



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.559 - SP (2014/0129361-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : NEILA OLIVEIRA COSTA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 1º DO CP, E 381, III, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 333 DO CP. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA Turma do Superior Tribunal de Justiça: A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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

Brasília, 14 de outubro de 2014(Data do Julgamento)

Ministra Maria Thereza de Assis Moura
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.559 - SP (2014/0129361-5)

RELATORA : MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA
AGRAVANTE : NEILA OLIVEIRA COSTA
ADVOGADO : LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

Trata-se de agravo regimental interposto por NEILA OLIVEIRA COSTA, contra decisão monocrática, de minha lavra, que negou provimento ao agravo em recurso especial, nos seguintes termos:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 1º DO CP, E 381, III, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 333 DO CP. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (fls. 530/535)

Sustenta a agravante, em seu recurso interno, às fls. 541/556, que não haveria falar em incidência do óbice previsto no enunciado 211 da Súmula desta Corte, tendo sido a matéria devidamente prequestionada, notadamente em razão da oposição de embargos declaratórios especialmente com essa finalidade.

Além disso, pugna pelo afastamento do enunciado 7 da Súmula deste STJ, tendo em vista que, a seu ver, "quando se sustenta a atipicidade da conduta atribuída à agravante, o que se está a discutir não envolve análise da prova, mas tão somente a correta avaliação dos fatos em questão do ponto de vista da adequação aos tipos penais constantes da denúncia".

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 528.559 - SP (2014/0129361-5)

EMENTA

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 1º DO CP, E 381, III, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. CONTRARIEDADE AO ART. 333 DO CP. TIPICIDADE. REEXAME FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal. Inteligência dos enunciados 211/STJ, 282 e 356/STF.
2. É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita. Incidência do enunciado 7 da Súmula deste STJ.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (Relatora):

A insurgência não merece prosperar.

Com efeito, nos termos do explicitado na decisão ora agravada, no que tange à apontada violação aos artigos 1º do Código Penal, e 381, inciso III, do Código de Processo Penal, ora tidos por violados, constata-se que estes não tiveram seu conteúdo normativo apreciado pelo Tribunal de origem, não podendo, portanto, serem apreciadas por esta Corte Superior as mencionadas contrariedades.

Assim, tem-se que perquirir nessa via estreita sobre violação da referida norma, sem que se tenha explicitado a tese jurídica de que ora se controverte, seria frustrar a exigência constitucional do prequestionamento, pressuposto inafastável que objetiva evitar a supressão de instância.

Ao ensejo, confira-se o teor do enunciado 282 da Súmula do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada". No mesmo sentido, os enunciados 211 da Súmula do STJ e 356 da Súmula do STF.

É assente na Corte o entendimento no sentido de que é condição *sine qua non* ao conhecimento do especial que tenham sido ventilados, no contexto do acórdão objurgado, os dispositivos legais indicados como malferidos na formulação recursal, emitindo-se, sobre cada um deles, juízo de valor, interpretando-se-lhes o sentido e a compreensão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mesmo se tratando de nulidades absolutas e condições da ação, é imprescindível o prequestionamento, pois este é exigência indispensável ao conhecimento do recurso especial, fora do qual não se pode reconhecer sequer matéria de ordem pública, passível de conhecimento de ofício nas instâncias ordinárias. Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SEQUESTRO DE BENS DE TESTEMUNHA. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, 'mesmo que se trate de questão de ordem pública, é imprescindível que a matéria tenha sido decidida no v. acórdão impugnado, para que se configure o prequestionamento' (REsp 1.020.855/RS, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 2/2/09). 2. (...)". (AgRg no REsp 932.367/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 13/10/2009).

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. I - A matéria debatida no apelo raro deve ter sido objeto de discussão no acórdão atacado. Inocorrente esta circunstância, desmerece ser conhecida a súplica por faltar-lhe o requisito do prequestionamento. Ademais, surgindo a questão somente no julgamento do apelo, é indispensável que a parte utilize os embargos de declaração para que o Tribunal, então, sobre ela se manifeste (Precedentes). II – (...)". (AgRg no Ag 1122322/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 16/11/2009).

"PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DEPÓSITO E GUARDA DE 26,5 GRAMAS DE COCAÍNA E DE 42,7 GRAMAS DE MACONHA. ARTIGO 12 DA LEI Nº 6.368/76. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL NÃO PREQUESTIONADA. SUMULAS 282 E 356/STF. 1. A absolvição do réu demandaria o revolvimento de matéria fático probatória, a atrair a Súmula 7/STJ. 2. Ante a ausência de prequestionamento da matéria federal tida por violada pelo acórdão recorrido, inafastável a incidência das Súmulas 282 e 356/STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 1019194/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 22/06/2009).

Destaque-se, por oportuno que, mesmo "se a suposta ofensa à lei federal surgir no julgamento do próprio acórdão recorrido, tal como sustentado na hipótese, necessário se faz o manejo dos embargos declaratórios para provocar a manifestação do Tribunal de origem sobre a questão, viabilizando, assim, o acesso à instância especial". (AgRg no Ag 1185400/SP, Rel. Min. RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, DJe 07/06/2011) Com efeito, "a necessidade de que o tema haja sido versado no acórdão, para ensejar recurso especial, é da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natureza desse recurso, decorrendo dos termos em que constitucionalmente previsto". (EREsp 99796/SP, Rel. Min. EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, DJ 04/10/1999)

Ademais, saliente-se que, nos termos da jurisprudência consolidada neste Tribunal Superior, "para que se configure prequestionamento implícito, é necessário que o Tribunal *a quo* emita juízo de valor a respeito da aplicação da norma federal ao caso concreto" (REsp 1343927/RS, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 31/10/2012), o que não ocorreu no caso em análise.

Outrossim, destaque-se que a mera oposição de embargos declaratórios não é suficiente para suprir o requisito do prequestionamento, sendo indispensável o efetivo exame da questão pelo acórdão objurgado. Diante disso, se a recorrente entendesse que a omissão persistia, deveriam ter alegado, nas razões de seu recurso especial, ofensa ao artigo 619 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na hipótese vertente. Neste sentido, os seguintes julgados:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. AGENTES FISCAIS. OBTENÇÃO DE VANTAGENS ILÍCITAS. GRAVAÇÃO DE CONVERSA PELO INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. FALTA DE ARGUIÇÃO DE INFRINGÊNCIA DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. Sempre que o acórdão recorrido não examinar a controvérsia sob o ângulo do dispositivo legal tido como malferido, não obstante a oposição dos aclaratórios, devem os Recorrentes alegar violação ao art. 619 do Código de Processo Penal, o que não ocorreu na hipótese vertente. 2. (...). 3. Agravo desprovido". (AgRg no Ag 1142348/PR, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 09/11/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL PENAL. ARTIGO 8º DA LEI 9.296/96 (INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA). MATÉRIA NÃO DECIDIDA PELA CORTE ESTADUAL, A DESPEITO DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DECLARATÓRIOS. SÚMULA Nº 211/STJ. 1. 'Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 211). 2. (...). 3. (...). 4. Não tendo sido apreciada a questão referente à violação do artigo 8º da Lei 9.296/96, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, caberia à parte recorrente, quando da interposição do recurso especial, apontar o artigo 619 do Código de Processo Penal como violado ou de vigência negada, sob pena de não conhecimento da insurgência. 5. Agravo regimental improvido". (AgRg no Ag 508.417/RJ, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, DJ 15/12/2003).

Por fim, nos termos do constante no *decisum* agravado, no que concerne à sustentada negativa de vigência do artigo 333 do Código Penal, busca a agravante, em verdade, rediscutir a tipicidade da conduta que lhe foi imputada, o que demandaria,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

necessariamente, o reexame dos fatos e das provas produzidas nos autos.

É assente que cabe ao aplicador da lei, em instância ordinária, fazer um cotejo fático e probatório a fim de analisar a tipicidade da conduta descrita. Nesse contexto, verifica-se não possuir esta senda eleita espaço para a análise das matérias suscitadas pelos recorrentes, 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". Confirmam-se, nesse sentido, os precedentes da Corte:

"HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO E TRANSITADA EM JULGADO. TESE DE ATIPICIDADE DA CONDUTA. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ORDEM DENEGADA. 1. (...). 2. Reconhecer a atipicidade da conduta demanda, inevitavelmente, profundo reexame do material cognitivo produzido nos autos, o que, como é sabido, não se coaduna com a via estreita do writ, sobretudo se as instâncias ordinárias, soberanas na análise fática dos autos, restaram convictas quanto à autoria e materialidade do crime. 3. (...). 4. *Habeas corpus* denegado". (HC 107.301/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 21/06/2010).

"PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE QUADRILHA ARMADA. CONFIGURAÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO QUE ENSEJA REEXAME APROFUNDADO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DO WRIT. 1. (...). 2. (...). 3. De mais a mais, a alegação de atipicidade da conduta do paciente, no alegado cometimento do delito do art. 288, parágrafo único, do CPB, a verificação da sua pertinência (ou não) dependeria de ampla e profunda avaliação do acervo probatório, impossível de realização no âmbito do HC. 4. Ordem denegada". (HC 145.765/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2009).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. MERO ILÍCITO CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. EXAME INEXEQUÍVEL POR IGUAL ÓBICE. FIXAÇÃO DA PENA. SÚMULA 284/STF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O egrégio Tribunal a quo asseverou preenchidos os elementos do tipo de estelionato. Conclusão



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em contrário demandaria reexame de prova, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 2. Óbice mencionado também incidente à suscitada divergência jurisprudencial. 3. (...). 4. Agravo Regimental desprovido". (AgRg no Ag 1004810/PR, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, DJe 17/11/2008).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 38 DA LEI N.º 9.605/98 E ART. 20 DA LEI N.º 4.947/66. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS IMPUTADAS AOS RECORRIDOS. REEXAME DE PROVAS. I - Tendo sido afirmado categoricamente em primeiro e segundo graus que inexistem provas de que os recorridos tenham praticado a conduta descrita no preceito primário do art. 38 da Lei n.º 9.605/98, após o início da vigência da mencionada lei, a pretensão de se ver reconhecida a tipicidade das condutas esbarra no Enunciado n.º 07 da Súmula desta Corte. (Precedentes). II - (...). Recurso parcialmente conhecido e, nesse ponto, desprovido". (REsp 565.099/TO, Rel. Min. FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 30/08/2004).

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO E OUTRAS FRAUDES. TIPICIDADE DO FATO. DISSÍDIO NÃO DEMONSTRADO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 'Conforme entendimento pacífico desta Corte, é vedado, em sede de recurso especial, aferir se a conduta praticada pelo condenado se amolda a um ou outro tipo penal, porquanto demandaria incursão à seara fático-probatória.' Recurso não conhecido". (REsp 506.570/MG, Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJ 01/09/2003).

"Homicídio culposo no trânsito (condenação). Absolvição (pedido). Súmula 7 (aplicação). Aplicação da pena (alegação de nulidade). Sentença (ausência). Peça essencial (caso). Agravo regimental (desprovimento)". (AgRg no Ag 1074182/SP, Rel. Min. NILSON NAVES, SEXTA TURMA, DJe 08/02/2010). "PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRISÃO EM FLAGRANTE. DEPÓSITO E GUARDA DE 26,5 GRAMAS DE COCAÍNA E DE 42,7 GRAMAS DE MACONHA. ARTIGO 12 DA LEI N.º 6.368/76. NEGATIVA DE AUTORIA. MATÉRIA PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL NÃO PREQUESTIONADA. SUMULAS 282 E 356/STF. 1. A absolvição do réu demandaria o revolvimento de matéria fático probatória, a atrair a Súmula 7/STJ. 2. (...). 3. Agravo regimental a que se nega provimento". (AgRg no Ag 1019194/RJ, Rel. Min. OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 22/06/2009).

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2014/0129361-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no AREsp 528.559 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00129948520108260624 11892010 20130000622611 6240120100129945

EM MESA

JULGADO: 14/10/2014

Relatora

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

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **GUILHERME HENRIQUE MAGALDI NETO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	: NEILA OLIVEIRA COSTA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
CORRÉU	: JOÃO MILTON ANANIAS
CORRÉU	: PAUL O VENÂNCIO DA SILVA
CORRÉU	: EMERSON TOMIMITSU
CORRÉU	: EVANDRO BRITO DE SOUZA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral -
Corrupção ativa

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE	: NEILA OLIVEIRA COSTA
ADVOGADO	: LUIZ FERNANDO SÁ E SOUZA PACHECO
AGRAVADO	: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (Presidente), Nefi Cordeiro e Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

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