



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 782.533 - SP
(2015/0230096-2)**

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : DIOGO FERREIRA
ADVOGADO : SILVIO LUIZ VALÉRIO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO FORA DO PRAZO DE CINCO DIAS. CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO. JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DA FLAGRANTE ILEGALIDADE.

I - O prazo para a interposição de agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial, em matéria criminal, é de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 28, **caput**, da Lei nº 8.038/90, segundo consolidado pela Súmula n. 699 e confirmado pela Resolução nº 472/2011 do eg. **Supremo Tribunal Federal**.

II - A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409, decidiu por unanimidade, seguindo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pela fixação do prazo de 5 (cinco) dias, em matéria penal, para a interposição do AREsp.

III - Ademais, é inadequada a pretensão de concessão de **habeas corpus** de ofício com intuito de superar, por via transversa, óbice(s) reconhecido(s) na admissibilidade do recurso interposto. (**Precedentes**).

Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2016 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 782.533 - SP
(2015/0230096-2)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: DIOGO FERREIRA interpõe agravo regimental contra a r. decisão que não conheceu do agravo em recurso especial porquanto intempestivo.

Sustenta-se no presente recurso que *"aquele Agravo foi proposto após o quinquídio legal previsto no art. 28, da Lei nº 8.038/1990, embora dentro do decêndio legal previsto no art. 544, CPC. A interpretação de que o prazo daquele recurso é de 5 dias decorre, em última análise, do entendimento fixado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal em sede do ARE 639.846 AgR-QO /SP, ocorre que o ora subscritor não tinha conhecimento desse julgado, o que mais uma vez veio em prejuízo do réu. Com já dito, por muito pouco militar na seara penal desconhecia completamente aquele julgado e pautou-se pela regra geral, que é aquele do artigo 544, CPC. Não há dúvida, somente agora, de que o entendimento é aquele explicitado pelo egrégio STF e estampado no ARE 639.846 AgR-QO /SP, entretanto, valendo-se da faculdade da fungibilidade dos recursos, pediu-se naquele agravo que, em último caso, o recurso fosse recebido como Habeas Corpus"* (fl. 463).

Requer, ao final, o conhecimento e provimento deste agravo regimental, a fim de que seja o agravo em recurso especial recebido com **habeas corpus** e, por conseguinte, que sejam analisadas as questões meritórias trazidas à baila na insurgência recursal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 782.533 - SP
(2015/0230096-2)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO FORA DO PRAZO DE CINCO DIAS. CONCESSÃO DE **HABEAS CORPUS** DE OFÍCIO. JUÍZO NEGATIVO DE ADMISSIBILIDADE DO AGRADO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DA FLAGRANTE ILEGALIDADE.

I - O prazo para a interposição de agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial, em matéria criminal, é de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 28, **caput**, da Lei nº 8.038/90, segundo consolidado pela Súmula n. 699 e confirmado pela Resolução nº 472/2011 do eg. **Supremo Tribunal Federal**.

II - A Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409, decidiu por unanimidade, seguindo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, pela fixação do prazo de 5 (cinco) dias, em matéria penal, para a interposição do AREsp.

III - Ademais, é inadequada a pretensão de concessão de **habeas corpus** de ofício com intuito de superar, por via transversa, óbice(s) reconhecido(s) na admissibilidade do recurso interposto. (**Precedentes**).

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: O agravo regimental não merece provimento.

Com efeito, não há dúvidas de que o prazo para a interposição de agravo contra decisão que nega seguimento a recurso especial, em matéria criminal, é de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 28, **caput**, da Lei nº 8.038/90, pois não se aplicam as alterações



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

realizadas na legislação processual civil, segundo consolidado pela Súmula nº 699 e confirmado pela Resolução nº 472/2011 do eg. **Supremo Tribunal Federal**.

A Terceira Seção, desta Egrégia Corte, por ocasião do julgamento da Questão de Ordem suscitada no AREsp n. 24.409, decidiu por unanimidade, seguindo o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Questão de Ordem no Agravo em Recurso Extraordinário n. 639.846, pela fixação do prazo de 5 (cinco) dias, em matéria penal.

