

**AgRg nos EDv nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.270.578 - RN (2011/0193696-1)**

**RELATOR : MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO**  
**AGRAVANTE : FRANCISCO CANINDÉ FERNANDES**  
**ADVOGADOS : ÂNGELO AUGUSTO COSTA DELGADO - DF015537**  
**HINDENBERG FERNANDES DUTRA - RN003838**  
**JOSÉ AUGUSTO DELGADO - RN007490**  
**JOÃO CABRAL DA SILVA E OUTRO(S) - RN008177**  
**AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE**

### **DECISÃO**

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão exarada pelo Ministro Presidente desta Corte nos seguintes termos (e-STJ fls. 491/492):

*Trata-se de EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL interpostos por FRANCISCO CANINDÉ FERNANDES com fulcro no art. 1.043 do Código de Processo Civil.*

*A parte embargante insurge-se contra o acórdão embargado em razão da divergência com o AgRg no REsp n. 1.379.930/ES e o AgRg no AREsp n. 400.158/MT, ambos proferidos pela Sexta Turma, relativos à possibilidade de concessão da ordem de habeas corpus de ofício.*

*Requer, desse modo, o provimento dos presentes embargos de divergência.*

*É o relatório. Decido.*

*Os embargos não reúnem condições de serem processados.*

*Mediante análise dos autos, os embargos de divergência não foram instruídos com a guia de custas devidas ao STJ e o respectivo comprovante de pagamento. Assim, incide na espécie o disposto na Súmula n. 187 deste Tribunal, o que leva à deserção do recurso.*

*Percebeu-se, no STJ, haver a referida irregularidade no recolhimento do preparo, razão pela qual a parte foi intimada para regularizar o óbice. Porém, embora regularmente intimada para sanar referido vício, não o fez corretamente, porquanto limitou-se a juntar o comprovante de pagamento desacompanhado da respectiva guia de custas (fl. 1321/1322). Dessa forma, os embargos de divergência não foram devida e oportunamente preparados.*

*Ante o exposto, com fundamento no art. 21-E, inciso V, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, c.c. art. 266-C, do mesmo diploma legal, indefiro liminarmente os embargos de divergência.*

Alega o agravante que "a situação relatada (limitar-se a juntar o comprovante de pagamento desacompanhado da respectiva guia de custas) não elide os

fatos constatados exclusivamente a partir da observação do comprovante de que: (i) houve o efetivo recolhimento; (ii) pelo EMBARGANTE; (iii) obedecendo ao valor disposto na tabela de custas então vigente; e (iv) direcionado em favor desse e. STJ" (e-STJ fl. 1.333).

Argumenta que "não há dúvidas de que o valor foi integralmente recolhido, na forma como exigiu a r. DECISÃO, sendo certo que a finalidade, de ingresso da verba nos cofres do e. STJ, foi atendida", devendo ser aplicado ao caso o princípio da instrumentalidade das formas.

Sustenta, ademais, que "não se pode perder de vista que o caso dos autos se desdobra no ambiente penal, estando em jogo nada menos do que a liberdade de locomoção do AGRAVANTE, daí porque, com ainda mais razão, necessário se faz que o entendimento firmado no EAREsp 516.970/PI seja transposto ao caso, até mesmo para que – em eventual (mas não esperada) confirmação do que até agora ficou decidido – tal quadro provenha de decisão que enfrente o mérito das teses defensivas, aumentando a qualidade e a legitimidade da prestação jurisdicional, em homenagem ao princípio da primazia do julgamento de mérito, inaugurado pelo NCPC em seu art. 4º" (e-STJ fl. 1.337).

Requer seja recebido "o presente recurso para, em juízo de retratação, na forma do art. 258, §3º, do RISTJ, proceder à reforma da r. DECISÃO, ou, em assim não aquiescendo, levar estas razões à consideração do competente ÓRGÃO COLEGIADO, ao qual se requer igualmente a procedência destas a fim de conhecer dos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA e lhe dar provimento" (e-STJ fl. 1.338).

É, em síntese, o relatório.

Inicialmente, verifica-se que assiste razão ao agravante no que tange ao preparo dos embargos de divergência. De fato, o comprovante de pagamento foi juntado à e-STJ fl. 1.322. Além do mais, nos termos do art. 7º da Lei n. 11.636/2007, não são devidas custas nos processos criminais, de modo que a decisão agravada deve ser reconsiderada.

A propósito:

*DIREITO PENAL. HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. AÇÃO*

*PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. ILEGALIDADE. ART. 804 DO CPP. NULIDADE. ORDEM CONCEDIDA.*

*1. Interpretando o art. 804 do Código de Processo Penal, esta Corte já decidiu que, em se tratando de ação penal pública, somente se admite a exigência do pagamento de custas processuais após a condenação definitiva, não havendo falar em deserção do recurso por falta de preparo.*

*2. Ordem concedida, para afastar a inadmissão do recurso especial por falta de preparo. (HC 290.168/PB, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/11/2014, DJe 27/11/2014.)*

Sendo assim, passa-se à análise da admissibilidade dos embargos de divergência (e-STJ fls. 1.303/1.311) interpostos contra acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1.291):

*PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO PARA DESTRANCAR RECURSO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. INOVAÇÃO RECURSAL E IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIR A INADMISSÃO. AGRAVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO.*

