



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 343.008 - MS (2013/0165631-0)

RELATORA : MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
AGRAVANTE : BENEDITO FORTUNATO (PRESO)
ADVOGADO : FLÁVIO ALVES DE JESUS
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO DE CINCO DIAS. ART. 28 DA LEI 8.038/90. SÚMULA 699/STF. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. NÃO CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. O Agravo contra a decisão que inadmitira Recurso Especial, em matéria criminal, interposto em desconformidade com o prazo de 5 dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/90, é intempestivo, não preenchendo um dos requisitos extrínsecos de sua admissibilidade.

II. Apesar da alteração do art. 544 do CPC, promovida pela Lei 12.322/2010, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento no sentido da manutenção do prazo de 5 dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/90, para interposição do Agravo, quando se tratar de matéria criminal. Foi mantida incólume, assim, a Súmula 699/STF, do seguinte teor: "O prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/1994 ao Código de Processo Civil".

III. Contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial fora interposto o recurso cabível, o que torna inviável a aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

IV. Agravo Regimental improvido.

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, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 06 de agosto de 2013 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 343.008 - MS (2013/0165631-0)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Trata-se de Agravo Regimental, interposto por BENEDITO FORTUNATO, em face de decisão, de minha lavra (fls. 517/519e), que não conheceu do Agravo, contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que inadmitira Recurso Especial (fls. 476/477e).

Insurge-se o agravante, a fls. 526/530e, contra a decisão que não conheceu do Agravo em Recurso Especial, por intempestividade. Alega, em síntese, que a Resolução 451/STF estabelece que a alteração promovida pela Lei 12.322, de 2010, que criou o Agravo nos próprios autos, contra decisão que não admite recurso extraordinário ou especial, também se aplica aos Agravos que versem sobre matéria penal e processual penal, sendo, portanto, tempestivo o Agravo em Recurso Especial.

Busca, de outra parte, a aplicação do princípio da fungibilidade recursal ao caso, o que, segundo o recorrente, permitiria o conhecimento do Agravo em Recurso Especial.

Requer, desse modo, o provimento do recurso, com a reforma da decisão monocrática, proferida nos autos.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 343.008 - MS (2013/0165631-0)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não assiste razão ao agravante.

Compulsando os autos, constata-se que o Agravo em Recurso Especial não foi conhecido, pelos seguintes fundamentos:

"Trata-se de Agravo, interposto por BENEDITO FORTUNATO, em face de decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que negou seguimento a Recurso Especial.

Depreende-se dos autos que o agravante foi condenado, como incurso no art. 33, **caput**, da Lei 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa (fls. 276/290e).

Interpostas Apelações, pela defesa e pela acusação, o Tribunal de origem, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos, resultando a pena definitiva de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, no valor unitário mínimo (fls. 395/404e).

Em sequência, foi manejado Recurso Especial, pelo réu (fls. 406/418e), a que foi negado seguimento (fls. 476/477e), ensejando a interposição do presente Agravo (fls. 482/486e).

Oferecida contraminuta (fls. 489/494e), o Ministério Público Federal, em parecer da lavra da Subprocuradora-Geral da República, ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS, manifestou-se pelo não conhecimento ou pelo improvimento do Agravo (fls. 511/515e).

O presente recurso não deve ser conhecido.

Da análise dos autos, verifica-se que a decisão que inadmitiu o Recurso Especial foi publicada no dia 19/04/2013, sexta-feira (fl. 481e). Entretanto, o presente Agravo só foi interposto em 29/04/2013, segunda-feira (fl. 482e), ou seja, em desconformidade com o prazo de 5 dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/90. Logo, o recurso é intempestivo, não preenchendo um dos requisitos extrínsecos de sua admissibilidade.

