

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.145 RIO GRANDE DO SUL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Na interposição deste extraordinário, atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, foi protocolada no prazo legal. Conheço.

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 primeira surge indeclinável, considerado o artigo 8º, item 2, alínea “e”, do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual o réu possui “direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se [...] não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. Não assegurar ao acusado a defesa técnica mostra-se causa de nulidade absoluta do processo, consubstanciando prejuízo ínsito e insanável, conforme revela o Código de Processo Penal no artigo 564, inciso III, alínea “c”, combinado com o 572, cabeça, em sentido contrário, porquanto, ao anunciar os vícios sanáveis, não alude à ausência de defesa técnica. O Supremo possui entendimento sumulado nesse sentido, versando o verbete nº 523 que, “no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu”.

A autodefesa representa a garantia de defender-se pessoalmente e, portanto, de fazer-se presente no julgamento. O item 1 do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos preconiza que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente [...] por um tribunal competente, independente e imparcial”. O artigo 14, item 1, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, adotado pela Organização das Nações Unidas – ONU, reproduz o citado preceito, reforçando, na alínea “d” do item 3, o direito do acusado de “estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha”.

O Pleno do Supremo, na apreciação da questão de ordem no recurso

RE 635145 / RS

extraordinário nº 602.543, processado sob a sistemática da repercussão geral, em 19 de novembro de 2009, relator o ministro Cezar Peluso, com acórdão publicado em 26 de fevereiro de 2010, desproveu-o, reafirmando a jurisprudência consoante a qual, se houver pedido da defesa técnica, inexistente no caso, é assegurado ao réu, preso em localidade diversa daquela em que se realiza a instrução, por carta precatória, comparecer à audiência, devendo o juiz, sob pena de nulidade absoluta, providenciar o deslocamento. Naquela oportunidade assentei, vencido, na honrosa companhia do ministro Celso de Mello, ser impositiva a presença do réu na coleta da prova em Juízo, independentemente de tratar-se de carta precatória e de o defensor ter anuído à feitura do ato, ante a indisponibilidade da autodefesa, óptica que, hoje, vejo prevalecer, conforme revelado no julgamento, unânime, pela Segunda Turma, do *habeas corpus* nº 111.728, relatora a ministra Cármen Lúcia, em 19 de fevereiro de 2013, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 16 de agosto imediato.

O direito do réu de comparecimento à instrução sempre foi caro ao Tribunal, não destoando desse entendimento a possibilidade de, citado por hora certa, vir a ser processado e julgado à revelia.

O Código de Processo Penal, na redação originária, de 1941, dava ênfase à defesa técnica em relação à autodefesa. Frustrada a citação pessoal, procede-se por edital, com o prazo de 15 dias, de acordo com o artigo 361. O então artigo 362 reduzia o lapso para 5 se o réu deliberadamente tivesse se ocultado para não ser citado, seguindo o processo à revelia, nos termos do texto primitivo do artigo 366, assegurando o 263, cabeça, a nomeação de defensor, pois, nos moldes do 261, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

Mesmo sem ter o réu conhecimento da ação penal formalizada, o ordenamento processual penal admitia a sequência do processo e o julgamento à revelia, desde que garantida a defesa técnica.

A fim de potencializar a autodefesa, veio à balha a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, para, alterando a redação do artigo 366 do Código de

Processo Penal, inviabilizar o julgamento do acusado, à revelia, quando citado por edital, estabelecendo a suspensão do processo e, para evitar impunidade, a prescrição, até que apareça ou constitua patrono. Anoto que a indicação de advogado mostra-se ato revelador da ciência da ação penal, e a opção de não comparecer pessoalmente à instrução é consectário lógico do próprio exercício da autodefesa, conjugado à garantia à não autoincriminação, descrita nos artigos 8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica e 14, item 3, alínea “g”, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que tem no silêncio, contemplado no artigo 5º, inciso LXIII, do Diploma Maior, uma das mais importantes manifestações. Como o novo artigo 366 não distingue os casos de citação por edital, gerou-se, naquela época, discussão sobre a incidência, ou não, da suspensão em relação aos réus citados por edital, porque, propositalmente, esconderam-se, nos moldes do artigo 362, cujo texto permanecera inalterado.

