

• • •

**HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SÃO PAULO
(2009/0227091-0)**

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MOEDA FALSA. (1) ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONTRATAR OUTRO ADVOGADO. NOMEAÇÃO DE DATIVO PARA DEDUÇÃO DA DEFESA ESCRITA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO RÉU. QUANDO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INTIMAÇÃO DO APENADO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO DEFENSOR. SILÊNCIO. NOMEAÇÃO DA DPU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO*. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. VÍCIO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio do *venire contra factum proprio* (proibição de comportamentos contraditórios). É extrema de dúvidas que, diante da leniência do advogado constituído, é de se intimar o réu para contratar outro. Nesse contexto, tendo o magistrado, automaticamente, nomeado dativo para apresentação de alegações finais, tem-se irregularidade, pela contrariedade à ampla defesa. Contudo, não é de se decretar a nulidade, tendo em vista que, *in casu*, após a sentença condenatória, foi dada a oportunidade para o apenado constituir novo causídico, ocasião em que restou silente, assumindo, então, o patrocínio da causa a Defensoria Pública. Em tal situação, violaria

o primado da vedação de comportamentos contraditórios, a invalidação processual, conferindo ensejo ao paciente de agir de modo oposto ao já empreendido.

2. Não é de se conhecer do *habeas corpus* no tocante a tema (dosimetria da pena) que não foi ventilado na origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.” Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília, 20 de setembro de 2012(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura

Relatora

HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SP (2009/0227091-0)

RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de LUCINEY FERREIRA CAMPOS, apontando como autoridade coatora a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (Embargos de Declaração na Apelação Criminal nº 2005.61.81.005172-1).

Depreende-se dos autos que o paciente foi denunciado como incurso nas sanções previstas no artigo 289, § 1º, do Código Penal, porque, no dia 27/05/2005, teria guardado moeda falsa (fl. 07).

Julgada procedente a incoativa, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, mais multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (fl. 209).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação perante o Tribunal de origem, à qual foi dado parcial provimento apenas para conceder ao réu os benefícios da justiça gratuita, sendo rejeitada a preliminar de nulidade. Consta do acórdão (fl. 283):

Devidamente intimado o defensor constituído para oferecer alegações finais, a nomeação de defensor dativo pelo juízo supre a inércia daquele, justificando-se a invalidação do ato apenas em razão da deficiência da defesa e da demonstração do prejuízo, nos termos da Súmula 523 do STF e do Art. 563 do CPP.

Opostos embargos de declaração, não foram conhecidos, assim ementado o aresto (fl. 305):

PENAL. PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO NÃO É HIPÓTESE DE CABIMENTO DO RECURSO. AUSÊNCIA DE VÍCIOS AUTORIZADORES DO RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DOS EMBARGOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se à correção de julgados omissos, contraditórios, ambíguos ou obscuros.
2. O prequestionamento de dispositivos normativos, para fins de interposição de recurso especial e extraordinário, não é hipótese de cabimento dos embargos declaratórios.
3. O objetivo único de prequestionar, quando ausentes os vícios legais que autorizam os embargos, não os torna cabíveis.
4. Na verdade, a defesa pretende, pela via dos embargos, revolver matéria fática já exaustivamente analisada por esta Corte, o que é terminantemente vedado.
5. Destarte, ao voltarem-se os embargos de declaração contra o acerto ou desacerto do julgado, e não contra vícios formais, a pretensão há de ser recusada, porque a via é imprópria para veicular tal discussão.
6. Assim, por não ter sido mencionado no recurso nenhum dos vícios autorizadores de sua interposição, a conclusão é pelo não conhecimento dos embargos de declaração, e não por sua rejeição.
7. Não conhecimento dos embargos.

Daí o presente *writ*, em que o impetrante alega constrangimento ilegal em razão da falta de intimação do paciente para constituir novo defensor, bem como pela exasperação indevida da pena-base.

Sustenta que “a ampla defesa não foi assegurada ao paciente, visto que, embora desde o início do processo tenha se feito representar por defensora constituída, o réu não foi intimado da necessidade de constituir um defensor, na inércia de sua anterior advogada”. Acentua que o Juízo, de ofício, nomeou um defensor *ad hoc* para representá-lo, mas “não teve garantido o direito de ser defendido por pessoa de sua escolha” (fl. 3-v).