Vale destacar que, apesar da alteração do art. 544 do CPC, promovida pela Lei 12.322/2010, a jurisprudência desta Corte, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, fixou entendimento no sentido da manutenção do prazo de 5 dias, previsto no art. 28 da Lei 8.038/90, para interposição do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo, quando se tratar de matéria criminal. Foi mantida incólume, assim, a Súmula 699/STF, do seguinte teor: 'o prazo para interposição de agravo, em processo penal, é de cinco dias, de acordo com a Lei 8.038/1990, não se aplicando o disposto a respeito nas alterações da Lei 8.950/1994 ao Código de Processo Civil'.

Nesse sentido:

'PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA PENAL. LEI N. 8.038/90. PRAZO RECURSAL DE 5 (CINCO) DIAS. INTEMPESTIVIDADE.

1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AREsp 24.409/SP ocorrido em 23/11/2011, decidiu, em conformidade com o entendimento do Pretório Excelso (ARE n. 639.846-SP), que **o prazo de 5 (cinco) dias para interposição do Agravo em Recurso Especial, quando se tratar de matéria penal, deve ser mantido, na linha do disposto no art. 28 da Lei n. 8.038/90.**

2. No caso, a decisão de inadmissibilidade recursal foi considerada publicada em data de 26/8/2011, porém, conforme se extrai dos autos, a interposição do agravo em recurso especial só se deu no dia 6/9/2011, sendo, portanto, manifestamente intempestivo.

3. Agravo regimental a que se nega provimento' (STJ, AgRg no AREsp 142.462/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 13/08/2012).

'PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO. INTEMPESTIVIDADE. ART. 28 DA LEI N.º 8.038/90. SÚMULA N.º 699/STF. LEI Nº 12.322/2010. PRAZO. CINCO DIAS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ENTENDIMENTO.

1. Ao interpor agravo de instrumento ou recurso especial, cabe à parte recorrente trazer aos autos a prova da existência de suspensão do expediente forense, ou da suspensão ou interrupção do prazo legal, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

2. **O prazo para interposição de agravo em matéria criminal é de 5 (cinco) dias, conforme dispõem o art. 28 da Lei n.º 8.038/90 e a Súmula n.º 699/STF.**

3. O eg. Supremo Tribunal Federal, em 13/10/2011, no julgamento da Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n.º 639.846/SP, manteve o disposto na Súmula n.º 699/STF, confirmando o entendimento no sentido de que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com a entrada em vigor da Lei n.º 12.322/2010, o prazo para a interposição do agravo, em matéria penal, permanece de 5 (cinco) dias.

4. Agravo regimental a que se nega provimento' (STJ, AgRg no AREsp 112.208/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe de 25/06/2012).

Do Supremo Tribunal Federal, colhe-se o seguinte precedente:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRAZO. LEI Nº 12.322/2010. MATÉRIA CRIMINAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 544 DO CPC. INCIDÊNCIA DO ART. 28 DA LEI Nº 8.038/90. PRECEDENTES. QUESTÃO DE ORDEM REJEITADA E AGRAVO NÃO CONHECIDO.

1. **A alteração promovida pela Lei nº 12.322, de 9 de setembro de 2010, não se aplica aos recursos extraordinários e agravos que versem sobre matéria penal e processual penal, de modo que o prazo do Agravo em Recurso Extraordinário criminal é o de 5 (cinco) dias previsto no art. 28 da Lei nº 8.038/90, e não o de 10 (dez) dias, conforme o art. 544 do CPC.** Precedentes (AG 197.032-RS, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.11.97; AG (AgRg) 234.016-SP, rel. Min. Ilmar Galvão, 8.6.99).

2. Questão de ordem rejeitada para não conhecer do recurso de agravo' (STF, ARE 639846 AgR-QO, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, Rel. p/ acórdão Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, DJe de 20/03/2012).

Ante o exposto, **não conheço do Agravo, com fundamento no art. 544, § 4º, I, do CPC c/c art. 3º do CPP"** (fls. 517/519e).

Com efeito, a decisão agravada – que não conheceu do Agravo, interposto contra a decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que, por sua vez, não admitira o Recurso Especial do ora agravante – deve ser mantida.

Primeiramente, não há que se falar em aplicação do princípio da fungibilidade recursal, eis que, no caso, não se trata de interposição de um recurso por outro.