A título de exemplo, surge pertinente o enfoque de Damásio Evangelista de Jesus:

[...] O novo princípio legal, com fundamento na regra de que o réu tem direito de ser informado da imputação, pressupõe, para ensejar a suspensão do processo, que não tenha tido ciência da acusação. Dessa forma, se o infrator, tendo conhecimento da persecução penal, oculta-se para não ser citado pessoalmente, não há suporte teleológico necessário à incidência da medida, ainda que venha a ser expedido o edital. Seria como premiar um artifício malicioso. Como diz ROGÉRIO SCHIETTI MACHADO CRUZ, não deve ser aplicada a solução do art. 366, caput, 'àquelas situações ... em que o réu evita a sua citação pessoal, pois a suspensão do processo, até que seja pessoalmente citado, premiará a sua astúcia, em prejuízo do interesse estatal e societário de que a conduta ilícita seja devidamente apurada. O Estado terá o exercício de sua jurisdição penal sobrestada simplesmente porque o réu, deliberadamente, 'driblou' a lei penal, valendo de uma alternativa criada pela lei instrumental' (A citação editalícia e a

eficácia do processo, Boletim do IBCCrim, cit., n. 43, p. 2, jul. 1996). Temos a mesma posição a respeito da hipótese do infrator que, cometido o fato, foge, escapando da persecução criminal. (*Código de Processo Penal Anotado*. Editora Saraiva, 19ª ed. 2002, p. 269/270).

Essa orientação chegou a ser acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça no *habeas corpus* nº 19.874/SP, relator o ministro Paulo Medina, julgado, pela Sexta Turma, em 24 de maio de 2005, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 1º de agosto imediato. Mas há oscilações, existindo precedente em sentido contrário, da Quinta Turma, assentando a impossibilidade de diferenciar onde a lei não o faz, ainda mais em desfavor do acusado – *habeas corpus* nº 94.039/SP, relator o ministro Jorge Mussi, examinado em 23 de fevereiro de 2010, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 26 de abril seguinte.

A questão não foi enfrentada pelo Supremo – ao menos, não localizei precedentes.

Adveio a Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, reservando, para o caso de citação pessoal frustrada por ocultação intencional do acusado, a com hora certa, e não mais a por edital, dando-se continuidade ao processo, nomeando o juiz defensor ao réu. Eis o dispositivo:

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.

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

O novo Código de Processo Civil não repercute na vigência nem na eficácia do preceito, porquanto a referência aos então artigos 227 a 229 do Código de 1973 corresponde aos atuais 252 a 254.

Embora classificada ficta, a citação editalícia surge com envergadura maior, sendo razoável, em observância à autodefesa, a suspensão do

processo e da prescrição até que o acusado apareça ou, enfatizo, manifeste que esteja ciente da ação penal formalizada, constituindo patrono. Idêntica razão de ser não se verifica na citação com hora certa, não mostrando-se demasiado afirmar que a ficção restringe-se ao fato de não ter sido cientificado, pessoalmente, da demanda. 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 consubstanciará obrigá-lo a produzir prova contra si.

Não se pode olvidar que a citação com hora certa cerca-se de inúmeras cautelas, desde a certidão pormenorizada elaborada pelo oficial de justiça até o aval pelo juiz – ato privativo. Julgando inexistirem elementos concretos de ocultação, determina a citação por edital, com a subsequente suspensão do processo caso o acusado não se apresente nem constitua advogado. A autodefesa, mesmo depois de formalizada a citação com hora certa, fica resguardada na medida em que o réu será cientificado dela, inclusive da continuação do processo, nos moldes do artigo 254 do Código de Processo Civil atual, repetindo o contido no então artigo 220.

