



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 471.430 - SP (2014/0028552-0)

RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
AGRAVANTE : V N M
ADVOGADO : JOSEMARY NUNES MARIN
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. UNIFORMIZAÇÃO COM JURISPRUDÊNCIA DE OUTROS TRIBUNAIS. IMPOSSIBILIDADE. PARADIGMA PROFERIDO EM SEDE DE *HABEAS CORPUS*. INADMISSIBILIDADE. EXAMES TÉCNICOS DE ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO.

1. Os embargos de divergência têm como escopo a uniformização da jurisprudência dos órgãos julgadores desta Corte, garantindo aos jurisdicionados uma única e correta interpretação da legislação infraconstitucional federal. Assim, mostra-se inviável a busca da pacificação da jurisprudência desta Corte com a jurisprudência de outros tribunais.

2. A Terceira Seção tem entendimento de que, sendo a finalidade dos embargos de divergência a uniformização da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito federal, somente se admite como paradigma acórdão proferido em sede de recurso especial e de agravo em recurso especial que examine o mérito da questão, não sendo aptos a tal finalidade os acórdãos proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, ação rescisória, *habeas corpus* e conflito de competência.

3. Se o acórdão objeto dos embargos não adentrou no mérito do recurso especial por entender incidente a Súmula 7 do STJ, não há a possibilidade de uniformizar o juízo de conhecimento, já que servem os embargos para uniformizar teses jurídicas que se apresentam em divergência quanto à matéria meritória.

4. Esta Corte rechaça o conhecimento de embargos de divergência quando não atendido o comando ditado no art. 266 do RISTJ, especialmente quando a controvérsia cinge-se aos exames técnicos de admissibilidade do recurso especial.

5. Agravo regimental desprovido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.

Brasília, 13 de maio de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 471.430 - SP (2014/0028552-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por V N M contra a decisão de fls. 1952/1957, que indeferiu liminarmente os embargos de divergência.

O agravante alega, em síntese, que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça — ao limitar a interposição de embargos de divergência apenas quando o aresto paradigma tenha sido proferido por esta Corte em sede de recurso especial — não se ajusta ao direito constitucional do acesso à justiça. Assim, mostra-se possível a pacificação da jurisprudência com julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como com arestos proferidos em sede de *habeas corpus*.

Aduz, ainda, que os embargos de divergência foram indeferidos liminarmente com análise meritória do recurso, o que não se admite.

Ao final, pleiteia a reforma da decisão agravada, com o processamento e provimento dos embargos de divergência.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg nos EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 471.430 - SP (2014/0028552-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Não obstante os argumentos expendidos pelo agravante, suas razões não têm o condão de infirmar os fundamentos insertos na decisão hostilizada, não ensejando, assim, a reforma pretendida.

O ora agravante insurgiu-se contra acórdão proferido pela Sexta Turma desta Corte, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, assim ementado:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 564, IV, CPP. FUNDAMENTO INATACADO. SÚM. 283/STF. MALFERIMENTO DO ART. 225 DO CP (NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI Nº 12.015/2009) . AUSÊNCIA DE PROVA DA MISERABILIDADE DA VÍTIMA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚM. 7/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 381, II, DO CPP. DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FUNDAMENTAÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PREJUDICIALIDADE. OFENSA AO ART. 400 DO CPP. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS. INOCORRÊNCIA. INQUIRição POR CARTA PRECATÓRIA. DECISÃO RECORRIDA CONFORME ENTENDIMENTO DESTA CORTE. SÚM. 83/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 563 DO CPP. INDEFERIMENTO DE PERGUNTAS DA DEFESA NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. ARGUIÇÃO FORA DO MOMENTO OPORTUNO. CONVALIDAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INOBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 255 DO RISTJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF).
2. Restando a controvérsia suficientemente valorada e decidida pelas instâncias ordinárias, maiores considerações acerca do estado de pobreza da vítima para fins de legitimação do Ministério Público para a propositura de ação penal implicariam no reexame do acervo fático-probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais. Súmula 7/STJ.
3. Este Superior Tribunal já firmou a orientação no sentido de que, diante da prolação de sentença condenatória, fica superada a alegação de falta de fundamentação para o recebimento da denúncia.
4. O Superior Tribunal de Justiça "firmou a compreensão no sentido de que a inversão da oitiva de testemunhas de acusação e defesa não configura nulidade quando a inquirição é feita por meio de carta precatória, cuja expedição não suspende a instrução criminal. Inteligência do artigo 222 do Código de Processo Penal" (RHC 38.435/SP, Rel. Ministro ROGERIO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 15/05/2014). Súmula 83/STJ.

5. "A teor do art. 571, II, do CPP, as nulidades da instrução criminal, nos processos de competência do juiz singular, devem ser arguidas, em preliminar, na oportunidade do oferecimento das alegações finais, sob pena de preclusão" (HC 168.984/GO, Rel. Min. ASSUSETE MAGALHÃES, SEXTA TURMA, DJe 21/05/2013).

6. A falta de cotejo analítico e a ausência de comprovação da similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma, nos termos do art. 255 do RISTJ, torna inadmissível o conhecimento do recurso com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional.

