



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.131.477 - SP
(2012/0065220-5)**

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : C H R (PRESO)
ADVOGADOS : AFFONSO PASSARELLI FILHO
ENÉIAS PIEDADE E OUTRO(S)
WILSON ROGÉRIO CONSTANTINOV MARTINS
AGRAVANTE : J C DA R M
ADVOGADOS : ALINE KEMER TAMADA DA ROCHA MATTOS
DANIEL MARTINS SILVESTRI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DA QUESTÃO JURÍDICA SUSCITADA. PARADIGMAS PROFERIDOS EM *HABEAS CORPUS* E RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O conhecimento dos embargos de divergência pressupõe o prequestionamento da questão jurídica suscitada.
2. Não se admite como paradigma, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, o acórdão proferido em *habeas corpus* ou em recurso em mandado de segurança.
3. A mera transcrição de ementa de aresto paradigma, sem o cotejo analítico entre ele e o acórdão recorrido, mediante a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, de modo a demonstrar a similitude fático-jurídica, obsta o conhecimento dos embargos de divergência.
4. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, A Terceira Seção, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. As Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.
Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília (DF), 14 de maio de 2014 (Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.131.477 - SP
(2012/0065220-5)**

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
AGRAVANTE : C H R (PRESO)
ADVOGADOS : AFFONSO PASSARELLI FILHO
ENÉIAS PIEDADE E OUTRO(S)
WILSON ROGÉRIO CONSTANTINOV MARTINS
AGRAVANTE : J C DA R M
ADVOGADOS : ALINE KEMER TAMADA DA ROCHA MATTOS
DANIEL MARTINS SILVESTRI
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO: C H R e JC DA RM interpõem agravo regimental contra decisão (fls. 14091/14100), que indeferiu liminamente os embargos de divergência.

Sustenta JC DA RM a existência de precedente do STJ, no julgamento do EResp 215.393/SP, da relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, julgado em 19/12/2000, admitindo como paradigma acórdão proferido em *habeas corpus*, razão pela qual não há óbice ao processamento dos presentes embargos de divergência.

Aduz, outrossim, no tocante à condenação pelo alegado delito de falsidade ideológica, que a divergência jurisprudencial se apresenta clara e induvidosa, no sentido de que, "em face do princípio da especialidade e/ou da absorção, não prevalecer o crime de falso ideológico ou documental, quando este for considerado como delito-meio à prática da sonegação fiscal, quer em face da antiga Lei 4.729/65, quer da vigente Lei 8.127/90, que trata atualmente do delito de sonegação fiscal" (fl. 141), tanto em *habeas corpus* como no REsp 741.400/PE, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, DJ de 6/2/2006.

Asseveram, no tocante ao delito previsto no art. 312 do CP, que, "na hipótese de peculato-uso (como ocorreu), e não peculato-desvio (como julgou o TRF 3ª Região, Órgão Especial), não há como falar na tipicidade criminal dos fatos", porquanto, na lição dos juristas SOLER e DE MAGGIORE, o peculato-desvio é impunível criminalmente, mas tão só, se for o caso, no âmbito administrativo/disciplinar" (fl. 14142), conforme já decidido, no caso de uso de veículos públicos por agentes políticos, no RE 84.175/BA, Rel. Ministro Moreira Alves, Segunda Turma, RT, v. 499, pp. 426/428; e na Apelação Criminal 1.047-3, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desembargador Felizardo Caliz, RT, v. 542, pp. 342/343. Assim, concluem, a conduta do agente público, no fiel depósito de arma, elaborado em termo próprio, subscrito pelo depositário e por testemunhas, é atípica, uma vez não preenchidos os requisitos do tipo subjetivo. Reporta-se aos seguintes precedentes do STJ: AgRg 905.635/SC, Rel. Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 16/6/2008; REsp 54.558/RJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, julgado em 11/10/1994; REsp 184.156/SP, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1º/10/1998; REsp 247.263/RJ, Rel. Ministro Félix Fischer, Quinta Turma, DJ 20/8/2001; REsp 167.546/SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 2/3/1999.

