (RANGEL. 2006.p 655)

Desta forma há uma suspensão processual e deveram ser produzidas apenas as provas consideradas urgentes para o esclarecimento dos fatos.

1. **PROVAS URGENTES**

Dentro do Processo Penal existem provas consideradas urgentes, que se não produzidas podem perecer.

Para Adilson de Oliveira Nascimento:

No tocante à produção Antecipada de provas, logo surgiu a discussão acerca da sua obrigatoriedade, em sendo ausente o citado por edital, visto que toda prova corre o risco de se extinguir pelo decurso do tempo, ou se subordinaria à colheita somente em casos de considerada urgência. ( NASCIMENTO 2004.p.122)

A prova testemunhal devido ao lapso de tempo pode afetar a memória das testemunhas, proporcionando que estas não lembrem mais do fato e de seus detalhes, sendo estas consideradas umas das provas urgentes.

Assim Assevera Adilson de Oliveira Nascimento:

Acerca da prova testemunhal, uma primeira corrente a aceita no caso do artigo 225 do CPP, não admitindo a antecipação imotivada, por ser comum a mudança de endereço da testemunha, ou sua morte, pois, despicienda seria a palavra urgentes empregada no texto. ( NASCIMENTO. 2004.p.122).

Assim serão produzidas provas da acusação, e fica difícil imaginar o contraditório apenas com o defensor presente, sem a presença do réu. O risco de perecimento das provas será por parte da defesa.

Assim Assevera Paulo Rangel:

O principio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade processual e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado aos autos. ( RANGEL. 2006.p. 386).

Portanto para que possa haver um equilíbrio na relação Processual bem como a observância do contraditório, as provas devem ser produzidas com isonomia para ambas as partes, posição esta que não é unânime na doutrina.

Para Adilson de Oliveira Nascimento:

Por sua vez, Chult acredita que se deva reservar a urgência para as demais provas, colhendo-se a prova testemunhal por inteiro. Mesmo as provas materiais ( pericial e documental) poderiam justificar a busca e apreensão pelo perigo de seu desaparecimento, assevera Fomes Filho, com exceção daquelas produzidas em sede administrativas e irrepetíveis, que seriam submetidas ao contraditório posterior pela elaboração de quesitos, conforme Trendinnick. ( NASCIMENTO . 2004.p. 126).

As provas desde que urgentes, como podemos verificar de acordo com o citado acima, após produzidas levarão o sistema da livre convicção do Juiz, ou seja, sistema da persuasão racional motivado, com as provas produzidas nos autos.

Portanto pela divergência na doutrina em relação à produção antecipada de provas é de questionar sobre a Constitucionalidade ou não da citação por edital dentro do Procedimento Penal, devido ser o réu prejudicado quanto ao contraditório.

1. **A SUSPENSÃO DO PROCESSO**

De acordo com o artigo 366 do CPP parágrafo IV inc. Ficará suspenso o prazo do curso prescricional pelo correspondente ao da prescrição ( art. 109 do CP) ; decorrido este prazo, recomeçará a fluir o da prescrição.

O dispositivo contido no artigo mostra claramente a punição Estatal pelo não comparecimento do réu ao Processo, o prazo de extinção da ação corre em dobro, ou seja, um procedimento que se extinguirá em dez anos agora só irá com vinte anos.

O Processo ficará suspenso pelo mesmo prazo da prescrição só depois começará a correr a mesma. Para o Estado não importa se dure a vida toda para o réu, o que interessa é o seus status punitivo, mesmo que este dure vinte anos, ai o Juiz pela persuasão racional das provas produzidas pela acusação nos autos acaba por condenar o acusado.

Assim Assevera Paulo Rangel:

Entendemos que o prazo máximo de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional deva ser o prazo estipulado pelo legislador para que haja a perda do direito de punir pela sua prescrição. Se o legislador exige um prazo para que um delito seja punido,nada mais justo que este prazo regule também a suspensão comentada. Do contrario, criaríamos a imprescritibilidade sem autorização constitucional ( cf.art. 5º, XLII c/c XLIV c/c art.53 parágrafo 2º todos da CRFB), pois, sempre que um crime é imprescritível ou tem seu prazo prescricional suspenso, o legislador Constitucional diz expressamente e, no caso de suspensão, estabelece prazo. ( RANGEL. 2006.p.657).

Podemos analisar que desta forma há duas normas regulando um mesmo prazo a norma Processual da suspensão e a norma material da prescrição. Não podendo ser computada as duas normas, devendo o prazo de extinção do Processo ser regulada apenas pelo prazo da prescrição do artigo 109 do CP. Para RANGEL, ( 2006.p. 658), “ o artigo 366 , caput, ao determinar a suspensão do curso do prazo prescricional, é mais gravoso para autor do fato e, portanto, trata-se de uma *novatio legis in pejus,* não podendo haver retroatividade”.