Assevera que a sentença fixou a pena-base em 6 (seis) meses acima do mínimo legal porque o paciente ostentaria maus antecedentes. Alega, contudo, que “não há condenações com trânsito em julgado, de forma que se mostra incabível o desproporcional aumento estabelecido” (fls. 4 e 4-v).

Requer, liminarmente, que seja reconhecida “a nulidade processual decorrente da ausência de intimação do paciente para constituir novo defensor” e que seja estabelecida a pena em seu mínimo legal. No mérito, pugna pela concessão definitiva da ordem, com a confirmação da liminar.

A liminar foi indeferida, fls. 359-360.

As informações foram prestadas, fls. 364-400, 416-425 e 449-465.

O Ministério Público Federal apresentou parecer, fls. 408-414, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Maria das M. de C. G. Aras, opinando pela concessão da ordem para anular a ação penal a partir da nomeação do defensor dativo.

Foi requerida preferência no julgamento, fl. 430, e intimação da sessão de julgamento, fl. 442.

Segundo as últimas informações, sobreveio o trânsito em julgado da condenação, baixando os autos à Vara de origem, para início de cumprimento de pena.

É o relatório.

HABEAS CORPUS Nº 154.250 - SP (2009/0227091-0)

EMENTA

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. MOEDA FALSA. (1) ALEGAÇÕES FINAIS. NÃO APRESENTAÇÃO PELO DEFENSOR CONSTITUÍDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU PARA CONTRATAR OUTRO ADVOGADO. NOMEAÇÃO DE DATIVO PARA DEDUÇÃO DA DEFESA ESCRITA. ILEGALIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO RÉU. QUANDO DA INTIMAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, INTIMAÇÃO DO APENADO PARA CONSTITUIÇÃO DE NOVO DEFENSOR. SILÊNCIO. NOMEAÇÃO DA DPU. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. EXPECTATIVA DE CONDUTA CONTRÁRIA À JÁ ASSUMIDA. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIO*. NULIDADE. NÃO RECONHECIMENTO. (2) DOSIMETRIA. VÍCIO. TEMA NÃO ENFRENTADO NA ORIGEM. COGNIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. A relação processual é pautada pelo princípio da boa-fé objetiva, da qual deriva o subprincípio do *venire contra factum proprio* (proibição de comportamentos contraditórios). É extrema de dúvidas que, diante da leniência do advogado constituído, é de se intimar o réu para contratar outro. Nesse contexto, tendo o magistrado, automaticamente, nomeado dativo para apresentação de alegações finais, tem-se irregularidade, pela contrariedade à ampla defesa. Contudo, não é de se decretar a nulidade, tendo em vista que, *in casu*, após a sentença condenatória, foi dada a oportunidade para o apenado constituir novo causídico, ocasião em que restou silente, assumindo, então, o patrocínio da causa a Defensoria Pública. Em tal situação, violaria o primado da vedação de comportamentos contraditórios, a invalidação processual, conferindo ensejo ao paciente de agir de modo oposto ao já empreendido.

2. Não é de se conhecer do *habeas corpus* no tocante a tema (dosimetria da pena) que não foi ventilado na origem, sob pena de indevida supressão de instância.

3. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

O caso em foco é *sui generis*.

Num primeiro lance, a solução parece simples: o reconhecimento da irregularidade, tendo em vista que foi desrespeitada a regra basilar de que, desidioso o defensor constituído, deve ser intimado o acusado para providenciar um novo.

O juiz assim não procedeu, tendo nomeado dativo para a apresentação das alegações finais. Sobreveio sentença condenatória. Intimado novamente o defensor constituído, aquele mesmo anteriormente silente, manteve-se como tal. Então, e aí a grande peculiaridade do caso, o magistrado, retomando o trilho da correção, intimou o condenado para contratar outro causídico, caso contrário seria nomeado Defensor Público. Todavia, em tal ocasião, o apenado ficou inerte, vindo então a ingressar nos autos a DPU.