Afirma, ainda, que a tese de ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo, para a configuração do delito de peculato e do arrependimento eficaz, não deve prevalecer o entendimento esposado na decisão agravada – de que não teriam sido debatidas pelo acórdão embargado, a despeito da oposição de embargos de declaração, pois decididas pela Quinta Turma do STJ, no julgamento do HC 104.764/SP –, porquanto a decisão denegatória de *habeas corpus* não constitui litispendência nem coisa julgada. Cita diversos precedentes.

C H R, por sua vez, repisa a alegação de ofensa ao princípio do promotor natural, em virtude da designação, a pedido, de Procuradoras Regionais da República pelo Procurador-Chefe da PRR/3ª Região, através da Portaria 59/2003, para oficiarem no Inquérito Judicial 533 (Processo 2003.03.00.048044-6), bem como em todos os seus desdobramentos e feitos a ele correlatos, processos atinentes a pessoas publicamente desafetas das Procuradoras.

Requerem a reconsideração da decisão ou a sua submissão à Terceira Seção, a fim de que, provido o recurso, seja determinado o processamento dos embargos de divergência.

É O RELATÓRIO.

Apresento o feito em mesa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.131.477 - SP
(2012/0065220-5)**

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A decisão agravada foi proferida nos seguintes termos:

JC DA RM e C H R opõem embargos de divergência a acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ, da relatoria do Ministro Jorge Mussi, assim ementado:

RECURSOS ESPECIAIS DE J C DA R M E DE C H R. PROCESSO PENAL. DIVERGÊNCIA PRETORIANA. NÃO REALIZAÇÃO DO COTEJO ANALÍTICO ENTRE OS JULGADOS APONTADOS DIVERGENTES A FIM DE DEMONSTRAR A SIMILITUDE FÁTICA ENTRE ELES. NÃO CONHECIMENTO DOS APELOS PELA ALÍNEA C DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL.

A juntada apenas dos julgados apontados divergentes sem realização do cotejo analítico não supre as exigências dos arts. 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e 255, § 1º, a, e § 2º, do RISTJ para comprovação do dissídio jurisprudencial, impedindo, assim, o conhecimento das irresignações defensivas pela alínea "c" do art. 105, III, da Constituição da República (Precedentes).

RECURSO ESPECIAL DE J C DA R M. DATA DA REALIZAÇÃO DA SESSÃO DE JULGAMENTO. INTIMAÇÃO PRÉVIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO NOS AUTOS. VIOLAÇÃO AO ART. 192, PARÁGRAFO ÚNICO-A, DO RISTF. VIOLAÇÃO À NORMA DE REGIMENTO INTERNO DE TRIBUNAL. NÃO-CONHECIMENTO. SÚMULA 399 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Os dispositivos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal não se enquadram no conceito de legislação federal, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial neste íterim.

2. Deve se aplicar analogicamente o disposto no Enunciado Sumular n.º 399 do STF: "não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegado for a regimento de tribunal." (Precedentes).

RECURSO ESPECIAL DE C H R. PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS PENAS. PROGRESSÃO DE REGIMES. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA PELA CORTE SUPREMA. TESE PREJUDICADA. FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO: MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Tendo o Supremo Tribunal Federal concedido, em liminar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade provisória ao sentenciado C H R, cujos efeitos foram estendidos a J C da R M, resta prejudicada a análise do pedido de progressão de regimes.

2. Ainda que assim não fosse, não se verifica dos autos que a tese referente à progressão de regimes tenha sido apreciada pela Corte a quo, o que impede sua análise por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes).