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

Alegou que o aresto embargado divergiu de julgado do Supremo Tribunal Federal — HC 84919/SP — quanto à nulidade da decisão que, sem motivação, recebe a denúncia.

Aduziu, ainda, divergência com julgados da Quinta Turma desta Corte, quanto aos seguintes temas: a) ilegitimidade do Ministério Público para propor ação ante a ausência de prova verbal ou documental acerca da miserabilidade da vítima; e b) ocorrência de nulidade em face da inversão da ordem dos depoimentos das testemunhas. Indicou como divergentes os seguintes julgados:

- RECURSO ESPECIAL - CRIME CONTRA OS COSTUMES. - AÇÃO PENAL CONDICIONADA A REPRESENTAÇÃO DA VITIMA OU DE SEU REPRESENTANTE. MISERABILIDADE DEMONSTRADA PELOS MEIOS DE PROVA COMUNS, BASTANDO MERA AFIRMAÇÃO NESSE SENTIDO, QUE SE PRESUME VERDADEIRA ATE PROVA EM CONTRARIO (PAR. 1., ART. 4., DA LEI 1.060/50 E PAR. 1., I, ART. 225, CP). - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (REsp 140223/MG, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 13/04/1998)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 33, §4º DA LEI 11.343/06. INVERSÃO NA ORDEM DE QUEM FORMULA AS PERGUNTAS ÀS TESTEMUNHAS. ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.690/2008. NULIDADE ABSOLUTA. ALEGAÇÕES DE POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA E DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PLEITOS PREJUDICADOS EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DE NULIDADE. PROGRESSÃO DE REGIME. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 11.464/07. LAPSO TEMPORAL PARA PROGRESSÃO DE REGIME NA FRAÇÃO DE 2/5.

I - O art. 212 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 11.690/08, determina que as perguntas serão formuladas diretamente pelas partes às testemunhas, possibilitando ao magistrado, caso entenda necessário, complementar a inquirição acerca de pontos não esclarecidos.

II - "Se o Tribunal admite que houve a inversão no mencionado ato, consignando que o Juízo Singular incorreu em error in procedendo, caracteriza constrangimento, por ofensa ao devido processo legal, sanável



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela via do habeas corpus, o não acolhimento de reclamação referente à apontada nulidade." (HC 121.216/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 01/06/2009; no mesmo sentido HC 137.091/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 13/10/2009);

III - Anulada a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, perdeu o objeto, o presente writ, no que tange aos pleitos referentes à possibilidade de suspensão condicional da pena e direito de recorrer em liberdade.

IV - O crime de tráfico de drogas, cuja tipificação se encontra no art. 33, caput e § 1º, da Lei nº 11.343/2006 é, segundo expressa disposição constitucional (art. 5º, inciso XLIII), considerado figura equiparada aos crimes hediondos assim definidos em lei (Lei nº 8.072/90), sujeitando-se, por conseguinte, ao tratamento dispensado a tais crimes.

V - A pretendida descaracterização do tráfico de drogas como crime equiparado aos hediondos quando incidente a causa especial de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não se justifica.

VI - O art. 2º, caput, da Lei dos Crimes Hediondos, bem como o anteriormente citado dispositivo constitucional, equipara aos crimes hediondos o "tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins", sem qualquer ressalva aos casos em que a pena imposta é reduzida de 1/6 a 2/3 em razão de o agente ser primário, possuidor de bons antecedentes e não se dedicar nem integrar organização criminosa (STF: decisão liminar no HC 102.881/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 11/03/2010).

VII - A simples incidência da causa de diminuição de pena não é bastante para afastar a equiparação do tráfico de drogas aos crimes hediondos. Apesar de a lei prever a redução da reprimenda diante do preenchimento dos requisitos nela enumerados, tal não implica a desconconsideração das razões que levaram o próprio texto constitucional a prever um tratamento mais rigoroso ao tráfico de drogas.

VIII - Neste sentido, e levando-se em consideração que a conduta perpetrada pelo ora paciente ocorreu em momento posterior à entrada em vigor da Lei 11.464/07, que deu nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/90, deve ser considerado, na hipótese, quando da eventual análise do requisito objetivo para a progressão de regime, o lapso temporal de 2/5 (dois quintos) de cumprimento de pena.

Ordem parcialmente concedida, apenas para anular a audiência de instrução e julgamento realizada em desconformidade com a previsão contida no art. 212 do Código de Processo Penal, bem como os atos subsequentes, determinando que outra seja realizada, consoante as disposições do referido dispositivo. (HC 153140/MG, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 13/09/2010)

Consoante anteriormente explicitado, os embargos de divergência têm como escopo a uniformização da jurisprudência dos órgãos julgadores desta Corte, garantindo aos jurisdicionados uma única e correta interpretação da legislação infraconstitucional federal. Assim, mostra-se inviável a busca da pacificação da jurisprudência do STJ com a jurisprudência de outros tribunais.

