EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.754.960 - SC (2018/0180630-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR**
EMBARGANTE	:	GELSON DE VASCONCELOS BORGES
ADVOGADO	:	DANILO DO PRADO - SC025450
EMBARGADO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OMISSÃO. IMPROCEDÊNCIA.
Embargos de declaração rejeitados.

DECISÃO

Embargos de declaração opostos por **Gelson de Vasconcelos Borges** ao *decisum*, de minha lavra, assim ementado (fl. 1.358):

> RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO CONSUMADO, POR DUAS VEZES, E TENTADO, EM CONCURSO FORMAL PRÓPRIO (ART. 121, § 2°, IV, E ART. 121, § 2°, IV, C/C O ART. 14, INCISO II, NA FORMA DO ART. 70, SEGUNDA PARTE, TODOS DO CÓDIGO PENAL). VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XXXVIII, *A*, DA CF, E DOS ARTS. 482, 483, § 4º, E 564, TODOS DO CPP. SUPOSTA NULIDADE POR AUSÊNCIA DE QUESITO ACERCA DA CONTINUIDADE DELITIVA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE IDENTIDADE FÁTICA E PARADIGMA EM *HABEAS CORPUS*. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. RECURSO FUNDADO NA ALÍNEA A. IMPROCEDÊNCIA. QUESTÃO AFETA À APLICAÇÃO DA PENA. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.
>
> 1. A inexistência de identidade fática entre o paradigma indicado e o caso dos autos obsta o exame do recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial.
> 2. Para fins de comprovação do dissídio jurisprudencial, não se admite acórdão proferido em habeas corpus, uma vez que o remédio constitucional não guarda o mesmo objeto e a mesma extensão material almejados no recurso especial.
> 3. A continuidade delitiva, tal como o concurso formal e material, é matéria atinente à aplicação da pena, ou seja, está fora da previsão contida nos arts. 482 e 483, ambos do CPP, razão pela qual não há nulidade na ausência de formulação de quesito sobre o tema.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

Nas razões, a defesa do embargante aduziu que a decisão padece de omissão, pois não se manifestou acerca da alegação ofensa ao conteúdo da Súmula 156/STF.

Pugnou, assim, pelo saneamento do vício apontado.

É o relatório.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B30AAF6C-766C-4DA8-98F3-908AE5019305

Não há omissão.

O recurso fundado na alínea *c* foi inadmitido ante a ausência de identidade fática entre o primeiro paradigma indicado (REsp n. 1.170.742/BA) e o caso dos autos e a inadmissão do segundo (HC n. 232.236/SP) para fins de comprovação da divergência (fl. 1.360):

> [...]
> Ora, não há identidade fática entre o acórdão exarado no julgamento do REsp n. 1.170.742/BA e o caso dos autos, pois o primeiro versa acerca da necessidade de quesitação da tese de legítima de defesa putativa, enquanto o presente versa acerca da obrigatoriedade de quesitação para fins de reconhecimento da continuidade delitiva (tese deduzida pela defesa em plenário).
> [...]

A menção ao conteúdo do enunciado da Súmula 156/STF, embora constante das razões do recurso especial, **por si só**, não viabiliza o exame do recurso especial pela via do dissídio (art. 105, III, *c*, da CF), pois seria imprescindível, ainda, a indicação de algum acórdão paradigma, seguido do respectivo analítico, de forma a viabilizar a análise da identidade fático-jurídica entre o precedente indicado e o caso dos autos.

A propósito, destaco que:

> [...] IV. **Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 541, parágrafo único, do CPC e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação**, exigência não atendida, no caso, porquanto inexiste similitude fática entre os casos confrontados. V. Na forma da jurisprudência do STJ, "o conhecimento de recurso especial fundado na alínea c do art. 105, III, da CF/1988 requisita, em qualquer caso, a demonstração analítica da divergência jurisprudencial invocada, por intermédio da transcrição dos trechos dos acórdãos que configuram o dissídio e da indicação das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não sendo bastante a simples transcrição de ementas ou votos (artigos 541, parágrafo único, do Código de Processo Civil e 255, § 2º, do RISTJ). A não observância a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do recurso especial" (STJ, AgRg no REsp n. 1.420.639/PR, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 2/4/2014). [...]
> (AgRg no REsp n. 1.508.596/DF, Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016 – grifo nosso)

Também é descabido o exame de eventual violação de enunciado de súmula

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B30AAF6C-766C-4DA8-98F3-908AE5019305

pela alínea *a* do permissivo constitucional, nos termos do entendimento firmado na Súmula 518/STJ.

