



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 935.991 - RJ (2016/0157661-1)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
EMBARGANTE : **THADEU PENNA GALVAO CRUZ**
ADVOGADO : **FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343**
EMBARGADO : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMAS DE TURMA DA MESMA SEÇÃO QUE O ACÓRDÃO EMBARGADO, DA CORTE ESPECIAL E DE SEÇÕES DIFERENTES. CISÃO NO JULGAMENTO. PRIMAZIA DA CORTE ESPECIAL. EFEITO DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA ACUSADO SOBRE A COMPETÊNCIA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. NÃO CONHECIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À TERCEIRA SEÇÃO.

1. Segundo jurisprudência da Corte Especial, suscitada a divergência com paradigmas de Turmas da mesma Seção e de Seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à Seção competente em relação aos demais paradigmas.
2. A finalidade dos embargos de divergência não é a reapreciação da controvérsia, mas a uniformização de teses jurídicas entre diferentes órgãos fracionários. Para tanto, faz-se necessária a demonstração do ponto em que divergem os acórdãos confrontados.
3. Na espécie, a similitude fática não ficou demonstrada, pelo menos em relação à parte do julgamento que cabe à Corte Especial, devendo os autos serem remetidos à Terceira Seção, para apreciação do recurso em relação aos paradigmas daquele Colegiado.
4. Embargos de divergência não conhecidos, em relação aos paradigmas da Corte Especial e da Primeira e Segunda Turmas.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial, por unanimidade, não conhecer dos embargos de divergência e determinar a remessa dos autos à Terceira Seção, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Brasília, 02 de agosto de 2017(Data do Julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO RAUL ARAÚJO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2016/0157661-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**EAREsp 935.991 /
RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00826608920138190002 201624700178

PAUTA: 17/05/2017

JULGADO: 17/05/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : THADEU PENNA GALVAO CRUZ

ADVOGADO : FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Posse de Drogas para Consumo Pessoal

CERTIDÃO

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

Adiado o julgamento.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2016/0157661-1

EAREsp 935.991 /
RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00826608920138190002 201624700178

PAUTA: 21/06/2017

JULGADO: 21/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : THADEU PENNA GALVAO CRUZ
ADVOGADO : FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Posse de Drogas para Consumo Pessoal

CERTIDÃO

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

Adiado por indicação do Sr. Ministro Relator para a próxima sessão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 935.991 - RJ (2016/0157661-1)

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO
EMBARGANTE : THADEU PENNA GALVAO CRUZ
ADVOGADO : FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):

Trata-se de embargos de divergência opostos contra acórdão da colenda Sexta Turma, proferido em sede de agravo regimental em agravo em recurso especial, assim ementado (e-STJ, fl. 760):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 384 DO CPP. ALTERAÇÃO DA CAPITULAÇÃO JURÍDICA. HIPÓTESE DE EMENDATIO LIBELLI. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE NECESSIDADE DE ENCAMINHAR OS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. ENUNCIADO 284 DA SÚMULA DO STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 282 E 356 DA SÚMULA DO STF. AFRONTA AOS ARTS. 5º, LIV E LV, 98, I, E 129, I, TODOS DA CF. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Não havendo modificação quanto ao fato descrito na exordial acusatória, pode o magistrado, ao prolatar a sentença, dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia (emendatio libelli). Precedentes.

2. Recurso especial que não demonstra, de maneira clara e individualizada, os dispositivos tidos como violados. Incidência do enunciado 284 da Súmula do STF.

3. A alegação de necessidade de se encaminhar os autos ao Juizado Especial Criminal não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, até porque não suscitada nas razões da apelação, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento. Incidência, na espécie, dos enunciados 282 e 356 da Súmula do STF.

4. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, a análise de ofensa direta a dispositivo constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 935.991/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe de 16/09/2016)

Em face de tal acórdão, o recorrente interpôs embargos de divergência (e-STJ, fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

780/899), sob a alegação de que o julgado diverge de precedentes das Primeira, Segunda e Quinta Turmas, bem como desta col. Corte Especial, relativamente à *mutatio libelli/emendatio libelli*, no que diz respeito à desclassificação do delito, levada a efeito pelo Juízo de Primeiro Grau, e à aplicação da Súmula 284 do STF, segundo a qual "*é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia*".