O recurso cabível, contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial é o Agravo, previsto no art. 544 do Código de Processo Civil. O que muda, no caso, é o prazo recursal, o qual, em se tratando de matéria penal, é de 5 dias.

Portanto, considerando que, contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial, fora interposto o recurso cabível, inviável é a aplicação do princípio da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

fungibilidade recursal.

Na hipótese dos autos, aplicou-se entendimento já consolidado nesta Corte, bem como no Supremo Tribunal Federal, relativo à fixação do prazo de 5 dias para a interposição do recurso de Agravo, previsto no art. 544 do Código de Processo Civil, quando este envolver matéria criminal.

Nesses casos, incide o art. 28 da Lei 8.038/90 – que prevê o prazo de 5 dias –, não se aplicando o prazo de 10 dias, presente no Código de Processo Civil, como pretende o ora recorrente.

Vale ressaltar, por oportuno, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento, em 13/10/2011, de Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário 639.846/SP, ao analisar o assunto, sob a ótica da Resolução 451/STF, confirmou o entendimento segundo o qual, com a entrada em vigor da Lei 12.322/2010, o prazo para a interposição do Agravo, em matéria penal e processual penal, permanece em 5 dias, mantendo-se inalterada, pois, a Súmula 699/STF.

Neste sentido, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO ARESP. VALIDADE DA SÚMULA N.º 699/STF. AGRAVO DESPROVIDO.

I - O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária ocorrida em 13/10/2011 reconheceu falha na redação da Resolução 451, que trata do assunto, reforçando a validade da Súmula 699/STF, que fixa o prazo para a interposição do agravo em recurso especial em cinco dias, de acordo com o artigo 28 da Lei 8.038/1990.

II - Decisão que deve ser mantida por seus próprios méritos, considerando-se que o agravo em recurso especial foi interposto fora do prazo de 5 (cinco) dias.

III - À época da interposição do recurso pelo ora agravante já vigiam a Lei 8.038/1990 e a Súmula 699/STF, razão pela qual não há falar em desconhecimento do prazo de 5 (cinco) dias para a interposição de agravo em processo penal.

IV - Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 71.999/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 14/08/2012).

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL E AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PRAZO RECURSAL: 5 DIAS. AGRAVO INTEMPESTIVO. SÚMULA 699/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, em Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.846/SP, julgado em 13.10.2011, reafirmou o entendimento no sentido de que, com



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para a interposição do agravo em matéria penal permanece de cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado nº 699 da Súmula daquela Corte.

2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que o prazo para a interposição de agravo em recurso especial, em matéria criminal, é de cinco dias.

3. Assim, reconhecido o vício na Resolução nº 451 do STF, e interposto o agravo em recurso especial fora do prazo de 5 dias, deve ser reconhecida sua intempestividade.

4. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 28.014/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (Desembargadora Convocada do TJ/PE), SEXTA TURMA, DJe de 28/11/2012).

Desta forma, não foi trazido, aos autos, qualquer argumento apto a afastar a posição já firmada nesta Corte e reiteradamente aplicada, como observado nos precedentes mencionados na decisão recorrida.

Incensurável, portanto, a decisão agravada, que deve ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo Regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2013/0165631-0

AgRg no
AREsp 343.008 / MS
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 201060050027364 201301656310 27364720104036005 28589620114030000 32222010

EM MESA

JULGADO: 06/08/2013

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. OSWALDO JOSÉ BARBOSA SILVA

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : BENEDITO FORTUNATO (PRESO)

ADVOGADO : FLÁVIO ALVES DE JESUS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes de Tráfico Ilícito e
Uso Indevido de Drogas - Tráfico de Drogas e Condutas Afins

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : BENEDITO FORTUNATO (PRESO)

ADVOGADO : FLÁVIO ALVES DE JESUS

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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 Alderita Ramos de Oliveira (Desembargadora convocada do TJ/PE), Maria Thereza de Assis Moura, Og Fernandes e Sebastião Reis Júnior votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Og Fernandes.