Assim Assevera André Cordeiro Leal:

A partir daí, a institucionalização do processo efetivada pela constituição de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via da atividade solidária do julgador. A justiça não é mais a do julgador,mas o povo ( fonte única do Direito) , que faz inserir em leis democraticamente elaboradas. (LEAL, André Cordeiro, 2004. p.102).

Portanto é inconcebível que no atual Paradigma do Estado Democrático de Direito, as finalidades do Bem Estar Social protegidas pelo Estado possa sobrepor todos os princípios Constitucionais Processuais de proteção e garantias individuais.

**CAPÍTULO V**

1. **PROPOSTA PARA SOLUÇÃO DO PROBLEMA**

O ordenamento jurídico tem que ser analisando e interpretado a partir de um todo em consonância com a Constituição e com o Devido Processo Legal, portanto ao falarmos em aplicabilidade do Direito, temos que analisarmos o ordenamento como um todo garantidor de Direitos, uma ideologia *circuncêntrica,* ou seja, cada Procedimento com suas normas específicas contribuindo para concretizar Direitos, mas todos conectados a um Processo.

Para HABERMAS, ( 2003. p.247), “A interpretação tem início em uma pré-compreensão valorativa que estabelece uma ralação preliminar entre normas e estado de coisas, abrindo o horizonte para ulteriores relacionamentos”.

Diante do atual Paradigma do Estado Democrático de Direito, a proposta é que não haja citação por edital. Não sendo citado o réu o processo deve ficar de imediato suspenso aguardando o prazo prescricional, não sendo recebida a denuncia ou queixa, até que este seja citado pessoalmente, para que possa exercer o direito ao contraditório.

Para Aroldo de Plínio Gonçalves:

O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘ interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. ( GONÇALVES, Aroldo de Plínio. 1993. P. 120) .

O Estado está tirando uma responsabilidade que é sua, de formar a relação processual, e transferindo para o cidadão, suprimindo seus Direitos, ainda mais quando a pessoa pode não saber da existência do Processo tramitando contra ela.

Portanto é responsabilidade do Estado encontrar o autor do fato e citá-lo devidamente, não o sendo feito, deverão ser produzidas as provas consideradas urgentes, mas, portanto, não poderá o Juiz receber a denúncia contra o suposto acusado, não pairando sobre o mesmo nenhuma acusação até que possa responder o chamado ao Processo.

Desta forma, teremos apenas instaurado a investigação processual na fase administrativa conforme Carnelutti, mas sem ser denunciado o réu, devendo o Estado proceder as diligencias necessárias a fim de encontrá-lo e citá-lo, caso contrário faltará um dos elementos constitutivos da ação as partes. Deverá o juiz rejeitar a denúncia ou queixa conforme estabelece o artigo 395 inc. II do Código de Processo Penal que diz:

Art. 395 do CPP: “ a denúncia ou queixa será rejeitada quando”:

Inc. II: “ faltar pressupostos processual ou condição para o exercício da ação penal”.

Portanto o próprio Código de Procedimento Penal no seu artigo 395 inc. II , fala que a denuncia ou queixa não poderá ser recebida quando faltar pressupostos processuais e eles são: as partes, a causa de pedir e o pedido. Além do mais o caput do artigo 363 da lei 11. 719 de 20 de Junho de 2008, fala em relação processual, ou seja, que o processo terá completada sua formação quando realizada a citação pessoal, ou com hora certa do acusado, portanto é norma mais benéfica. O próprio Código de Processo Penal traz os dispositivos pertinentes às garantias processuais, mais o legislador pátrio vem buscando formas de inserir artigos e incisos na legislação que visam apenas à celeridade Processual e violação dos princípios Constitucionais, bem como das próprias garantias Processuais contidas no Código de Processo Penal.

Desta forma deve ser observada a norma contida no artigo 395 do CPP que trata da extinção do Processo, por ser norma mais benéfica do que a do artigo 361/365/366 do CPP, que se refere à citação por edital. Também o artigo 362 do CPP traz a citação por hora certa, que é o meio adequado que o legislador colocou a disposição da justiça para que procure o réu que se oculta em receber a citação.

A proposta é que seja observado o artigo 395 inc. II do CPP, e não recebida denuncia ou queixa contra o suspeito até que seja o mesmo devidamente citado. Ao contrário a citação editalícia é inconstitucional.

Esta proposta visa evitar que o cidadão não tenha durante vinte anos por exemplo uma espada sob sua cabeça, com a alegação de que se deve cumprir as finalidades do Estado de fazer cumprir as leis para a defesa da sociedade, a questão vai alem de uma finalidade.