Esconder-se para deixar de ser citado pessoalmente e não comparecer em sede judicial para defender-se revela autodefesa. Não se justifica a imposição da prisão preventiva, conforme assentado em inúmeros precedentes – *habeas corpus* nº 115.161, da minha relatoria, apreciado, pela Primeira Turma, em 13 de outubro de 2015, tendo sido designado o ministro Luiz Fux redator do acórdão, publicado em 17 de dezembro imediato. Daí a impedir a sequência da ação penal é demasiado, sob pena de dar ao acusado verdadeiro direito potestativo sobre o curso da ação penal, ignorando a indisponibilidade inerente – a de iniciativa privada é disponível, mas sob a óptica do querelante, titular da queixa-crime, e não do querelado. Cumpre compatibilizar a garantia

do acusado à autodefesa com o caráter público e indisponível do processo-crime.

O prosseguimento da ação penal, ante a citação com hora certa, em nada compromete a autodefesa; ao contrário, evidencia a opção do réu de não se defender pessoalmente em Juízo. O caso concreto é ilustrativo nesse sentido. Colho da certidão de folha 42 que o oficial de justiça dirigiu-se à residência do recorrente nos dias 12, 13 e 14 de agosto de 2009, tendo sido atendido, “em todas as ocasiões”, pela esposa do acusado, que “apresentava uma desculpa”, implementando a citação por hora certa no dia 18 imediato, perante a cônjuge, que disse estar o companheiro “no trabalho e que não sabia informar onde o mesmo estaria trabalhando”.

Surge a constitucionalidade do artigo 362, cabeça e parágrafo único, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008.

Cumprido, ainda assim, declarar nula a citação com hora certa, porque incabível no âmbito do Juizado Especial Criminal.

Não se desconhece o entendimento segundo o qual essa modalidade de citação seria viável mesmo nos Juizados, ao argumento de que o parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995, ao preceituar o declínio da competência para a Vara Criminal, quando o acusado não for encontrado, teria como móvel evitar a citação por edital, e a consequente suspensão, por tempo indeterminado, do processo, comprometendo a celeridade inerente aos Juizados. Esse inconveniente não se configuraria no caso da citação por hora certa, considerada a regra do parágrafo único do artigo 362 do Código de Processo Penal, aplicável subsidiariamente, nos termos do artigo 92 da Lei nº 9.099/1995. O Fórum Nacional de Juizados Especiais chegou a editar, no XXV Encontro, realizado em São Luís/MA, o enunciado nº 110 com esse enfoque – “No Juizado Especial Criminal é cabível a citação com hora certa”.

Ocorre que a suspensão do processo e da prescrição, no caso de o réu, citado por edital, não comparecer nem constituir advogado, adveio com a Lei nº 9.271, de, grifo, 17 de abril de 1996. Ou seja, quando do advento da Lei nº 9.099, em 1995, réus citados por edital também eram

processados e julgados à revelia. Se o processo seguia, obviamente a razão de ser da norma não foi evitar, no Juizado, a suspensão. A preocupação do legislador mostrou-se diversa. O espírito dos Juizados Especiais é fomentar o consenso, e não o conflito. O artigo 2º, situado no Capítulo reservado às disposições gerais, abrangendo os Cíveis e os Criminais, objetiva, ressaltando, “sempre que possível, a conciliação ou a transação”, regra reiterada no artigo 62, voltado para os Criminais, segundo a qual se busca alcançar, “sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”, ou seja, a composição civil e a transação penal, versadas nos artigos 74 e 76. Citações fictas inviabilizam, por completo, esses escopos, daí o parágrafo único disciplinar a remessa à Vara Criminal. Observo que o dispositivo alude ao denunciado “não encontrado para ser citado”, sem ressalvas. Logo, tendo em conta o texto do preceito e o motivo que, efetivamente, inspirou-o, não há como contemplar a citação por hora certa no Juizado Especial Criminal, sendo, por essa justificativa, nula. O parágrafo único do artigo 66 da Lei nº 9.099/1995 surge como norma contrária à regra geral contida no artigo 362 do Código de Processo Penal, impossibilitando a incidência subsidiária. Anoto que o Superior Tribunal de Justiça possui precedente nesse sentido – recurso ordinário constitucional em *habeas corpus* nº 39.059/RJ, julgado em 18 de fevereiro de 2014, relatora a ministra Marilza Maynard (desembargadora, convocada, do Tribunal de Justiça de Sergipe), redator do acórdão o ministro Rogerio Schietti Cruz, publicado no Diário da Justiça de 1º de julho imediato.