Apresentadas as razões recursais, prontamente, a Defensoria destacou a nulidade na dedução das alegações finais. Negado provimento à irresignação, foram opostos embargos de declaração. Na sequência, foram interpostos recurso extraordinário, inadmitido, e agravo de instrumento, a que o Pretório Excelso negou seguimento.

Nesse contexto, em vez de se ter aviado recurso especial, para alcançar a cognição deste Corte, impetrou-se o presente *habeas corpus*.

De início, cabe salientar que o *writ* não pode ser empregado como substitutivo de recurso especial. Nesse sentido, seria inapropriado do *mandamus* se servir, como que contornando os requisitos de admissibilidade para a discussão de direito, conforme a dicção do art. 105, III, da Carta da República.

Não bastasse tal dificuldade na cognição da presente ordem, há uma particularidade do evoluir fático-processual que me pôs a refletir. Por mais que reconheça a ilegalidade na nomeação do dativo para lhe oferecer as alegações finais, é digna de nota a conduta do paciente que, posteriormente (após a sentença), tendo sido instado a se manifestar acerca do interesse em contratar outro advogado de sua confiança, simplesmente ficou silente, passando, então, a ser patrocinado pela Defensoria Pública.

De duas, uma: a) tendo manifestado desinteresse em constituir novo causídico, quando da condenação, seria ilógico cogitar que ele teria agido de modo diverso, anteriormente, na fase do antigo art. 500 do CPP; ou, b) diante da irregularidade, teria o paciente optado pelo silêncio, na expectativa de se beneficiar, posteriormente, da anulação do feito.

Nenhuma das duas opções, penso, sintoniza-se com a visão de um justo processo. Como lembra HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, o “moderno processo justo traz em seu bojo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental, como na formulação substancial dos provimentos decisórios” (*Curso de direito processual civil*. 53ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. I, p. 28). Mais adiante, arremata: “O Estado e a sociedade, de maneira geral, apresentam-se profundamente empenhados em que o processo seja eficaz, reto, prestigiado, útil ao seu elevado desígnio” (*Op. cit.*, p. 39).

Enfocando a boa-fé objetiva, sobreleva-se o subprincípio do *venire contra factum proprio*, que, penso, ilumina o tratamento a ser dispensado ao caso vertente. Acerca do tema, esclareceu o Ministro Luis Felipe Salomão:

O princípio segundo o qual a ninguém é dado contrariar os seus próprios atos, ou seja, agir contraditoriamente, tem matriz principiológica que remonta à Europa do início do século XX, a partir da obra *Venire contra factum proprium - Studien in Römisches, Englisches und Deutsches Civilrecht*, de Erwin Riezler, professor da Universidade de Freiburg, que extrai das fontes romanas, bem como das obras dos glosadores e pós-glosadores a ideia de *nemo potest venire contra factum propriu* (SCHERIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório - Tutela da confiança e *venire contra factum proprium* – 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 65).

Consiste tal princípio em diretriz pautada sobretudo na boa-fé, segundo a qual “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta, quando essa conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes ou a boa-fé, justifica a conclusão de que não se fará valer o direito, ou

quando o exercício posterior choque contra a lei, os bons costumes ou a boa-fé” (*Apud*, NERI JUNIOR, Nelson. Código civil comentado (...), 6ª ed. p.507). (Trecho do voto condutor do REsp 1040606/ES, QUARTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 16/05/2012).

Tendo em vista o primado em foco, por meio do qual à ordem jurídica repugna a ideia de comportamentos contraditórios, tendo em vista a leniência do paciente quanto à constituição de novo defensor, seria de esperar, por coerência, conduta assemelhada quando da apresentação das alegações finais.

O princípio do *venire contra factum proprio* já foi aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, na seara processual penal, *verbis* :

Cumpra destacar que, no sistema das invalidades processuais, deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono aos princípios da boa-fé e da lealdade processuais.

