



## Concessão de HC, de ofício, em sede de embargos de divergência

Os embargos de divergência constituem mecanismo de uniformização da jurisprudência interna dos tribunais superiores, caracterizado pelo seu caráter técnico e pela exigência de rigorosos requisitos de admissibilidade. A oposição contra decisão monocrática [1], o acórdão embargado ou paradigma que não adentra no mérito recursal do recurso especial [2], a ausência de atualidade da divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários [3], e a comprovação de dissídio jurisprudencial por mera transcrição de ementas [4] são hipóteses que conduzem ao não cabimento dos embargos.

Apesar de previstos no artigo 1.043, do Código de Processo Civil de 2015, no artigo 330 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no artigo 266 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a Corte Superior consolidou o entendimento de que “*os embargos de divergência, embora não previstos na legislação processual penal, são inquestionavelmente cabíveis no curso de processo criminal, sendo inexigível o pagamento de custas processuais em ação penal pública*” [5].

Outro entendimento já pacificado na jurisprudência penal da corte é o de que não são cabíveis embargos de divergência quando o acórdão paradigma é oriundo de decisão proferida em Habeas Corpus, ao argumento, em síntese, de que os acórdãos proferidos em ações constitucionais possuem cognição diversa em relação ao recurso especial [6], embora tenham sido apresentadas propostas com o fim de admitir tal possibilidade [7].

A par desses aspectos, o presente texto tem como foco a discussão sobre a compatibilidade de concessão de ofício da ordem de Habeas Corpus com o recurso de embargos de divergência. É verdade que, mesmo antes da previsão legal do artigo 647-A do CPP pela Lei nº 14.836/24, a expedição de Habeas Corpus de ofício já era prática comum no âmbito das cortes superiores em julgamento de recursos especial [8], extraordinário, agravo [9], agravo regimental [10] e embargos de declaração [11].

No tocante à viabilidade da concessão de ofício da ordem de Habeas Corpus em sede de embargos de divergência, a 3ª Seção entende que:

*“a concessão de Habeas Corpus de ofício, no bojo de embargos de divergência, encontra óbice tanto no fato de que o Relator não tem autoridade para conceder a ordem por meio de decisão monocrática, desconstituindo, na prática, o resultado de acórdão proferido por outra Turma julgadora, como, tampouco a Seção detém competência constitucional para conceder Habeas Corpus contra acórdão de Turma do próprio Tribunal” [12].*

Spacca

Tal fundamento encontra amparo no princípio da hierarquia, inerente à natureza do próprio Habeas Corpus, estabelecendo **que nenhum juiz ou tribunal pode julgar a impetração quando for apontado como autoridade coatora no próprio ato impugnado**. A respeito disso, O ministro Moreira Alves, no julgamento da Questão de Ordem no HC nº 76.628/DF, esclarece que “*não se pode reputar competente o mesmo juiz que autorizou a coação, ou quem a ordenou, nem o seu igual, nem “a fortiori”, o juiz inferior a ele*” [13]. Inclusive, foi essa compreensão que serviu de base para a edição da Súmula 606/STF, aplicado por analogia pelo STJ [14].

Sendo assim, considerando que, diante de divergência de entendimento entre Turmas pertencentes à mesma Seção, compete à respectiva Seção o exame dos embargos de divergência, e tendo em vista que não há hierarquia entre os órgãos fracionários da corte, revela-se inviável a concessão da ordem de *ofício* no âmbito dos embargos, em razão da ausência de competência constitucional para tal providência.

Sobre a qualidade de autoridade coatora, é importante destacar que “*é suficiente que a ilegalidade tenha sido submetida potencialmente ao controle da autoridade que, ao não a combater, mesmo que de ofício, passa a figurar como autoridade coatora igualmente responsável pelo constrangimento ilegal*” [15].

Nessa linha, Guilherme Nucci assevera que:



*“Vale destacar que o tribunal se transforma em órgão coator, desde que julgue recurso do réu, negando provimento, quando deveria ter acolhido a pretensão, bem como quando julga recurso da acusação, concedendo ou negando provimento, mas deixando de apreciar matéria fundamental, que comportaria a concessão de habeas corpus de ofício, em favor do acusado, nos termos do art. 654, § 2.º, do CPP. O não conhecimento de apelação ou outro recurso do réu ou da acusação não torna o tribunal autoridade coatora, salvo se a matéria comportasse a concessão, de ofício, de habeas corpus” [16].*

Ou seja, o relator, ainda que não tenha examinado o mérito do recurso especial, configura-se como autoridade coatora, porque lhe foi submetida, em potencial, a apreciação do eventual constrangimento ilegal, o que atrai a incompetência da 3ª Seção para conceder, de ofício, a ordem de Habeas Corpus em sede de embargos de divergência sobre a matéria objeto do recurso especial ou agravo regimental.

## Ilegalidade superveniente

Por outro lado, imaginemos que a manifesta ilegalidade apta a ensejar a expedição de Habeas Corpus de ofício seja superveniente ao julgamento do recurso especial ou que não constou das razões recursais anteriormente dirigidas ao STJ. Seria cabível?