Para demonstrar a divergência alegada, a parte embargante apontou como paradigmas os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE NÃO PERMITIU A SUBIDA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO EM FACE DE DECISUM QUE INADMITIU RECURSO ESPECIAL POR AUSÊNCIA DE PEÇAS DE TRASLADO OBRIGATÓRIO. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO.

1 - *É manifesta a incompetência do Tribunal a quo para negar seguimento a agravo de instrumento tirado para fazer subir recurso especial.*

2 - *A incompetência absoluta, desde que chegada ao conhecimento deste Superior Tribunal de Justiça, deve ser declarada de ofício, em homenagem à repartição de competência jurisdicional fixada na Constituição Federal.*

3 - *Agravo regimental a que se confere provimento e, conseqüentemente, ao recurso especial, para fazer subir o agravo de instrumento interposto.*

(AgRg no REsp 118.908/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/02/2001, DJ de 11/06/2001, p. 99)

PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – NULIDADE ABSOLUTA NÃO ARGÜIDA – LIMITES DO RECURSO ESPECIAL.

1. *O prequestionamento é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer as nulidades absolutas.*

2. *A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas ex officio, por ser matéria de ordem pública.*

Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF).

3. *Hipótese em que se conhece do especial por violação do art. 535, II, do CPC e por negativa de vigência ao art. 11, V, da Lei 9.394/96, ensejando o reconhecimento ex officio da ilegitimidade do Ministério Público para, via ação civil pública, defender interesse individual de menor.*

4. *Na ação civil pública atua o parquet como substituto processual da sociedade e, como tal, pode defender o interesse de todas as crianças do*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Município para terem assistência educacional.

5. *Ilegitimidade que se configura a partir da escolha de apenas dois menores para proteger, assumindo o Ministério Público papel de representante e não de substituto processual.*

6. *Recurso especial provido.*

(REsp 466.861/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/06/2004, DJ de 29/11/2004, p. 277)

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA E EVENTUAL. ART. 33, § 3.º, DA LEI N.º 11.343/06. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. APLICABILIDADE NA ESPÉCIE. DESCLASSIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL PARA O ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. CIRCUNSTÂNCIA NÃO INCLUÍDA NA DENÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 453 DO STF.

1. *A Nova Lei de Tóxicos, sem alterar substancialmente a figura típica do tráfico, trouxe inovações, no particular, favoráveis, diferenciando o tráfico-comércio do tráfico-distribuição gratuita e eventual, daí sua aplicação retroativa na hipótese. Precedente do STJ.*

2. *Não tendo sido narrado na denúncia o fim comercial, sequer em passant, a desclassificação da sentença condenatória pelo acórdão recorrido para imputar ao Paciente a conduta prevista no art. 12, caput, da Lei n.º 6.368/76 importa em manifesto constrangimento ilegal, já que não se aplica em segunda instância o disposto no art.*

384 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal, que autoriza dar nova definição jurídica ao fato delituoso em virtude de circunstância elementar não contida explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa. Inteligência da Súmula n.º 453 do Supremo Tribunal Federal.

3. *Ordem concedida para, cassando o acórdão impugnado, restabelecer a sentença condenatória em todos os seus termos.*

(HC 96.706/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe de 12/05/2008)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO CABÍVEL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. *A via eleita se revela inadequada para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, circunstância que impede o seu formal conhecimento. Precedentes.*

2. *O alegado constrangimento ilegal será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação ex officio, nos termos do artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal.*

TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SENTENÇA QUE ABSOLVEU A PACIENTE DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006 E DESCLASSIFICOU A CONDOTA REMANESCENTE PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. AUSÊNCIA DE REMESSA AOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL E ABERTURA DE VISTA AO MINISTÉRIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PÚBLICO PARA SE MANIFESTAR SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. NULIDADE. DECURSO DE PRAZO SUFICIENTE À EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DA ACUSADA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Este Sodalício possui entendimento consolidado no sentido de que absolvido o réu de parte das imputações que lhe foram feitas ou desclassificada a conduta que lhe foi imputada, e sendo cabível o oferecimento dos benefícios previstos na Lei 9.099/1995, cumpre ao magistrado abrir vista dos autos ao Ministério Público a fim de que sobre eles se manifeste. Enunciado 337 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Não tendo a togada sentenciante remetido os autos ao Juizado Especial para que órgão ministerial se pronunciasse sobre a possibilidade de propositura dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/1995 à paciente, impondo-lhe diretamente o cumprimento de medida educativa, e tendo a Corte Estadual procedido diretamente à apreciação do cabimento da transação penal e da suspensão condicional do processo, constata-se a nulidade do feito.