Provejo, parcialmente, o recurso extraordinário para, assentando a constitucionalidade da citação com hora certa, anulá-la, porquanto inadmissível no âmbito do Juizado Especial Criminal. Considerada a pena aplicada, seis meses de detenção (folha 65), e sem recurso do Ministério Público, declaro extinta a pretensão punitiva estatal pela prescrição – artigo 107, inciso IV, do Código Penal –, ante o decurso do prazo de dois anos, nos termos do artigo 109, inciso VI, do mesmo diploma legal – o crime data de 27 de dezembro de 2008, anterior à Lei nº 12.234/2010, que elevou o lapso para três anos.

RE 635145 / RS

É como voto.

Cópia

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.145 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
RECTE.(S) : FÁBIO DE MATTOS
ADV.(A/S) : DEFENSOR PÚBLICO-GERAL DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO
GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Dr. Marcos Paulo Dutra Santos:

O recorrente foi condenado, pelo Juizado Especial Criminal da Comarca de Veranópolis/RS, à pena de seis meses de detenção, regime inicial aberto, substituída pela de prestação de serviços comunitários, por violação ao artigo 309 da Lei nº 9.503/1997 (dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano). Foi citado por hora certa, pois estaria ocultando-se para não o ser pessoalmente – o Oficial de Justiça era recebido pela esposa (folha 42). Nas alegações finais, a Defensoria Pública arguiu a inconstitucionalidade da citação por hora certa, afastada pelo Juízo na sentença (folha 63 a 65).

Interpôs-se apelação, buscando-se a declaração de desarmonia da citação por hora certa com a Carta Federal, e consequente anulação do processo desde a citação (folha 69 a 74). A Turma Recursal desproveu o recurso. Assentou a constitucionalidade do artigo 362 do Código de Processo Penal, porque, do contrário, o acusado seria beneficiado pela própria torpeza. Destacou que o contraditório e a ampla defesa foram observados, considerada a atuação da Defensoria Pública ao longo do processo. Reportou-se ao verbete vinculante nº 10 da Súmula do Supremo, segundo o qual é vedado aos órgãos fracionários de Tribunais manifestarem-se sobre a

constitucionalidade de certo preceito normativo (folha 87 a 90).

Formalizados embargos de declaração (folhas 94 e 95), foram desprovidos (folhas 97 e 98). Seguiu-se a protocolação do extraordinário, com alegada base no artigo 102, inciso III, alínea "a", da Carta de 1988, visando anular o processo, desde a citação, assentando-se a inconstitucionalidade desta, quando realizada por hora certa, presentes os artigos 5º, inciso LV, da Lei Fundamental e 8º, item 2, alínea "b", do Pacto de São José da Costa Rica (folha 103 a 110).

Inadmitiu-se o recurso extraordinário na origem (folhas 118 e 119), tendo sido interposto agravo (folha 3 a 7), provido por Vossa Excelência (folha 131 a 133) para determinar o processamento do extraordinário, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo Plenário (folha 144 a 149).

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela inconstitucionalidade da citação por hora certa, porque incompatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no Diploma Maior, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Assevera que, na citação por edital, ficta, a fim de resguardar as citadas garantias, ficam suspensos o processo e a prescrição (folha 168 a 171).

É o relatório.