RECURSOS ESPECIAIS DE J C DA R M e C H R. NULIDADE DO ACÓRDÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DESEMBARGADORES QUE NÃO PARTICIPARAM DO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. PERDA DO CARGO DE JUIZ FEDERAL POR SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESLOCAMENTO PARA O JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PERPETUATIO JURISDICTIONIS. JULGADOR QUE RESPONDE A FEITO CRIMINAL. SUSPEIÇÃO. NÃO ALTERAÇÃO DO RESULTADO FINAL DO JULGAMENTO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. SUSPEIÇÃO DOS DESEMBARGADORES DA CORTE LOCAL. NÃO COMPROVAÇÃO. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. FALSIDADE IDEOLÓGICA. PECULATO. PREVARICAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE RECEBEU A VESTIBULAR ACUSATÓRIA. IRREGULARIDADE NA COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ESPECIAL. DESCLASSIFICAÇÃO. PREVARICAÇÃO. CORRUPÇÃO PASSIVA. BIS IN IDEM. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES FUNDAMENTADAS APENAS NAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUNTADA INTEGRAL AOS AUTOS DO INQUÉRITO POLICIAL. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL DAS CONVERSAS TELEFÔNICAS. DESNECESSIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. DELITOS CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ABSORÇÃO. CRIME- MEIO. CRIME-FIM. BIS IN IDEM. LANÇAMENTO DEFINITIVO DO TRIBUTO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NÃO AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. ILICITUDE. INOCORRÊNCIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DISTRIBUIÇÃO LIVRE DO FEITO CRIMINAL. INCIDÊNCIA DO ART. 75 DO CPP. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO(A) DESEMBARGADOR (A) RELATOR (A). PREJULGAMENTO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ACESSO AO CONTEÚDO DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES. NECESSIDADE DEMONSTRADA. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. COMPETÊNCIA. DESLOCAMENTO. STJ. MATERIALIDADE DELITIVA. AUSÊNCIA. CONEXÃO PROCESSUAL. SUBPROCURADORAS-REGIONAIS DA REPÚBLICA. FASE INVESTIGATÓRIA. PARTICIPAÇÃO. DESIGNAÇÃO ESPECIAL. IMPEDIMENTO. PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. RECEBIMENTO DA VESTIBULAR ACUSATÓRIA. AUSÊNCIA DOS RÉUS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ILICITUDE DAS PROVAS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NULIDADES NÃO CONFIGURADAS. DESEMBARGADORA-RELATORA. FASE INVESTIGATÓRIA. PARTICIPAÇÃO. SUSPEIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONEXÃO PROBATÓRIA. AÇÕES 306/DF/STJ, 2003.03.00065344-4 E 2003.03.00065345-6/SP/TRF3. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDÍCIOS DE PARTICIPAÇÃO DE MAGISTRADOS FEDERAIS. AUTORIZAÇÃO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. JUIZ DE PRIMEIRO GRAU. ILEGALIDADE NÃO CONFIGURADA. REMESSA AO TRF3. APROVEITAMENTO DAS PROVAS JÁ PRODUZIDAS. MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS POR ESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA. APELOS ESPECIAIS PREJUDICADOS.

As matérias já analisadas e decididas por esta Corte Superior de Justiça, em habeas corpus aqui impetrados pelos recorrentes J C DA R M e C H R, encontram-se prejudicadas na via dos apelos especiais, conforme previsão do art. 34, XI, do RISTJ.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. INOCORRÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADES INEXISTENTES. EFEITOS MODIFICATIVOS. IMPEDIMENTO.

1. Não assiste razão ao recorrente quando alega negativa de prestação jurisdicional, haja vista que o Tribunal a quo resolveu a controvérsia de forma fundamentada.

2. A Corte de origem não está obrigada a se manifestar expressamente sobre todos os argumentos levantados pelas partes, de modo que, ao deliberar de forma diversa da pretendida ou sob outro prisma de fundamentação, enfrentar o tema, rejeitando a tese do recorrente.

3. Esta Corte Superior de Justiça tem julgados no sentido de ser possível a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração, desde que verificada a ocorrência de obscuridade, contradição e/ou omissão no julgado, o que não é o caso dos autos.

4. Não se verificando qualquer vício a macular o acórdão condenatório, não há que se falar na concessão dos efeitos modificativos aos aclaratórios, pois ausentes quaisquer vícios a possibilitar a alteração do julgado.

RECURSO ESPECIAL. C H R. PENAL. APLICAÇÃO DA PENAL. MAUS ANTECEDENTES. MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DESAJUSTADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXTENSÃO AO CO-RÉU J C DA R M.

1. Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Justiça, ações penais em andamento e condenação posterior não podem ser valoradas como maus antecedentes, má conduta social ou personalidade desajustada do agente, para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio de não-culpabilidade.