A propósito:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, DEVIDO PROCESSO LEGAL. ANÁLISE PRÉVIA DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. EMBARGOS REJEITADOS.

[...]

II - O acórdão recorrido, prolatado pela Quinta Turma, não examinou o mérito da controvérsia em razão da intempestividade do recurso. Para tanto, entendeu que o prazo recursal aplicável à espécie - de acordo com o que restou consignado na Questão de Ordem suscitada no Aresp nº 24.409/SP - é de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o art. 544, caput, do Código de Processo Civil, c/c o art. 28, caput, da Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990.

[...]

*V - Embargos de declaração rejeitados" (EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no AREsp n. 99.096/MA, Corte Especial, Rel. Ministro **Gilson Dipp**, DJe de 28/8/2014).*

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS NOS AGRAVOS EM RECURSOS ESPECIAIS. RECURSO INTERNO DE ADE Q C. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO APÓS O PRAZO DE 5 DIAS. ART. 28 DA LEI 8.028/90. SÚMULA 699/STF. JULGAMENTO DA QO NO ARE Nº 639.846/SP PELO STF. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO DE QUE SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 12.322/2010 SE MANTÉM O PRAZO DE 5 DIAS PARA INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO NA SEARA PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DE R B DE S E L S R. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 231, 234 E 381, III, TODOS DO CPP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 211/STJ, 282/STF E 356/STF. OFENSA AO ART. 79 DO CPP. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 126/STJ. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 327, § 1º, E 312, AMBOS DO CP. ACÓRDÃO ASSENTADO EM MAIS DE UM FUNDAMENTO SUFICIENTE. RECURSO QUE NÃO ABRANGE TODOS ELES. SÚMULA 283/STF. AFRONTA AOS ARTS. 312 DO CP, E 386, III E VIII, DO CPP. ABSOLVIÇÃO. VILIPÊNDIO AO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. VULNERAÇÃO AOS ARTS. 49 E 60, AMBOS DO CP. PENA DE MULTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O prazo para interposição de agravo previsto no artigo 28 da Lei 8.038/90 é de 5 dias, não tendo sido alterado pela superveniência da Lei 8.950/94. Incidência do enunciado 699 da Súmula do STF.

2. Por ocasião do julgamento da Questão de Ordem no ARE 639.846/SP, o STF confirmou o entendimento de que, com a entrada em vigor da Lei nº 12.322/2010, o prazo para interposição do agravo em matéria penal permanece em cinco dias, mantendo o entendimento fixado no enunciado 699 da Súmula daquela Corte.

[...]

7. Agravos regimentais a que se nega provimento" (AgRg no AREsp n. 393.338/DF, **Sexta Turma**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, DJe de 7/10/2014).

"RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INTEMPESTIVIDADE. RECONHECIMENTO A QUALQUER TEMPO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS. AGRAVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO INTEMPESTIVO. ART. 28, DA LEI Nº 8.038/90 E SÚMULA 699, DO STF. RECURSOS ESPECIAIS NÃO CONHECIDOS.

1. A intempestividade é questão de ordem pública não submetida a preclusão.

2. O Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula n.º 699, pacificou o entendimento de que o prazo para interposição de agravo em recurso especial é de 5 (cinco) dias, nos termos do art. 28, da Lei n.º 8.038/90, norma especial, que prevalece sobre as disposições gerais.

3. O prazo para a interposição de recurso por parte do assistente de acusação que já estava habilitado no processo, se dá a partir de sua intimação.

4. Recursos Especiais não conhecidos" (REsp n. 1.414.755/PA, **Quinta Turma**, Rel. Ministro **Moura Ribeiro**, DJe de 22/8/2014).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

In casu, a r. decisão agravada foi publicada em 22/06/2015 (fl. 384), sendo o agravo somente interposto em 1º/7/2015 (fl. 385) , quando já ultrapassado o quinquídio legal, sendo manifesta a sua intempestividade.

