



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.587.239 - RS
(2016/0070823-4)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
LUANA MEDEIROS GURGEL DE FARIA - DF052046
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. SÚMULA 168/STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de indeferimento liminar dos embargos de divergência, diante da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e os julgados paradigmas, e incidência da súmula 168 do STJ.

II - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma de modo a obstar a configuração do dissídio jurisprudencial supostamente alegado pela parte.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, *"não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal"* Precedentes.

IV - Incidência, in casu, da súmula 168/STJ, que preconiza não caber *"embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"*.

V - *"A concessão de habeas corpus de ofício, no bojo de embargos de divergência, encontra óbice tanto no fato de que nem o Relator tem autoridade para, em decisão monocrática, conceder ordem que, na prática, desconstituiria o resultado de acórdão proferido por outra Turma julgadora, como tampouco a Seção detém competência constitucional para conceder habeas corpus contra acórdão de Turma o próprio tribunal"* (AgRg no EREsp n. 1.533.480/PR, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 11/4/2017).

Agravo Regimental desprovido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Brasília (DF), 12 de junho de 2019(Data do Julgamento)

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.587.239 - RS
(2016/0070823-4)**

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
LUANA MEDEIROS GURGEL DE FARIA - DF052046
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES e ROGÉRIO BARBOSA SCHALLY, em face de decisão por mim proferida às fls. 2.789 - 2.798, que indeferiu liminamente os embargos de divergência pela ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e os paradigmas indicados, bem como em virtude de aplicação da súmula n. 168/STJ.

Irresignada, a parte sustenta que a similitude fática entre o acórdão embargado e os paradigmas da Quinta Turma (AgRg no AREsp n. 1.307.566/PB e 1.611.856/PR) e Terceira Seção (EREsp n. 435.187/MS) restaram devidamente comprovadas no caso, sendo de prevalecer o exame detido da tese suscitada, acerca da continuidade delitiva para fins de dosimetria, nulidade do material probatório e na aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal.

Assevera, ainda, no tocante aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal, não ser o caso de se aplicar a Súmula 168 desta Corte, haja vista que a decisão agravada se apoiou em três precedentes que não guardam similitude fática com o presente caso, e que a matéria em espeque não se encontra consolidada pela jurisprudência desta Corte, uma vez que é possível localizar precedentes da Quinta e Sexta Turma com entendimento similar ao adotado pela agravante.

Quanto ao desacolhimento do pedido subsidiário de concessão de habeas corpus de ofício, sustenta a agravante que a decisão agravada está em desacordo com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

termos do art. 1.008 do CPC; reproduz orientação defensiva em descompasso com as demais regras de competência estabelecidas em matéria processual penal, bem como está em confronto com a jurisprudência desta Corte que admite a possibilidade de concessão de *habeas corpus* de ofício.

Pugna pela retratação desse Relator, ou reforma da r. decisão proferida, para que seja conhecido e provido o presente agravo.

Reitera o pedido de concessão de *habeas corpus* de ofício, com base no art. 654, §2º, do CPP, a fim de que sejam reduzidas as penas impostas aos agravantes.

Por manter a decisão agravada, submeto o feito à col. **Terceira Seção**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.587.239 - RS
(2016/0070823-4)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
LUANA MEDEIROS GURGEL DE FARIA - DF052046
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS EM CONFRONTO. SÚMULA 168/STJ. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de indeferimento liminar dos embargos de divergência, diante da ausência de similitude fática entre o acórdão embargado e os julgados paradigmas, e incidência da súmula 168 do STJ.

II - A ausência de similitude fática impede o comparativo entre acórdão embargado e paradigma de modo a obstar a configuração do dissídio jurisprudencial supostamente alegado pela parte.

III - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se firmou no sentido de que, *"não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal"* Precedentes.

IV - Incidência, in casu, da súmula 168/STJ, que preconiza não caber *"embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado"*.

V - *"A concessão de habeas corpus de ofício, no bojo de embargos de divergência, encontra óbice*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tanto no fato de que nem o Relator tem autoridade para, em decisão monocrática, conceder ordem que, na prática, desconstituiria o resultado de acórdão proferido por outra Turma julgadora, como tampouco a Seção detém competência constitucional para conceder habeas corpus contra acórdão de Turma o próprio tribunal" (AgRg no EREsp 1.533.480/PR, **Terceira Seção**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 11/4/2017).

Agravo Regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O presente agravo regimental não merece prosperar.

Com efeito, não obstante os combativos argumentos aduzidos pelos agravantes na peça recursal, verifica-se a ausência de similitude fática entre os julgados supostamente em confronto, requisito essencial para efetiva configuração da divergência jurisprudencial.

Conforme já salientado na decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência, no tocante à análise da nulidade do material probatório, o acórdão embargado decidiu pela legitimidade da prova (disco rígido), concluindo pela "*ausência de demonstração da existência de adulteração da prova ou de efetivo prejuízo à defesa*" (fls. 2.653 - 2.654), aduzindo, ainda, que eventual nulidade de prova não teria o condão de, por si só, afastar a condenação, ante a existência de outros fatos elementos demonstrativos dos fatos típicos.