2. A elevação na pena pelo julgamento desfavorável de algumas circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal, deve seguir um juízo de proporcionalidade, evitando-se uma majoração exagerada sem a devida justificativa.

3. Afastando-se a desfavorabilidade de 3 (três) circunstâncias judiciais é de rigor a diminuição da pena base imposta ao recorrente. Contudo, a reprimenda deve se dar acima do mínimo legal, haja vista a valoração negativa dos motivos, circunstâncias e consequências do delito, bem como quanto à culpabilidade do agente.

4. Readequada a reprimenda de C H R para 2 (dois) anos e 1 (um) mês de reclusão pelo crime do art. 299 do Código Penal; 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão dada à prática do delito tipificado no art. 312 do referido Estatuto Repressor e 10 (dez) meses de detenção pelo crime do art. 319 do Códex Penalista.

5. Muito embora não tenha o recorrente J C DA R M questionado a aplicação de sua reprimenda, devem os efeitos da decisão ser a ele estendidos, por força do art. 580 do Código de Processo Penal, pois o acórdão local fundamentou a exasperação da pena base de ambos os recorrentes nas mesmas razões fáticas e jurídicas, razão pela qual faz jus à redução de sua reprimenda, restando sua sanção definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime previsto no art. 299 do Código Penal; 3 (três) anos e 9 (nove) meses de reclusão dada à incidência no tipo descrito no art. 312 do referido Diploma Repressor e à 10 (dez) meses de detenção pela prática do crime tipificado no art. 319 do Códex Penalista.

PENAL. PREVARICAÇÃO. PRESCRIÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO.

1. A prescrição da pretensão punitiva deve ser declarada de ofício, a teor do art. 61 do Código de Processo Penal.

2. Na espécie, as condenações de ambos os recorrentes pelo delito de prevaricação, restou definitiva em 10 (dez) meses de detenção, tendo-se operada a prescrição da pretensão punitiva do Estado, uma vez que a sessão de julgamento da ação penal na qual restaram os recorrentes condenados, que constitui o último marco interruptivo, foi publicado no dia 24/8/2006, decorrendo, portanto, lapso superior a 2 (dois) anos, conforme o art. 109, VI, do Código Penal (com sua redação original), o que impõe o reconhecimento da prescrição quanto à J C DA R M e C H R quanto ao crime previsto no art. 319 do CP.

DELITOS DE FALSIDADE IDEOLÓGICA E PECULATO-DESVIO. REGIME INICIAL FECHADO À C H R E À J C DA R M. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 3º, DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DESFAVORÁVEIS AOS RÉUS.

1. Na determinação do regime inicial de cumprimento da pena deve-se ter em consideração o disposto no § 3º do artigo 33 do Código Penal, segundo o qual a fixação do sistema carcerário obedecerá aos critérios listados no art. 59 do mesmo Diploma.

2. As quantidades das penas aplicadas e o fato de serem tecnicamente primários não autorizam, por si sós, o abrandamento do modo inicial de resgate da sanção quando as circunstâncias do caso concreto e a fundamentação indicam a necessidade de uma maior repreensão.

3. Na hipótese dos autos, destacou-se as consequências, circunstâncias e motivos do crime e, principalmente, personalidade voltada à delinquência de delitos contra a Administração Pública, o que autoriza a fixação do modo mais gravoso de execução.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e na parte conhecida, dá-se parcial provimento tão somente para reduzir as penas impostas aos recorrentes e, diante das novas reprimendas, reconhecer, quanto ao delito de prevaricação, a extinção da punibilidade em razão da prescrição superveniente, tanto em benefício de C H R quanto de J C DA R M.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos termos abaixo ementados:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL PENAL. MATÉRIAS DECIDIDAS NOS AUTOS DE HABEAS CORPUS ANTERIORMENTE IMPETRADOS EM FAVOR DOS EMBARGANTES. REITERAÇÃO COM IDÊNTICOS FUNDAMENTOS E PEDIDOS NO RECURSO ESPECIAL. PREJUDICIALIDADE.

1. Tendo sido as matérias tratadas no recurso especial discutidas e anteriormente analisadas nos autos de habeas corpus impetrado com idênticos fundamentos e pedido, é de rigor o reconhecimento da prejudicialidade do apelo nobre ante a efetiva entrega da tutela jurisdicional.