Ainda que assim não fosse, cumpre destacar que a decisão embargada lançou fundamentação suficiente para rechaçar a nulidade suscitada, **inclusive com respaldo em precedentes desta Corte e do STF** (fls. 1.361/1.362):

> [...]
> No que se refere à suposta violação dos arts. 482, 483, § 4º, e 564, todos do Código de Processo Penal, a irresignação, embora admissível, não merece acolhida.
> A continuidade delitiva, tal como o concurso formal e material, é matéria atinente à aplicação da pena, ou seja, está fora da previsão contida nos arts. 482 e 483, ambos do CPP, razão pela qual não há nulidade na ausência de formulação de quesito sobre o tema.
> Sobre a natureza do instituto, esta Corte tem decidido:
>
> > [...]
> > 2. **A continuidade delitiva é mera ficção jurídica, que visa a atenuar a sanção penal, ao considerar que as várias condutas praticadas pelo agente são reunidas e consideradas, fictamente, como delito único.** Portanto, **a despeito de os fatos haverem sido considerados de maneira globalizada (continuidade delitiva) pelo Tribunal de Justiça estadual, certo é que os fatos que deram ensejo a cada processo são distintos**, o que, por consequência, justifica a interposição de recursos diferentes, sem que isso importe em violação do princípio da unirrecorribilidade ou opere efeito preclusivo.
> > [...]
> > (EDcl no REsp n. 1.256.992/RS, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 17/9/2019 – grifo nosso)
>
> Aliás, essa é compreensão da doutrina majoritária, conforme lição de Renato Brasileiro:
>
> > [...]
> > 1.1. Concurso de crimes: prevalece na doutrina o entendimento de que os jurados não devem ser quesitados acerca do concurso de crimes, visto que o concurso material, formal ou crime continuado, funcionam apenas como critérios para aplicação da pena, de competência do juiz-presidente, sujeitos à modificação em grau de apelação, nos termos do art. 593, III, *c*, do CPP [...]
> > (LIMA, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, pág. 482)
>
> Destaco, inclusive, que há precedentes antigos, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que respaldam essa interpretação, sendo que, desde então, não sobreveio nenhuma modificação legislativa apta a subsidiar entendimento em sentido diverso:
>
> > RESP - TRIBUNAL DO JURI - CRIME CONTINUADO - QUESITO NÃO FORMULADO AO CORPO DE JURADOS - ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - NULIDADE NÃO CONFIGURADA. - NÃO

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B30AAF6C-766C-4DA8-98F3-908AE5019305

> IMPORTA EM NULIDADE DO JULGAMENTO, A FALTA DE FORMULAÇÃO, AO CORPO DE JURADOS, DE QUESITO REFERENTE AO CRIME CONTINUADO, POSTO QUE ESTE SE REFERE A APLICAÇÃO DA PENA, DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUIZ-PRESIDENTE (ART. 71, C/C ART. 484, CPP). - RECURSO IMPROVIDO.
>
> (REsp n. 38.882/DF, Ministro Cid Flaquer Scartezzini, Quinta Turma, DJ 28/2/1994)
>
> HOMICÍDIO QUALIFICADO. CO-AUTORIA. PRONUNCIA. LIBELO. RECIBO DA COPIA. JÚRI. QUESITOS. ORDENS QUE DEVEM SER FORMULADAS. II. EMBORA O RÉU NÃO TENHA PASSADO RECIBO DA ENTREGA DO LIBELO. TAL OMISSÃO NÃO LHE TENDO TRAZIDO QUALQUER PREJUÍZO, NÃO DEVE ORIGINAR NULIDADE (C.P.P., ART.N 563). III. O QUESITO SOBRE O HOMICÍDIO PRIVILEGIADO (C.P., ART. 121, PAR 1.) DEVE PRECEDER AQUELES QUE TRATAM DA QUALIFICAÇÃO DO CRIME, SEGUNDO DISPÕE O ART. 484, III, DO C.P.P., SEGUNDO SUA MELHOR EXEGESE. PREJUÍZO DECORRENTE DESTA TRANSGRESSÃO, O QUAL LEVOU O JUIZ A JULGAR PREJUDICADO O QUESITO DA DEFESA, FACE AO RECONHECIMENTO ANTECIPADO DA QUALIFICATIVA. NULIDADE EMERGENTE DESSE PROCEDER. IV. CRIME CONTINUADO. NÃO DEVE SER OBJETO DE QUESITO AOS JURADOS, MAS DE CRITÉRIO PARA APLICAÇÃO DA PENA, SUJEITO A REVISÃO NOS TERMOS DO ART. 593, III, C, DO C.P.P. V. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, PARCIALMENTE, A UM DOS PACIENTES APENAS, PARA ANULAR O JULGAMENTO DO PACIENTE JOSE BARROS.
>
> (HC n. 53175, Ministro Thompson Flores, Segunda Turma, DJ 15/8/1975)
>
> [...]

Tal circunstância, por si só, obsta o exame do recurso especial, fundado na alínea *a* e *c*, na esteira da orientação firmada na Súmula 83/STJ:

> Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.

Nesse sentido, confira-se:

> [...]
>
> 1. **Tendo o acórdão recorrido decidido em consonância com a jurisprudência desta Casa, incide, na hipótese, o enunciado n. 83 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que abrange os recursos especiais interpostos com amparo nas alíneas a e/ou c do permissivo constitucional.** Precedentes.
>
> [...]
>
> (AgInt no AREsp n. 1.535.105/RJ, Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 29/11/2019 – grifo nosso)

Ante o exposto, **rejeito** os embargos de declaração.

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B30AAF6C-766C-4DA8-98F3-908AE5019305

Publique-se.

Brasília, 04 de dezembro de 2019.

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

Edição nº 2808 - Brasília, Disponibilização: Quinta-feira, 05 de Dezembro de 2019 Publicação: Sexta-feira, 06 de Dezembro de 2019
Código de Controle do Documento: B30AAF6C-766C-4DA8-98F3-908AE5019305