Já o primeiro paradigma apontado pelos recorrentes proferido pela **Quinta Turma** desta Corte Especial, nos autos do AGREsp n. 1.611.856/PR, por sua vez, enfrentou circunstâncias totalmente diferentes ao acórdão embargado, ao analisar a ilegitimidade da prova decorrente de interceptação telefônica proveniente de denúncia anônima, culminando com sua inadmissibilidade processual.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que toca à continuidade delitiva para fins de dosimetria, restou consignado na decisão agravada, que o acórdão embargado entendeu por afastar o alegado *bis in idem*, considerando ser possível exasperar a pena na primeira etapa da dosimetria devido ao quantum evadido (quantidade de moeda), e fixar o aumento pela continuidade delitiva na terceira etapa do processo dosimétrico, por considerar a elevada repetição de condutas, ou seja, concluiu pela existência de elementos fáticos diversos para justificar o incremento da pena em cada etapa, estando assim ausente a dupla punição para uma mesma circunstância.

O segundo paradigma indicado pelos agravantes proferido pela **Quinta Turma** nos autos do AgRg no AREsp n. 1.307.566/PB, por sua vez, também evidencia a ausência de similitude, pois tratou-se de exame diverso, em que se reconheceu o **bis in idem** nos casos em a quantidade de condutas subsidiou a exasperação da pena na primeira fase e o aumento de pena na terceira fase pelo reconhecimento da continuidade delitiva.

Por fim, quanto à aplicação da agravante do art. 62, I, do Código Penal, a decisão agravada ressaltou que o acórdão embargado, com apoio na jurisprudência desta Corte, considerou que não ofende o princípio da correlação a condenação por circunstâncias agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia, nos termos dos arts. 385 e 387, I e II, ambos do Código de Processo Penal, enquanto que o acórdão paradigma proferido pela **Terceira Seção**, nos autos do EREsp n. 435.187/MS, inadmitiu-se a aplicação de agravante genérica, de ofício, pelo Tribunal.

Outrossim, a decisão agravada corretamente registrou que o entendimento citado no mencionado paradigma encontra-se há muito superado, tendo as Turmas integrantes da Terceira Seção passado a adotar o entendimento acerca da possibilidade do reconhecimento de ofício da agravante, tal como admitido no acórdão embargado, atraindo, na espécie, a aplicação da súmula n. 168/STJ, que dispõe: "*Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.*"

Sobre o tema os seguintes precedentes:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO. RECONHECIMENTO DE AGRAVANTE NÃO DESCRITA NA DENÚNCIA. ART. 61, II, ALÍNEA "H", DO CP. VÍTIMA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COM MAIS DE 60 ANOS. POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. REGIME DE PENA. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. ELEMENTO APTO A JUSTIFICAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO.

1. A jurisprudência desta Casa é no sentido de que não ofende o princípio da congruência a condenação por agravantes ou atenuantes não descritas na denúncia. Inteligência dos arts. 385 e 387, I, do Código de Processo Penal (HC n. 219.068/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Rel. p/ Acórdão Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 20/05/2016).

[...] (AgRg no REsp n. 1.732.842/MT, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/05/2018, grifei).

Por fim, convém esclarecer que não compete a essa Terceira Seção a concessão de ordem de habeas corpus de ofício em substituição a decisão de Turma. Nesse sentido:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO: VENDA DO MESMO IMÓVEL A DUAS PESSOAS DIFERENTES. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS ACÓRDÃOS COMPARADOS PROFERIDOS EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO CONTRA ATOS DOS PRÓPRIOS MEMBROS DESTA CORTE. COMPETÊNCIA DO STF (ART. 102, INCISO I, ALÍNEA "I", DA CF).

[...]

4. A concessão de habeas corpus de ofício, no bojo de embargos de divergência, encontra óbice tanto no fato de que nem o Relator tem autoridade para, em decisão monocrática, conceder ordem que, na prática, desconstituiria o resultado de acórdão proferido por outra Turma julgadora, como tampouco a Seção detém competência constitucional para conceder habeas corpus contra acórdão de Turma do próprio tribunal. Precedentes.

5. Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg nos EAREsp n. 309.948/MG, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 15/12/2017, grifei).

Com efeito, insta consignar que os agravantes não aduziram qualquer argumento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

novo apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2016/0070823-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos**
EResp 1.587.239 /
RS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200771000017965 200871000108550 50184310520114047100 6952008
RS-50184310520114047100

EM MESA

JULGADO: 12/06/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Ministro Impedido

Exmo. Sr. Ministro : **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
EMBARGANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
LUANA MEDEIROS GURGEL DE FARIA - DF052046
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LUIZ CARLOS SILVEIRA MARQUES
AGRAVANTE : ROGERIO BARBOSA SCHALLY
ADVOGADOS : ANDREI ZENKNER SCHMIDT - RS051319
DÉBORA POETA WEYH - RS062866
MARIO AZAMBUJA NETO - RS077001
LUANA MEDEIROS GURGEL DE FARIA - DF052046
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Seção, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

A Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Jorge Mussi, Sebastião Reis Júnior, Rogerio Schietti Cruz, Ribeiro Dantas e Antonio Saldanha Palheiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Nefi Cordeiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.