3. Com a anulação da sentença no ponto, não é mais possível o exame da prescrição da pretensão executória, cujo termo inicial é o trânsito em julgado da condenação para o Ministério Público, cumprindo analisar, portanto, se teria decorrido prazo suficiente para a consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal.

4. Tendo sido imputada à paciente a infração penal prevista no artigo 28 da Lei de Drogas, tem-se que o prazo prescricional é de 2 (dois) anos, nos termos do artigo 30 da legislação em comento, sendo que entre o recebimento da denúncia, que se deu aos 27.8.2009, até a presente data já transcorreram mais de que 2 (dois) anos, o que enseja a extinção da punibilidade da paciente pela prescrição da pretensão punitiva estatal.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular parcialmente a sentença proferida nos autos, declarando-se a extinção da punibilidade da paciente quanto ao delito do artigo 28 da Lei 11.343/2006 com base na prescrição da pretensão punitiva estatal.

(HC 291.259/SC, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE -, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe de 25/06/2015)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO. RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O acórdão absolutório afirma que a prova é frágil e que os depoimentos dos policiais geram dúvida insuperável, aplicando, assim, o princípio in dubio pro reo.

2. O restabelecimento da sentença condenatória por esta Corte



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Superior, como pretende o representante do Parquet, implica em exame aprofundando do material fático-probatório, vedado pela via eleita, a teor da Súmula n. 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.508.744/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2016, DJe de 10/02/2016)

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO LEGAL NÃO EXPRESSAMENTE MENCIONADO. IRRELEVÂNCIA, SE EXPLICITADA A QUESTÃO FEDERAL. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS.

Sendo a matéria conhecida, e devidamente explicitada a questão federal, com o tema colocado sob confronto, a omissão do preceito legal, por si só, não afasta a apreciação do recurso especial.

(EResp 155.321/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/1999, DJ 19/04/1999, p. 70)

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.

(EResp 181.682/PE, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ de 16/08/1999, p. 37)

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro apresentou impugnação, às fls. 919/943. Parecer do Ministério Público Federal às fls. 946/959, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento dos embargos de divergência.

É o relatório. Passa-se ao voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 935.991
- RJ (2016/0157661-1)**

RELATOR : MINISTRO RAUL ARAÚJO
EMBARGANTE : THADEU PENNA GALVAO CRUZ
ADVOGADO : FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator) :

- I -

De início, observa-se que, entre os acórdãos apontados como paradigmas, o embargante sustenta a existência de divergência com acórdãos da eg. **Quinta Turma**.

No ponto, deve-se destacar, preliminarmente, que, quanto à divergência do acórdão embargado com paradigmas de Turma da mesma Seção em que se originou o acórdão embargado, no caso, Quinta e Sexta Turmas, faz-se necessária a cisão do julgamento, uma vez que compete à Seção respectiva julgar os embargos de divergência relativos aos seus paradigmas internos.

Nesse sentido é o entendimento da Corte Especial:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PARADIGMAS DE TURMA DA MESMA SEÇÃO QUE O ACÓRDÃO EMBARGADO E DE SEÇÕES DIFERENTES. CISÃO NO JULGAMENTO. PRIMAZIA DA CORTE ESPECIAL. ARTIGO 266 DO RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Segundo jurisprudência desta Corte Especial, suscitada a divergência com paradigmas de turmas da mesma seção e de seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa à seção competente em relação aos demais paradigmas (ERESP 1.261.757/SC, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJE 26.06.2013).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no CC 133.191/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, **CORTE ESPECIAL**, julgado em 06/08/2014, DJe de 15/08/2014)

Dito isto, passa-se ao exame dos embargos de divergência apenas em relação aos paradigmas da Corte Especial e das Primeira e Segunda Turmas, antes transcritos.