OMISSÕES E CONTRADIÇÕES. INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO DO RECURSO. INADEQUAÇÃO.

1. Não ocorre omissão no julgado, quando o acórdão objurgado analisou devidamente todas as teses levantadas pelos embargantes.

2. A pretensão de rejulgamento da causa, na via dos aclaratórios, mostra-se, de todo, inadequada.

3. Embargos de declaração rejeitados.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO INTERPOSTO VIA FAC-SÍMILE. PETIÇÃO ORIGINAL INCOMPLETA. NÃO CONHECIMENTO.

1. É inviável o recurso quando a petição interposta via fax não corresponde ao original apresentado (art. 4º da Lei nº 9.800/99).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. In casu, a juntada incompleta da petição original dos embargos de declaração, impede o seu conhecimento.

3. Recurso não conhecido.

Distribuídos os presentes embargos de divergência ao Ministro César Asfor Rocha, integrante da Corte Especial, a fim de apreciar a divergência existente entre paradigmas do referido Órgão colegiado e da 4ª Turma, foram eles indeferidos liminarmente.

Interpostos agravos regimentais, foram improvidos, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVOS REGIMENTAIS. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS NÃO SEMELHANTES. MATÉRIA PENAL.

– A ausência de semelhança fático-processual entre o acórdão embargado e os paradigmas afasta a alegada divergência.

– **Compete à Terceira Seção processar e julgar embargos de divergência quando confrontados acórdãos apenas da Quinta e da Sexta Turmas.**

Agravos regimentais improvidos.

Vieram-me os autos conclusos para apreciação dos embargos de divergência, relativamente aos paradigmas das 5ª e 6ª Turmas, conforme determinado pelo relator, na Corte Especial, Ministro César Asfor Rocha (fl. 13.997/14.010).

Assim, passo ao exame do dissídio entre os julgados de competência da 3ª Seção.

C H R sustenta, em suas razões recursais, violação ao princípio do promotor natural, legalidade, moralidade, impessoalidade e boa-fé, em virtude da "designação, a pedido, de Procuradoras Regionais da República pelo Procurador-Chefe da PRR/3ª Região, através da Portaria 59/2003, para oficiarem no Inquérito Judicial 533 (Processo 2003.03.00.048044-6), bem como em todos os seus desdobramentos e feitos a ele correlatos – processos atinentes a pessoas publicamente desafetas das Procuradoras, que por seu turno, nem poderiam ter conhecimento antecipado do feito que corria sob sigilo de justiça – contaminando a APN 129" (fl. 13.515). Indica, como paradigmas, o RMS 5867, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJ 16/9/1996; REsp 11772, do mesmo relator, 6ª Turma, DJ 8/9/1992.

Aduz, ainda, violação aos princípios do devido processo legal e da imparcialidade do juiz, ao argumento de que "a Desembargadora-Relatora do processo criminal atuou como autoridade policial na fase investigatória, bem como praticou atos processuais na respectiva fase preparatória, e mais, continuou, simultaneamente, enquanto presidia este feito, a investigar através do INQ JUD 533/TRF3 e da PET 540/TRF3 (ambas anexadas aos autos após o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento desta APN 129/TRF3), o que a torna impedida e suspeita para o julgamento do feito criminal, conforme dicção do art. 252, II, do Código de Processo Penal" (fl. 13.523). Aponta, como paradigmas, o HC 122.059, Rel. Ministro Celso Limongi, 6ª Turma, DJe 23/8/2010; RHC 23.945, Rel. Ministra Jane Silva (Desembargadora Convocada do TJMG), 6ª Turma, DJ 5/2/2009.

Assevera, outrossim, a ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo, indispensável à configuração do crime de peculato, consistente no fim de se apossar da coisa, arma de fogo, em proveito próprio ou de terceiro, bem como a ocorrência de arrependimento eficaz (art. 16 do CP). Afirma que o relator do recurso especial omitiu-se na apreciação da matéria, a qual teria sido examinada na oportunidade do julgamento do HC 104.764. Indica, como paradigma, o REsp 77.183, Rel. Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJ 16/2/1998; REsp 136.115, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 29/06/1998.