Entendemos que sim, pois o relator do recurso especial não chegou a ter, sequer em potencial, conhecimento da manifesta ilegalidade para reconhecê-la, não representando, assim, como autoridade coatora. Nesse sentido, no Habeas Corpus nº 71.274, o relator, ministro Sydney Sanches, entendeu não ser o STJ a autoridade coatora, pois a questão não havia sido objeto de debate, tampouco indicada no ato tido por coator:

*“Ora, se o Superior Tribunal de Justiça não examinou, nem podia examinar, essa questão, somente agora suscitada no “habeas corpus”, não se pode dizer, nem mesmo em tese, que é aquele colegiado apontável como autoridade coatora.”*

Logo, quando os embargos de divergência forem distribuídos a novo relator da outra Turma, este poderá conceder, de ofício, a ordem de Habeas Corpus diante de flagrante ilegalidade superveniente ou não apresentada nas razões do recurso especial, tendo em vista que não estará se insurgindo contra um comando da própria corte, mantendo-se a observância do princípio da hierarquia.

## Viabilidade do HC de ofício em embargos de divergência

Nessa linha, a 3ª Seção, no julgamento do EDcl no AgR no EAREsp 1.465.998/DF, concedeu a ordem ofício, para declarar a extinção da punibilidade devido à prescrição da pretensão punitiva. Ao analisar o caso, depreende-se que a prescrição se consumou após o julgamento do agravo em recurso especial e, por isso, não foi submetida ao conhecimento do seu relator. Assim, em um primeiro momento, não há que se falar em incompetência da Seção, tampouco em desconstituição do acórdão embargado proferido pela Turma, já que não seria ela, em tese, a autoridade coatora.

Outrossim, destaca-se que a prescrição é matéria de ordem pública, podendo ser reconhecida em qualquer momento, de modo que a pretensão da concessão da ordem de ofício, no caso, não visava contornar os óbices verificados na admissibilidade dos embargos de divergência. Outrossim, se tratando de assunto afeito à (im)possibilidade punitiva do estado – quando se tratar de ação penal pública –, como nesse caso, nada mais justo que o próprio estado-juiz reconhecer a perda do direito de punir.

Além das causas de extinção da punibilidade, vislumbra-se a possibilidade também nas hipóteses em que há desconformidade em relação à jurisprudência firmada em sede de recursos repetitivos, como, por exemplo, a ilicitude de produção de RIFs por encomenda (REsp 2.150.571), a compensação entre a confissão e a reincidência (Tema 585), aplicação retroativa do acordo de não persecução penal (1.098) etc.

Portanto, nessas hipóteses, mostra-se viável a expedição de Habeas Corpus de ofício em sede embargos de divergência, desde que respeitados os limites cognitivos do Habeas Corpus, as regras de competência constitucional atribuídas a cada órgão jurisdicional e o princípio da hierarquia.

---

[1] AgRg nos EDcl nos EAREsp 2.807.273/SP, rel. min. Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, DJe de 19/05/2025.

[2] EREsp 1.818.902/SP, rel. min. Humberto Martins, 2ª Seção, DJe de 14/04/2025.

[3] AgR no EAREsp 2.464.901/SP, rel. min. Daniela Teixeira, 3ª Seção, DJe de 19/03/2024.

[4] AgRg nos EDcl nos EAREsp 1.773.343/PR, rel. min. Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, DJe de 21/10/2021

[5] AgRg nos EDcl nos EAREsp 1.773.343/PR, rel. min. Joel Ilan Paciornik, 3ª Seção, DJe de 21/10/2021.

[6] AgInt nos EAREsp 2.143.376/SP, rel. min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe de 23/12/2024.

[7] Aqui

[8] REsp 2.109.224/DF, rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 27/3/2025.

[9] AREsp 2.935.762/PR, rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe de 17/6/2025.

[10] AgR no AREsp 2.618.483/SC, rel. min. Messod Azulay, 5ª Turma, DJe de 18/6/2025.

[11] EDcl no AgRg no AREsp 2.773.123/SP, rel. min. Reynaldo Soares, 5ª Turma, DJe de 17/06/2025.

[12] AgRg nos EAREsp 971.629/PR, rel. min. Reynaldo Soares Fonseca, 3ª Seção, DJe de 22/05/2017

[13] QO no HC 76.628, rel. min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJe de 12/6/1998.

[14] AgR nos EDcl no HC 840.583/PR, rel. min. Rogerio Schietti, 6ª Turma, DJe de 15/4/2025.



[15] PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda; et al. (Org.). *Habeas Corpus* no Supremo Tribunal Federal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters, 2021, p. 35.

[16] NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal – Volume Único – 6ª Edição 2025. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.637. ISBN 9788530996420. Disponível [aqui](#).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2025-out-05/concessao-de-hc-de-oficio-em-sede-de-embargos-de-divergencia/>