- II -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse aspecto, observa-se que a parte embargante apontou supostas divergências entre o acórdão embargado e os paradigmas relacionados, indicando os trechos dos acórdãos confrontados nos quais se apresentaria a divergência.

Nessa linha de raciocínio, observa-se que a divergência do acórdão recorrido, em relação ao paradigma da Corte Especial, estaria relacionada à necessidade de prequestionamento da matéria, conforme se extrai da petição dos embargos de divergência às fl. 785:

Sobre o tema prequestionamento, o acórdão embargado diverge do que já decidira a CORTE ESPECIAL deste Tribunal - prescindibilidade de menção expressa do dispositivo legal - nos EREsp nº181.682/PE (inteiro teor anexado) e EResp 155.321/SP (inteiro teor anexado):

E acrescenta, às fls. 800/801:

IV.II – Não reconhecimento de prequestionamento implícito:

31. *O acórdão divergente desconsidera que o Tribunal de origem, ao afirmar como correta a incidência da emendatio libelli operada na sentença de piso, também considerou como competente para julgar crime de menor potencial ofensivo Magistrado não natural – absolutamente incompetente -.*

32. *Portanto, a negativa de vigência da lei 9.099/1995 e seus institutos despenalizadores fora objeto de deliberação pelo Tribunal local, no mínimo, de maneira implícita. Não sendo necessário maior esforço intelectual para entender que o Tribunal, ao considerar lícita e válida a condenação do Juiz da Vara Criminal, por interpretação inversa, emitiu juízo de valor e negou vigência à lei 9.099/1995.*

33. *O acórdão embargado não considerou a existência de prequestionamento implícito nos seguintes termos:*

Trecho do voto adotado – Relatora:

*Ainda em relação à alegação de necessidade de se encaminhar os autos ao Juizado Especial Criminal, observa-se também que este tópico **não foi objeto de apreciação pela Corte de origem**, até porque não suscitada nas razões da apelação, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento.*

*Desse modo, o tema não foi prequestionado, **sequer implicitamente**, o que atrai a incidência, por simetria, dos enunciados 282 e 356 da Súmula do Excelso Pretório, respectivamente, in verbis:*

[...] [negritou-se]

Ou seja, no entendimento da parte embargante, a divergência em relação à Corte Especial estaria situada especificamente no item 3 do acórdão embargado:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. *A alegação de necessidade de se encaminhar os autos ao Juizado Especial Criminal não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, até porque não suscitada nas razões da apelação, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento. Incidência, na espécie, dos enunciados 282 e 356 da Súmula do STF.*

Tal item do acórdão embargado divergiria dos paradigmas da Corte Especial antes transcritos, mas que se repetem aqui para melhor compreensão:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVO LEGAL NÃO EXPRESSAMENTE MENCIONADO. IRRELEVÂNCIA, SE EXPLICITADA A QUESTÃO FEDERAL. RECEBIMENTO DOS EMBARGOS.

Sendo a matéria conhecida, e devidamente explicitada a questão federal, com o tema colocado sob confronto, a omissão do preceito legal, por si só, não afasta a apreciação do recurso especial.

(EResp 155.321/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/02/1999, DJ de 19/04/1999, p. 70)

RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. Desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida.

(EResp 181.682/PE, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/1999, DJ de 16/08/1999, p. 37)

Observa-se, porém, que os dois acórdãos da Corte Especial apontados como paradigmas referem-se à *"desnecessidade de menção expressa, pelo acórdão, do dispositivo legal que se pretende violado, bastando que a questão federal tenha sido debatida"*.

Não é este - absolutamente - o caso dos autos, uma vez que o acórdão embargado, no item 3 acima transcrito, deixa claro que não houve prequestionamento implícito. Ao contrário, afirma que a questão da eventual necessidade de remessa dos autos ao Juizado Especial *"não foi objeto de apreciação pela Corte de origem, até porque não suscitada nas razões da apelação, tampouco foram opostos embargos de declaração para fins de prequestionamento"*.

De fato, uma leitura atenta da apelação (e-STJ, fls. 281/305) revela que não se fez ali nenhuma menção à suposta necessidade de se remeter os autos ao Juizado Especial, em razão da eventual desclassificação do crime descrito na denúncia.