Alega, ainda, inépcia da denúncia, por não descrever os elementos mínimos ao exercício da ampla defesa, relativamente à data e ao local em que teriam ocorrido os fatos capitulados como crime de peculato, em violação ao art. 41 do CPP (fl. 13.543). Aponta, como paradigma, o REsp 140.675, Rel. Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJ 4/5/1998; REsp 427.757, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJe 22/4/2008; REsp 612.120, mesmo relator, 6ª Turma, DJ 17/12/2004; REsp 302.543, mesmo relator, 6ª Turma, DJ 22/9/2003; REsp 312.266, mesmo relator, 6ª Turma, DJ 17/2/2003; REsp 253.134, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJ 1º/7/2002.

Sustenta a ausência de fundamentação na dosimetria da pena, que valorou negativamente quatro circunstâncias judiciais, quais sejam, as circunstâncias, os motivos, as consequências do delito e a culpabilidade do agente; bem como majorou a pena-base em 1/4, pelo reconhecimento da agravante do art. 61, II, "g", do CP, quanto ao crime de falsidade ideológica. Indica os seguintes paradigmas: REsp 264.042, Rel. Ministro Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 7/10/2002; HC 117.171, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 8/6/2009; HC 18.032, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 18/8/2003.

Alega, por fim, ilegalidade das interceptações telefônicas, autorizadas sem a prévia instauração de inquérito policial, que sobreveio 17 meses após a deflagração da medida cautelar. Assim, conclui ser nula a interceptação telefônica sem o ajuizamento da ação principal, dentro do trintídio legal. Indica os seguintes acórdãos paradigmas: REsp 74.122, Rel. Min. Vicente Leal, 6ª Turma, DJ 05/04/1999; REsp 384.205, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 14/10/2002.

JC D RM aduz que "o falso [crime-meio] não pode ser considerado autônomo em relação ao crime de sonegação fiscal [crime-fim]" (fl. 13.831). Indica os seguintes paradigmas: RHC 1.506, Rel. Ministro Carlos Thibau, 6ª Turma, DJ 30/03/1992; HC 4.547, Rel. Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJ 7/4/1997; HC 4.340, Rel. Ministro Anselmo Santiago, 6ª Turma, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13/8/1996; RHC 2.145, Rel. Ministro Edson Vidigal, DJ 15/02/1993.

Alega, outrossim, que o delito de peculato, na modalidade desvio, exige a demonstração do efetivo prejuízo. Aponta, como paradigma, o AgRg no Ag 905.635, Rel. Ministro Nilson Naves, 6ª Turma, DJe 24/11/2008.

Assevera, por fim, a ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo de prevaricação, consistente na satisfação de interesse ou sentimento pessoal. Indica os seguintes paradigmas: HC 90, Rel. Ministro COSTA LEITE, 6ª Turma, DJ 05/03/1990; RHC 3.960, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, DJ 28/11/1994.

DE C I D O

Inicialmente, deixo de analisar as teses referentes ao crime de prevaricação, tendo em vista o reconhecimento da extinção da punibilidade dos ora embargantes, relativamente ao aludido delito, pelo relator, quando do julgamento do recurso especial, ante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Os presentes embargos de divergência opostos não superam o juízo de admissibilidade.

Consoante orientação jurisprudencial do STJ, somente se admite como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo que examinem o mérito do apelo, não sendo aptos aqueles proferidos em habeas corpus nem recurso ordinário em mandado de segurança, como na espécie.

É o que dispõe o seguinte precedente:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMAS ORIUNDOS DE HABEAS CORPUS. INVIABILIDADE. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É firme o entendimento desta Corte no sentido de que somente se admitem como acórdãos paradigmas os proferidos no âmbito de recurso especial e de agravo que examine o mérito do apelo, não sendo aptos a tal finalidade os arestos no âmbito de recurso ordinário em mandado de segurança, conflito de competência, ação rescisória, tampouco em sede de habeas corpus, como na espécie.

2. Para comprovação do dissídio jurisprudencial, mister o confronto entre a decisão atacada e os acórdãos paradigmas de modo a identificar a hipótese a que teria sido dada interpretação divergente.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EREsp 1.111.941, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 18/03/2014).