Outrossim, quanto à fungibilidade repiso os fundamentos da decisão agravada, **verbis**:

"Por fim, não tem o julgador obrigação de receber qualquer recurso como uma espécie recursal diferente da interposta. No caso, o recebimento do recurso como habeas corpus é uma faculdade judicial, quando presente a flagrante ilegalidade. No entanto, para se chegar à conclusão de que existiria flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, o que recomendaria (veja-se que não se trata de uma obrigação) a concessão da ordem de ofício, seria necessária a incursão no exame de mérito do recurso especial, o qual, porém, restou prejudicado pela ausência de preenchimento dos pressupostos recursais objetivos e a consequente inadmissibilidade do recurso, que obstou a abertura desta instância superior.

Portanto, não há que se cogitar da ocorrência de omissão, uma vez que o recurso não ultrapassou o juízo prévio de admissibilidade.

Assim, não há qualquer irregularidade sanável por meio dos presentes embargos, porquanto toda a matéria posta a apreciação desta Corte foi julgada, não padecendo a decisão embargada dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição ou omissão)" (fls. 454-455).

Ademais, é inadequada a pretensão de concessão de **habeas corpus** de ofício com intuito de superar, por via transversa, óbice(s) reconhecido(s) na admissibilidade do recurso interposto. Neste sentido, colaciono precedentes desta Corte Superior de Justiça:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA ANÁLISE DA TESE DE DESCABIMENTO DA PRISÃO PREVENTIVA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. PRECEDENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INOVAÇÃO RECURSAL. PRETENSÃO DE CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO.

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. **"É descabido postular a concessão de habeas corpus de**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial, uma vez que o deferimento daquele ocorre por iniciativa do próprio órgão jurisdicional, quando constatada a existência de ilegalidade flagrante ao direito de locomoção, não servindo para suprir eventuais falhas na interposição do recurso, para que sejam apreciadas alegações trazidas a destempo" (EDcl no AgRg no AREsp 171.834/RN, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 5/3/2013, DJe 13/3/2013).

5. [...]

6. *Agravo Regimental não conhecido" (AgRg no REsp n. 1.442.787/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 25/8/2015).*

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ÓBICE APLICÁVEL À MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. REDISCUSSÃO EM SEDE DE ACLARATÓRIOS DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE DECIDIDA. DESCABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Os embargos de declaração destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade ou eliminar contradição existentes no julgado, sendo certo que não se coadunam com a pretensão de revisão do conteúdo da decisão do recurso especial.

2. A ausência de debate pelo acórdão recorrido das questões suscitadas - nulidade do laudo pericial e desproporcionalidade da fixação da pena - obsta o conhecimento dessas questões no recurso especial. Mesmo que se trate de questão de ordem pública, é imprescindível que a matéria tenha sido decidida no acórdão impugnado, para que se configure o prequestionamento.

3. **Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, imprópria e inadequada "a pretensão de se obter habeas corpus de ofício para que, superando vício procedimental na interposição de seu recurso, este Tribunal Superior examine o mérito da causa". (AgRg no Ag 1341705/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 01/08/2013).**

4. *Embargos de declaração rejeitados" (EDcl nos EDcl no AgRg no RE nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.417.392/MG, Corte Especial, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 17/8/2015).*

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0230096-2

**AgRg nos EDcl no
AREsp 782.533 / SP**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 0010000 00498112720108260050 050.10.049811-6 10000 1396/2010 13962010
50100498116 RI001AOAP0000

EM MESA

JULGADO: 15/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FELIX FISCHER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. HUGO GUEIROS BERNARDES FILHO

Secretário

Bel. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : DIOGO FERREIRA
ADVOGADO : SILVIO LUIZ VALÉRIO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra o Patrimônio - Roubo Majorado

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DIOGO FERREIRA
ADVOGADO : SILVIO LUIZ VALÉRIO
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região) votaram com o Sr. Ministro Relator.