Em suma, confrontando-se os acórdãos paradigmas e o acórdão embargado, observa-se o seguinte: no acórdão embargado, a questão relativa à competência do Juizado Especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

não foi apreciada na apelação; nos acórdãos paradigmas, apenas se deixou de indicar expressamente o preceito da legislação federal descumprido, sendo possível identificá-lo a partir da argumentação em debate.

Verifica-se, portanto, que os paradigmas da Corte Especial confrontados com o acórdão recorrido não guardam similitude fática.

Ainda, porém, que se admitisse discutir a questão da remessa dos autos ao Juizado Especial, sem que tenha havido o prequestionamento da matéria, tal discussão deveria ser feita à luz dos paradigmas das Primeira e Segunda Turmas, conforme se demonstra a seguir.

- III -

Com relação aos paradigmas das Primeira e Segunda Turmas, a parte embargante alega que deveria ter havido, por parte da eg. Sexta Turma, reconhecimento de ofício de nulidade absoluta, a qual consistiria no fato de o Juízo de primeiro grau haver julgado feito da competência dos Juizados Especiais.

Basicamente, a alegação é a de que, tendo o juiz de primeiro grau desclassificado o crime de "*porte para o comércio*" para "*porte para uso*", de menor potencial ofensivo, automaticamente o julgador teria reconhecido sua incompetência para o julgamento do mérito. Segundo entende o embargante, essa incompetência, por ser absoluta, deveria ter sido declarada pela eg. Sexta Turma, no acórdão embargado.

O argumento é encontrado na fl. 803:

IV.III – Nulidade absoluta/questão de ordem pública e reconhecimento de ofício pelo Tribunal:

36. O terceiro e último fundamento divergente do acórdão recorrido orbita em torno da possibilidade/necessidade do Tribunal Superior em reconhecer ex officio questão de ordem pública /nulidade absoluta.

37. A decisão embargada deixou de analisar a nulidade absoluta da sentença - proferida por juiz manifestamente incompetente - sob o fundamento de estar ausente o requisito do prequestionamento e, ainda, afastando o poder/dever do Tribunal no reconhecimento de questão de ordem pública.

38. Assim o trecho do voto adotado no Acórdão embargado da eminente Relatora:

Saliente-se que, ainda que se considere como questão de ordem pública, é indispensável o efetivo exame da matéria pelo acórdão recorrido, em atenção ao disposto no art. 105, III, da Constituição Federal, que exige o prequestionamento por meio



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da apreciação da questão federal pelo Tribunal a quo, de modo a se evitar a supressão de instância. [negritou-se]

39. Outro é o entendimento emitido pelas **PRIMEIRA** e **SEGUNDA TURMAS** da **PRIMEIRA SEÇÃO** estampado no **REsp 466.861/SP** e **AgRg no REsp 118.908/DF**:

Ocorre que, nos paradigmas citados, as Primeira e Segunda Turmas, em que pese reconhecerem que *"a incompetência absoluta, desde que chegada ao conhecimento deste Superior Tribunal de Justiça, deve ser declarada de ofício"*, tratam de situações completamente distintas daquela havida no acórdão embargado.

No Recurso Especial 466.861/SP, julgado pela col. **Segunda Turma**, a discussão versa sobre a legitimidade ativa do Ministério Público em ação civil pública, na qual atua como substituto processual da sociedade, sendo impossível mensurar se o tratamento dado por esta Corte àquele caso deveria ser o mesmo a ser adotado neste caso, em face da flagrante ausência de similitude do suporte fático.

No Agravo Regimental no Recurso Especial 118.908/DF, julgado pela eg. **Primeira Turma**, está presente o tema da competência do juízo. No entanto, percebe-se, no voto do relator para acórdão, eminente **Ministro José Delgado**, que o caso versava sobre situação na qual o Tribunal a quo *"não permitiu a subida de agravo de instrumento tirado contra decisão que inadmitiu recurso especial, por entender que tinha competência para assim decidir, em face da ausência, nos autos, de peça essencial (traslado das contra-razões que a recorrente afirma não existir)"*. Configurada a incompetência absoluta do Tribunal de origem para julgar o agravo de instrumento, entendeu esta Corte que tal incompetência poderia ser declarada de ofício.