Verifico, outrossim, que os embargantes limitaram-se a transcrever as ementas dos arestos paradigmas, sem realizar o cotejo analítico entre eles e o acórdão recorrido, transcrevendo os trechos dos acórdãos que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

configurem o dissídio, de modo a demonstrar a similitude fático-jurídica, nos termos do art. 266, § 1º, c/c 255, § 2º, do RISTJ.

De fato, "para que se configure o dissídio jurisprudencial é indispensável que os julgados confrontados revelem soluções distintas extraídas das mesmas premissas fáticas e jurídicas" (AgRg nos EREsp 1.202.436/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJe 10/02/2012). Assim, "a mera transcrição ou juntada de ementas não é suficiente para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, sendo necessário o confronto dos acórdãos embargado e paradigma, para verificação dos pontos em que se assemelham ou diferenciam" (AgRg nos EREsp 1359558/PB, Rel. Ministro GILSON DIPP, CORTE ESPECIAL, DJe 24/03/2014).

Ademais, os embargos de divergência não constituem via própria ao re julgamento da questão deduzida no recurso especial, como pretendem os embargantes.

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL. DESSEMELHANÇA ENTRE AS NORMAS INTERPRETADAS. DIVERGÊNCIA NÃO CONFIGURADA.

[omissis]

4. **Ademais, os Embargos do art. 546 do CPC não se prestam à mera rediscussão do mérito recursal ou mesmo ao exame do acerto da decisão embargada.** Precedentes (AgRg nos EREsp 875.618/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 1.2.2013; AgRg nos EREsp 1.229.335/SP, Rel. Ministro Castro Meira, Corte Especial, DJe 18.9.2012; AgRg nos EREsp 1.191.545/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 13.9.2012; AgRg nos EREsp 1.116.829/MG, Rel. Ministro Sebastião REIS Júnior, Terceira Seção, DJe 8.10.2012; AgRg nos EDcl nos EREsp 1.063.031/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, DJe 16.8.2012; EDcl no AgRg nos EREsp 1.130.304/SP, Rel. Ministro Gilson DIPP, Corte Especial, DJe 2.2.2012; EDcl no AgRg nos EREsp 1.119.043/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, DJe 1.2.2012).

5. Embargos de Divergência não conhecidos. (EResp 1.072.613, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, DJe 13/03/2014)

De outra parte, as teses de ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo, indispensável à configuração do delito de peculato, e de arrependimento eficaz, não foram debatidas pelo acórdão embargado, a despeito da oposição de embargos de declaração, porquanto já decididas no HC 104.764/SP, o que inviabiliza a inauguração da via eleita, que pressupõe o prequestionamento da tese de direito suscitada.

Por fim, quanto às alegações de erro na dosimetria da pena e de nulidade da medida cautelar de interceptação telefônica, por ausência de ajuizamento da ação principal no trintídio legal, não há similitude fática com os



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

paradigmas em recurso especial, impossibilitando a configuração de dissídio, mormente porque os acórdãos colacionados, relacionados à medida cautelar, sequer tratam de matéria criminal.

Ante o exposto, com fundamento no art. 266, § 3º, do RISTJ, indefiro liminarmente os presentes embargos de divergência.

A decisão agravada deve ser mantida, porquanto os agravantes não apresentaram fundamentação capaz de desconstituir a decisão recorrida.

É pacífica a orientação da Corte Especial, no sentido de que o acórdão proferido em *habeas corpus* não é admitido como paradigma para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial. Nesse sentido, confira-se o seguinte precedente:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPROPRIEDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES.

1. Não se admite embargos de divergência quando o julgado paradigma foi proferido em Habeas Corpus.

2. Precedentes: AgRg nos EREsp 787.775/SC, Rel. Min. Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 2.10.2006; AgRg nos EREsp 1.101.666/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Terceira Seção, DJe 6.4.2010; AgRg nos EREsp 575.684/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, DJe 7.4.2010.

Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl nos EAgr 1404093/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/05/2012, DJe 06/06/2012)

No tocante à tese de absorção do delito de falso pelo de sonegação fiscal, o agravante apresentou, como paradigmas, acórdãos julgados pela Corte Especial ou proferidos em *habeas corpus*, o que não se presta à comprovação da divergência entre as Turmas que compõem a Terceira Seção. Observo, ainda, que o agravante inovou no recurso, apresentando, apenas nas razões do agravo regimental, precedente da Quinta Turma, que afirma amparar a sua pretensão recursal. Ademais, não atentou o agravante que a divergência apta a ensejar o cabimento do recurso é aquela havida entre órgãos julgadores distintos, e não dentro da mesma Turma.

De outra parte, o conhecimento dos embargos de divergência pressupõe o prequestionamento da questão jurídica suscitada, o que não ocorre quanto às teses de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ausência de demonstração do elemento subjetivo do tipo, indispensável à configuração do delito de peculato, e de arrependimento eficaz, que não foram debatidas pelo acórdão embargado, a despeito da oposição de embargos de declaração, porquanto já decididas no HC 104.764/SP, o que inviabiliza a inauguração da via eleita. Do mesmo modo, a alegação de atipicidade da conduta, a qual, segundo afirma o agravante, subsumir-se à figura típica do peculato-uso e não peculato-desvio, não foi debatida, porquanto apreciada no HC 104.764/SP.

Por fim, quanto à alegação de violação ao princípio do promotor natural, verifico que o recorrente trouxe paradigma decidido em Recurso em Mandado de Segurança, que não se presta a comprovar o dissídio, na linha da orientação jurisprudencial desta Corte. Senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NÃO APRECIÇÃO DO MÉRITO DO APELO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 315 DESTA CORTE. PARADIGMAS ORIUNDOS DE RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA E DA MESMA TURMA JULGADORA. INVIABILIDADE. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial" (enunciado nº 315/STJ).

2. Não servem à comprovação de dissídio paradigmas proferidos em sede de recurso ordinário em mandado de segurança, tampouco acórdãos provenientes do mesmo órgão julgador.

3. Para comprovação da divergência jurisprudencial, mister o cotejo analítico entre os arestos confrontados.

4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EAREsp 260.081/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2014, DJe 21/03/2014)

Por outro lado, relativamente ao acórdão apontado como paradigma, proferido no julgamento do REsp 11722/SP, o embargante limitou-se a transcrever a ementa do aresto paradigma, sem realizar o cotejo analítico entre eles e o acórdão recorrido, transcrevendo os trechos dos acórdãos que configurassem o dissídio, de modo a demonstrar a similitude fático-jurídica, nos termos do art. 266, § 1º, c/c 255, § 2º, do RISTJ.

Diante desses elementos, mantenho a decisão agravada por seus próprios



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fundamentos.

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

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2012/0065220-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos**
EResp 1.131.477 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 200303000653432 200303000653456 200901422699

EM MESA

JULGADO: 14/05/2014
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ZÉLIA OLIVEIRA GOMES

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE	: J C DA R M (PRESO)
ADVOGADOS	: DANIEL MARTINS SILVESTRI ALINE KEMER TAMADA DA ROCHA MATTOS
EMBARGANTE	: C H R (PRESO)
ADVOGADOS	: WILSON ROGÉRIO CONSTANTINOV MARTINS AFFONSO PASSARELLI FILHO ENÉIAS PIEDADE E OUTRO(S)
EMBARGADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
CORRÉU	: C M
CORRÉU	: A M
CORRÉU	: J A B
CORRÉU	: D B
CORRÉU	: J L B DA S
CORRÉU	: W R
CORRÉU	: N R E C
CORRÉU	: C A DA C S
CORRÉU	: A P F
CORRÉU	: S C J

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Fé Pública - Falsidade ideológica

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: C H R (PRESO)
ADVOGADOS	: WILSON ROGÉRIO CONSTANTINOV MARTINS AFFONSO PASSARELLI FILHO ENÉIAS PIEDADE E OUTRO(S)
AGRAVANTE	: J C DA R M



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ADVOGADOS : DANIEL MARTINS SILVESTRI
ALINE KEMER TAMADA DA ROCHA MATTOS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CERTIDÃO

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

As Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora Convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura e os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro, Regina Helena Costa e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.