*1. “Não havendo impugnação específica acerca dos fundamentos da decisão que não admitiu o recurso especial, deve ser aplicada, por analogia, a Súmula 182 deste Tribunal Superior.” (AgRg no AREsp 1.013.363/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 29/08/2017).*

*2. Teses omissas nas contrarrazões ao recurso especial não podem ser conhecidas em sede de agravo regimental, por configurar inovação recursal.*

*3. Postular a concessão da ordem de habeas corpus de ofício, como forma de tentar burlar a inadmissão do recurso especial é descabido. Precedente.*

*4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.*

Na espécie, sustenta o embargante divergência com o julgado do AgRg do REsp n. 1.379.930/ES, cuja ementa é a seguinte:

*AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. RECEPÇÃO QUALIFICADA. FALTA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE.*

*PERSONALIDADE. NEGATIVAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ELEMENTOS CONCRETOS UTILIZADOS PARA A MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. LEI N. 12.850/2013. NORMA MAIS BENÉFICA. EFEITOS RETROATIVOS. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. ILEGALIDADE FLAGRANTE VERIFICADA.*

*1. O agravante não indicou o artigo de lei federal que considera violado. Pela falta de delimitação da controvérsia, tem-se a aplicação da Súmula 284/STF.*

*2. A análise da tese de ausência de provas para a condenação envolveria o reexame de matéria fático-probatória, o que esbarra no óbice da já mencionada Súmula 7/STJ.*

*3. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica.*

*4. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório não seria capaz de embasar a condenação do agravado, por insuficiência de provas.*

*5. Foram valoradas negativamente as circunstâncias referentes à culpabilidade, às circunstâncias, às consequências e à personalidade de forma idônea, porquanto foram utilizados elementos concretos não inerentes ao tipo penal de roubo.*

*6. A análise da tese de que os elementos concretos utilizados para negatar a personalidade do agravante não são aptos para justificar a majoração da pena-base demandaria o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial, por força da Súmula 7/STJ.*

*7. É inviável, em agravo regimental, matéria suscitada apenas no recurso especial, por ser descabida inovação de tese.*

*8. Conforme o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, a Lei n. 12.850/2013, que alterou a redação do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, mais benéfica ao réu, deve retroagir para alcançar os delitos praticados anteriormente à sua vigência, como se observa na hipótese em análise.*

*9. Aplicada a lei nova mais benéfica e efetivada a redução da pena, consumou-se a prescrição da pretensão punitiva, apenas quanto ao delito de associação criminosa.*

*10. Agravos regimentais improvidos. Concedido habeas corpus de ofício ao agravante Valdo Leite de Santana para aplicar a nova redação do art. 288, parágrafo único, do Código Penal, inserida pela Lei n. 12.850/2013, reduzindo-se a pena do crime de associação criminosa a 1 ano, 10 meses e 15 dias de reclusão, e, com fundamento no art. 61 do Código de Processo Penal, declarada extinta a punibilidade do referido agravante, pela prescrição da pretensão punitiva, apenas em relação a esse delito, com fundamento no art. 107, IV, c/c os arts. 109, V, e 110, § 1º, do Código Penal.*

*[...] (relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA*

Aduz o embargante que há julgados, portanto, que reconhecem o cabimento de *habeas corpus* de ofício no bojo do recurso especial, afirmando que o "STJ possui entendimento consolidado no sentido de que, em constatada a flagrante ilegalidade, o *HABEAS CORPUS* de ofício pode ser concedido mesmo estando ausente os pressupostos de admissibilidade do RECURSO ESPECIAL ou o óbice sumular n.º 7/STJ" (e-STJ fl. 1.308).

Ao final requer "sejam acolhidos e providos os presentes EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA, dando-se igual provimento ao AGRG NOS EDCL NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.270.578/RN para conceder, de ofício, *habeas corpus* a fim, reconhecendo as ilegalidades exaustivamente apontadas, redimensionar a pena imposta ao ora EMBARGANTE nos termos postulados no AGRAVO REGIMENTAL, conforme tem reiteradamente decidido este c. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA" (e-STJ fls. 1.310/1.311).

Convém rememorar que os embargos de divergência objetivam impedir a coexistência de teses diversas para casos semelhantes, tendo como função precípua a de uniformizar a jurisprudência interna do Tribunal, de modo a evitar antinomias entre julgamentos sobre questões ou teses submetidas à sua apreciação. Além do mais, a sua interposição pressupõe o preenchimento dos requisitos previstos nos arts. 1.043 do Código de Processo Civil e 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, contudo, a divergência não ficou prontamente demonstrada, nos termos da legislação de regência, pois o tema do cabimento de *habeas corpus* de ofício no âmbito do recurso especial em seus diferentes aspectos não foi discutido no acórdão paradigma, que se limitou a conceder a ordem ao caso específico, dadas as particularidades da causa, não havendo, neste contexto, como comprovar o dissenso de teses com o acórdão ora embargado.

Desse modo, verifica-se que os embargos não atendem as exigências do art. 266, § 4º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, não podendo, dessa forma, prosperar.

Ante o exposto, reconsidero a decisão agravada e **inadmito os embargos de divergência**, por motivo diverso.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 04 de abril de 2019.

Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO  
Relator