Situação diferente ocorre nos presentes autos, em que a alegação é de que a incompetência absoluta teria surgido a partir do momento em que o Juízo de primeiro grau julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva, condenando o réu, mas desclassificando o crime, do art. 33, § 4º, para o art. 28 da Lei 11.343/2006 (fl. 260).

Registre-se, por oportuno, que o Ministério Público apelou da sentença, insistindo na punição do réu, nos termos da norma mais rigorosa. Também a defesa apelou da sentença, pleiteando a absolvição, sendo que em nenhum momento defendeu ou pleiteou a remessa dos autos ao Juizado Especial, em razão da desclassificação procedida na sentença. Nem mesmo por ocasião do recurso especial a suposta incompetência absoluta veio a ser alegada.

Haveria, assim, que se avaliar aqui, se o Juízo de primeiro grau, por ocasião do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgamento, ao concluir pela desclassificação dos fatos para um tipo penal mais leve, poderia proferir a sentença de procedência parcial - como foi feito - ou se teria que remeter os autos ao Juizado Especial, por se considerar incompetente para julgar o feito.

Não se está a tratar, portanto, de simplesmente haver chegado ao conhecimento desta Corte decisão proferida por Juízo absolutamente incompetente - como no caso do aresto paradigma -, mas de se verificar eventual ocorrência de incompetência superveniente, em razão da desclassificação do crime.

Em caso similar, a eg. **Terceira Seção** afastou a incompetência superveniente, sob o fundamento da *perpetuatio jurisdictionis*:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA – TRIBUNAL DE JUSTIÇA VERSUS COLÉGIO RECURSAL – APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA CONTRA DECISÃO PROFERIDA POR JUIZ DE DIREITO DA VARA CRIMINAL – DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA AO RÉU NA SENTENÇA PARA CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO – PERPETUATIO JURISDICTIONIS – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

I- Processada e julgada a ação penal perante Vara Criminal Comum, a competência para julgar eventual recurso, não obstante a desclassificação da conduta imputada ao acusado para infração de menor potencial ofensivo na sentença, é do respectivo Tribunal de Justiça, em obediência ao princípio da perpetuatio jurisdictionis.

II- Competência do Tribunal de Justiça.

(CC 89.002/SP, **Rel. Ministra JANE SILVA** - DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG -, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJ de 24/09/2007, p. 246)

Não que se pretenda chegar aqui a um juízo de mérito sobre essa questão, mas, para o fim específico do julgamento dos presentes embargos de divergência, já se vê que o aresto apontado como precedente pela parte embargante (AREsp 118.908/DF, da **Primeira Turma**), não guarda similitude fática com o acórdão confrontado.

-IV-

Conclui-se, a partir dessas ponderações, que nem os precedentes desta eg. Corte Especial, tampouco os precedentes das Primeira e Segunda Turmas, apontados como paradigmas, guardam similitude fática com o acórdão recorrido, que se prestem a fundamentar os embargos de divergência.

Posto isso, rejeitam-se os embargos de divergência, que não merecem conhecimento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

também em relação a tais paradigmas.

Com essas considerações, não se conhece dos embargos de divergência.

Deve, assim, o processo ser remetido para a eg. Terceira Seção desta Corte, para julgamento dos embargos no que se refere à divergência interna naquele órgão fracionário, ao qual compete analisar o recurso quanto ao alegado dissídio pretoriano envolvendo a Quinta e a Sexta Turma.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 2016/0157661-1

PROCESSO ELETRÔNICO

**EAREsp 935.991 /
RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00826608920138190002 201624700178

PAUTA: 02/08/2017

JULGADO: 02/08/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra LAURITA VAZ

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSÉ BONIFÁCIO BORGES DE ANDRADA

Secretária

Bela. VÂNIA MARIA SOARES ROCHA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : THADEU PENNA GALVAO CRUZ

ADVOGADO : FELIPI MARTINS DE OLIVEIRA PEREIRA - RJ173343

EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Posse de Drogas para Consumo Pessoal

CERTIDÃO

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

A Corte Especial, por unanimidade, não conheceu dos embargos de divergência e determinou a remessa dos autos à Terceira Seção, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Nancy Andrigli, João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.