



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.075 - SP (2008/0090331-8)

RELATOR : **MINISTRO NEFI CORDEIRO**
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANGELO FERNANDES

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO *writ*. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO CONTINUADA (POR TRÊS VEZES). DECURSO DE LAPSO NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA OCORRIDO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRESCRIÇÃO CONFIGURADA. PENA REDIMENSIONADA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE OS TRÊS CRIMES PRATICADOS EM CADA ANO. CONCURSO MATERIAL RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO DO JULGADO. VIA IMPRÓPRIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.

2. Resta configurada a prescrição da pretensão punitiva relativamente às práticas delituosas ocorridas anteriormente à 18/09/1995, atingindo, portanto, os delitos praticados no ano de 1994, tendo em vista o decurso de lapso temporal superior a 8 anos – contados do recebimento da denúncia à publicação da sentença condenatória –, necessários à sua configuração – por se tratar de pena definitiva superior a 2 e inferior a 4 anos, nos termos do disposto no art. 109, IV, do CP, considerada a pena em concreto de cada delito, sem o acréscimo da continuidade delitiva.

3. De acordo com a Teoria Mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – como também de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

4. Nesse contexto, aplicada, pelas instâncias ordinárias, a regra do concurso material de crimes, uma vez considerados autônomos os desígnios, constata-se a impropriedade da via eleita ao exame da tese, dada a necessidade de revolvimento do material cognitivo produzido nos autos a fim de se infirmar o entendimento adotado, para se aferir o preenchimento dos requisitos do art. 71 do CP. Precedentes.

5. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir as penas a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

10 anos e 6 meses de detenção e multa de 12% do valor total pago aos fornecedores, nos termos do art. 99 da Lei n. 8.666/93 c/c o art. 72 do Código Penal.

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, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de março de 2015 (Data do Julgamento)

MINISTRO NEFI CORDEIRO
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.075 - SP (2008/0090331-8)

RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO
IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PACIENTE : ANGELO FERNANDES

RELATÓRIO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

Trata-se de *habeas corpus* com pedido de liminar, substitutivo de recurso, impetrado em favor de ANGELO FERNANDES, em face do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

Consta dos autos que o paciente foi condenado, como incurso no art. 1º, V, do Decreto-Lei n. 211/67 e art. 89 da Lei n. 8.333/93, às penas de 11 anos, 1 mês e 3 dias de detenção, em regime semiaberto.

Interposta apelação, o Tribunal *a quo* deu parcial provimento ao recurso para absolver o paciente da prática do crime de responsabilidade, reduzindo a pena, por consequência, a 10 anos, 9 meses e 18 dias de detenção em regime semiaberto.

Alega o impetrante, em suma, constrangimento ilegal, tendo em vista a ocorrência, na espécie, da prescrição da pretensão punitiva, bem assim o direito à aplicação da regra do crime continuado quanto aos delitos praticados pelo paciente.

Requer, assim, inclusive liminarmente, o reconhecimento da *prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, e ou, ainda, o reconhecimento da continuidade delitiva, operando-se a redução da pena fixada, e ainda para a modificação do regime inicial fixado, determinando-se o aberto para início do cumprimento da pena detentiva, além da sua substituição por outra, restritiva de direitos* (fl. 19).

O pedido de liminar foi indeferido às fls. 82/84.

Foram prestadas as informações às fls. 35/36e, 37/80e, 88/89e, 90/91e, 92/93e, 102/103e, 105/152e, 175/216e, 219/236e e 244/261e.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 155/158e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 105.075 - SP (2008/0090331-8)

VOTO

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator):

O presente *habeas corpus* foi impetrado em substituição a recurso especial, previsto no art. 105, III, da Constituição Federal.

Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o *writ* quando utilizado em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal (HC 213.935/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJe de 22/8/2012; e HC 150.499/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 27/8/2012), assim alinhando-se a precedentes do Supremo Tribunal Federal (HC 104.045/RJ, Rel. Ministra ROSA WEBER, PRIMEIRA TURMA DJe de 6/9/2012).

Nada impede, contudo, que, de ofício, constate a Corte Superior a existência de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia, o que ora passo a examinar.

Visa o impetrante, de início, ao reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva relativamente ao delito do art. 89 da Lei n. 8.666/93.

Compulsando os autos, verifica-se que o paciente, então prefeito do Município de Palestina/SP, foi denunciado pela prática dos delitos do art. 89 da Lei n. 8.666/93 (por centenas de vezes) e do art. 1º, V, do Decreto-lei n. 201/67, os quais teriam ocorrido entre janeiro de 1993 a dezembro de 1996.