No tocante ao HC 153140/MG, indicado como divergente, a Terceira Seção tem entendimento de que, sendo a finalidade dos embargos de divergência a uniformização



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quanto ao direito federal, somente se admite como paradigma acórdão proferido em sede de recurso especial e de agravo em recuso especial que examine o mérito da questão, não sendo aptos a tal finalidade os acórdãos proferidos em recurso ordinário em mandado de segurança, ação rescisória, *habeas corpus* e conflito de competência. Nesse sentido:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PARADIGMAS PROFERIDOS EM *HABEAS CORPUS* E CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INADMISSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não se admite como paradigma, para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, acórdãos proferidos em *habeas corpus* e conflito de competência.
2. Agravo regimental improvido (AgRg nos EREsp 1102270/RJ, Relator, Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 01/10/2014).

Por fim, quanto ao REsp 140223/MG, o relator registrou que, na ação penal condicionada à representação da vítima ou de seu representante, basta a mera afirmação de miserabilidade, que se presume verdadeira até prova em contrário.

Já na hipótese dos autos, a ministra relatora — ao tratar da alegada ilegitimidade do Ministério Público para propor ação ante a ausência de prova verbal ou documental acerca da miserabilidade da vítima — consignou:

(...) em restando a controvérsia suficientemente valorada e decidida pelas instâncias ordinárias, maiores considerações acerca do estado de pobreza da vítima para fins de legitimação do Ministério Público para a propositura de ação penal implicariam no reexame do acervo fático-probatório, procedimento incabível nas vias excepcionais.

Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelo recorrente, cuja missão pacificadora restara exaurida pelas instâncias anteriores.

De fato, para se chegar a conclusão diversa da que chegou o Tribunal de origem, seria inevitável o revolvimento do arcabouço carreado aos autos, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

Com efeito, não se mostra plausível nova análise do contexto probatório por parte desta Corte Superior, a qual não pode ser considerada uma terceira instância recursal. No mais, referida vedação encontra respaldo no enunciado nº 7 da súmula desta Corte, *verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

Assim, o acórdão objeto dos embargos não adentrou no mérito do recurso especial por entender incidente a Súmula 7 do STJ, não havendo a possibilidade de uniformizar o juízo de conhecimento, já que servem os embargos para uniformizar teses jurídicas que se apresentam em divergência quanto à matéria meritória.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Esta Corte rechaça o conhecimento de embargos de divergência, quando não atendido o comando ditado no art. 266 do RISTJ, especialmente quando a controvérsia cinge-se aos exames técnicos de admissibilidade do recurso especial. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO. SÚMULA N.º 115/STJ. FALTA DE PEÇA. PROCURAÇÃO DO AGRAVANTE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N.º 315/STJ. INCIDÊNCIA. ARESTOS CONFRONTADOS. AUSÊNCIA DE SEMELHANÇA. REGRA TÉCNICA.

1. Os embargos de divergência revelam-se inadmissíveis quando opostos contra acórdão proferido em sede de Agravo Regimental interposto em face de decisão monocrática que negou provimento ao Agravo de Instrumento que sequer foi conhecido e que, portanto, não apreciou o mérito do Recurso Especial em razão da incidência da Súmula n.º 315/STJ, verbis: "Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial."

2. "Não se admite a oposição de embargos de divergência contra decisão proferida em sede de agravo de instrumento, quando não é examinado o mérito do recurso especial, como ocorreu no caso, em que o agravo não foi sequer conhecido. Súmula n.º 315 do STJ." (AgRg na Pet 6.336/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 01/10/2008, DJe 30/10/2008)

3. A similitude exigível para o cabimento dos embargos de divergência não se verifica na hipótese em que o acórdão embargado fundou-se na Súmula n.º 115/STF, que se refere ao recurso especial em confronto com aresto que tem como base defeito de representação na apelação.

4. **Deveras, esta Corte em inúmeros julgados firmou entendimento no sentido da impossibilidade de discussão, em sede de embargos de divergência, acerca do acerto ou desacerto na aplicação de regra técnica relativa ao conhecimento de recurso especial.** Precedentes desta Corte: EREsp 585091/DF, desta relatoria p/ acórdão, DJ de 19.09.2005 e AgRg na Pet 4021/RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 10.10.2005.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EAg 995092/SP, CORTE ESPECIAL, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 04.08.2009).

Assim, escoreita a decisão ao indeferir liminarmente os embargos de divergência.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo.

É como voto.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
TERCEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2014/0028552-0 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg nos EDcl nos**
EAREsp 471.430 /
SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00016629620088260073 0530120080016623 16629620088260073 20130000355683
201400285520 530120080016623 67008

EM MESA

JULGADO: 13/05/2015
SEGREDO DE JUSTICA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EITEL SANTIAGO DE BRITO PEREIRA

Secretário

Bel. GILBERTO FERREIRA COSTA

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : VN M
ADVOGADO : JOSEMARY NUNES MARIN
EMBARGADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra a Dignidade Sexual - Atentado Violento ao Pudor

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : VN M
ADVOGADO : JOSEMARY NUNES MARIN
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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.

Os Srs. Ministros Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Felix Fischer, Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior e Nefi Cordeiro votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.