Quando defendemos que sejam observadas leis mais benéficas ao réu e princípios Constitucionais, fazemos tal analise a partir do que seja toda uma concepção do Direito como Ciência Jurídica, não a partir de finalidades específicas. Para Ronand Dworkin, As pessoas possuem direitos que vão além das regras positivadas, as regras tem que se amoldarem aos casos concretos, visando sempre à proteção do bem jurídico em questão, que neste caso, é a liberdade e a presunção de inocência de uma pessoa. Para DWORKIN, ( 2003. P. 492), “ o Direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos” .

Portanto deve os juízes pensar o Direito como integridade, como ciência capaz de preservar as garantias individuais. Ao contrario estaremos em um contra-senso, ou seja, o Direito é construído a partir dos seus princípios e da sua ciência de aplicabilidade, visando concretizar da melhor forma o Devido Processo Legal, mas que na hora da sua aplicação no caso concreto, serve apenas para defender os interesses do Estado, massacrando o cidadão.

Assim assevera Ronand Dworkin:

A atitude do Direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, portanto, , uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o Direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter.

O Direito não pode cumprir finalidades específicas do Estado, este tem que ter estrutura suficientemente para agir e cumprir suas próprias finalidades. Desta forma, os operadores devem estar atentos na hora da sua aplicação, para não massacrar o cidadão em prol de uma política de conveniência.

**6 . CONCLUSÃO**

Concluímos que a citação por edital no Procedimento Penal é inconstitucional e fere os princípios norteadores do Processo, bem como, a presunção de inocência do réu. O legislador em prol de uma celeridade Processual, suprimir os diretos e garantias fundamentais dos indivíduos.

O Paradigma do Estado Social, bem como, as finalidades do Estado de manter a ordem custe o que custar, hoje tem que obedecer a uma nova ordem Constitucional. Agora o Processo não é mais instrumento da Jurisdição. Não é um instrumento do Juiz para fazer valer o autoritarismo e a discricionariedade.

A teoria Neo-Institucionalista do Professor Rosemiro Pereira Leal, trouxe avanço significativo à nova interpretação sobre as finalidades do Processo, bem como, a sua institucionalização, como garantidor de Direitos.

Não sendo o réu encontrado, o Juiz não deve receber a denuncia ou queixa, pois não se formou a relação Processual. Caso haja necessidade de produção de provas urgentes, deve estas ser produzidas, mas não recaindo sobre o suspeito qualquer indiciamento Processual, até que possa ser citado pessoalmente para apresentar suas armas defensivas.

Concluímos também que como vem sendo aplicada a suspensão processual há completa inconstitucionalidade, não se pode suspender o processo por um prazo igual ao da prescrição, para depois ser aplicada a prescrição. Desta forma, estará o réu com uma espada sobre sua cabeça indefinidamente, devido à incompetência do Estado em fazer cumprir a citação válida.

Desta forma, estaremos cada vez mais regredindo o nosso Direito as épocas do autoritarismo em que não havia observância das garantias Processuais. Cada vez mais o legislador tende a mudar a Lei Processual Penal, mais em detrimento apenas das finalidades do Estado e da celeridade. O que vem provocando violação do Direito material das pessoas e sujeitando as mesmas as grandes injustiças cometidas pelo Judiciário Brasileiro.

**REFERÊNCIAS**

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional.** Revista da Faculdade Mineira de Direito. V.2, n.3 e 4, Editora PUC MINAS. Belo Horizonte, 1998.

BECCARIA, Cesare**. Dos Delitos e das Penas.** EditoraHemus, Curitiba, 2000.

COUTINHO, Jacinto N. **A Lide e o Conteúdo do Processo Penal.** Editora Juruá Editora LTDA. 2ª Edição. Curitiba, 1989.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito. Editora Martins Fontes**. São Paulo, 2003.

GONÇALVES, Aroldo de Plínio. **Técnica Processual e teoria do Processo.** Rio de Janeiro. Ed. Aide, 1993.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade.** Rio de Janeiro. Ed. Tempo Brasileiro. 2ª Edição, 2003.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** Editora Mandamentos. Belo Horizonte, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo.** Editora Thomson-IOB. 5ª Edição . São Paulo, 2004.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da Citação Por Edital do Acusado**. Belo horizonte. Ed, Mandamentos Editora, 2004

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró- reitoria de graduação. Sistemas de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de Normalização:** normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2008. Disponível em <HTTP://www.pucminas.br/biblioteca/.Acesso> em 28/05/2009.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Editora Lumen Juris, 11ª Ed. Rio de Janeiro, 2006 .

SAMPAIO. José Adércio. **Direitos Fundamentais.** Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2004.