Nesse diapasão, entendo que, levando em conta o fato de a defesa do paciente ter convergido para ocorrência da suposta nulidade – inversão da ordem de apresentação das alegações finais –, não pode, em momento posterior, visando a beneficiar-se de seu primeiro ato, vir a requerer a anulação do julgamento. É que tal comportamento, para mim, é inequivocamente contraditório, devendo, portanto, ser refutado. Cabe enfatizar, ainda, que essa linha de raciocínio que venho expor está prevista expressamente no art. 565 do CPP, quando dispõe que nenhuma das partes poderá arguir nulidade a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido, ou referente a formalidade cuja observância só à parte contrária interesse .

Diante de todas essas considerações, meu voto é no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*. (fecho do voto condutor do HC 108476, Relator Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-073 DIVULG 13-04-2012 PUBLIC 16-04-2012)

Idêntica solução foi alcançada no HC 104185, Relator: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/08/2011, DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-01 PP-00063.

Nesta Corte, também, o princípio já foi aplicado no âmbito processual penal:

HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. EXCLUSÃO DAS QUALIFICADORAS. PEDIDO DO PRÓPRIO RÉU. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*.

1. Embora o entendimento desta Corte seja no sentido de que as qualificadoras só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, se mostrarem absolutamente improcedentes, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença, na espécie, não há como anular o acórdão que acatou pedido do próprio réu.

2. Portanto, a ninguém é dado vir contra o próprio ato, sendo vedado o comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

3. Ordem denegada.

(HC 121.308/MG, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 03/02/2012)

HABEAS CORPUS. PECULATO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ARGUIÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO. IMPROCEDÊNCIA.

1. Improcede a alegação de suspeição do Juiz de primeiro grau pelo fato de haver se reunido com o acusado, atendendo a pedido deste, fora das dependências do fórum, em gabinete do Procurador-Geral de Justiça do Estado.

2. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional estabelece, como um dos deveres do juiz, “tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.” (art. 35, IV, da Lei Complementar nº 35/1975). Mesmo no gozo de suas férias, nada mais fez o Juiz que atender a pedido da parte para que fosse atendida e ouvida.

3. Da dita reunião não se extraiu, pelos elementos de cognição contidos neste *habeas corpus*, aconselhamento jurídico levado a efeito pelo magistrado.

4. O fato de o encontro ter ocorrido fora das dependências do fórum, por si só, não acarreta a suspeição do magistrado, visto que o conteúdo e o alcance da conversação, presenciada, inclusive, pelo Procurador-Geral de Justiça, ficou bem delineada nos autos, e, de seu conteúdo, não se constata a existência de palavra ou atitude comprometedoras de isenção do juiz.

5. Em direito processual, é vedado às partes a adoção de comportamentos contraditórios (*nemo venire contra factum proprium*).

Na espécie, foi o réu quem solicitou, com insistência, o encontro com o juiz. Inadmissível que, agora, pretenda acoimar o ato de suspeito.

6. Ordem denegada.

(HC 206.706/RR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 21/03/2012)

Assim, tendo o paciente assumido certa postura, contrária à constituição de novo advogado, seria ilógico, nesse passo, anular o processo, reabrindo oportunidade para que venha ele a atuar contraditoriamente ao comportamento por ele empreendido.

Nesse particular, não vejo como acolher a pretensão anulatória.

Melhor sorte não aproveita ao impetrante no pertinente à dosimetria da pena.

Pela leitura atenta do aresto da apelação, bem como dos embargos de declaração, percebe-se que a matéria não foi abordada, sendo, por conseguinte, vedado a esta Corte dela cuidar, sob pena de indevida supressão de instância.

Ante o exposto, conheço em parte da ordem e, nessa extensão, denego-a.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

SEXTA TURMA

Número Registro: 2009/0227091-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **HC 154.250/SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 200561810051721

EM MESA

JULGADO: 20/09/2012

Relatora

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

ADVOGADO: HELOÍSA ELAINE PIGATTO - DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

IMPETRADO: TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: LUCINEY FERREIRA CAMPOS

ASSUNTO: DIREITO PENAL – Crimes contra a Fé Pública – Moeda Falsa / Assimilados

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, conheceu parcialmente da ordem de *habeas corpus* e, nesta extensão, a denegou, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.”

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Sebastião Reis Júnior, Assusete Magalhães e Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.