Recebida a denúncia em 18/09/2003 (fl. 94), foi o paciente condenado pela prática dos aludidos delitos (art. 89 da Lei n. 8.666/93 em continuidade delitiva, por três vezes e art. 1º, V, do Decreto-lei 201/67), sendo absolvido, no julgamento da apelação, pelo crime de responsabilidade.

Cumprе ressaltar, quanto ao delito de dispensa de licitação, que, ***para cada um dos três anos (1994 a 1996), foram três os crimes, ou seja, um nas aquisições de pães, outro nas de carne bovina e o último nas de combustíveis*** (fl. 51), considerando-se que, ***de um ano para outro, em razão das condições semelhantes em que foram praticados, houve crime continuado em relação a cada espécie de mercadoria adquirida, vez que as licitações seriam distintas para cada ano*** (fl. 51), e que, ***no mesmo ano, o concurso de crimes é o material, na medida em que foram sendo praticados simultaneamente*** (fl. 51), às penas de 10 anos, 9 meses e 18 dias de detenção. A sentença condenatória foi publicada em 1º/7/2004 (fls. 95), já tendo transitado em julgado a condenação (fl. 95).

Com efeito, de fato, resta configurada a prescrição da pretensão punitiva



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relativamente às práticas delituosas ocorridas anteriormente à 18/09/1995, atingindo, portanto, os três delitos praticados no ano de 1994, tendo em vista o decurso de lapso temporal superior a 8 anos – contados do recebimento da denúncia à publicação da sentença condenatória –, necessários à sua configuração – por se tratar de pena definitiva superior a 2 e inferior a 4 anos, nos termos do disposto no art. 109, IV, do CP, considerada a pena em concreto de cada delito, sem o acréscimo da continuidade delitiva.

Pretende ainda o impetrante a aplicação da regra da continuidade delitiva, ao argumento de que *a aplicação do artigo 69, do Código Penal para a soma de cada pena correspondente a cada ano/produto, não traduz a boa aplicação do direito* (fl. 11), não havendo como *fragmentar a conduta do Paciente, conforme a peça acusatória* (fl. 11).

Com efeito, consoante se infere do acórdão impugnado, foi aplicada a continuidade delitiva em relação aos três anos (1994, 1995 e 1996), quanto aos três crimes de dispensa de licitação relativos a cada mercadoria adquirida.

Para tanto, as instâncias ordinárias consideraram autônomos os desígnios em razão de se tratar de produtos diversos, os quais exigiriam licitações distintas, aplicando, assim, a regra do concurso material de crimes.

Por oportuno, trago à colação os seguintes excertos:

Procedente em parte a pretensão punitiva, passo a dosar a pena.

Por ser o réu primário e não registrar maus antecedentes (fls. 2121/2125, 2129/2130 e 2164/2167), fixo no mínimo legal a pena base de cada crime, ou seja, 3 (três) anos de detenção e multa de 2% (dois por cento) do valor total pago aos fornecedores contratados irregularmente sem licitação (art. 99 da Lei nº 8.666/193), para os crimes de dispensa ilegal de licitação, e 3 (três) meses de detenção para os crimes de despesa ilegal.

Diversamente do sustentado pelo Ministério Público em suas alegações finais, no documento de fls. 2129/2130 consta apenas que houve inquérito policial, e não processo, referente a crime eleitoral, e por isso é desnecessária a solicitação de certidão a respeito.

Também, na certidão de fls. 2122/2124, expedida pelo Distribuidor, não consta nenhuma condenação com trânsito em julgado e, pois, diante do princípio constitucional da presunção de inocência, desnecessária a certidão específica de cada processo.

O réu confessou a autoria do delito, o que se constitui em uma atenuante, mas sem influência na dosagem da pena, que nessa fase não pode ficar aquém do mínimo legal.

Pela continuidade delitiva e considerando que pra cada dispensa ilegal de licitação, em relação a cada espécie de produto adquirido, foram os crimes cometidos, aplico a pena de um deles, aumentada de 1/5, o que resulta em 3 (três) anos e 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de detenção, e 6% (seis por cento) do valor total pago aos fornecedores contratados irregularmente sem licitação (art. 99 da Lei nº 8.666/193 c.c. o art 72 do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Código Penal).

[...]

Por fim, pelo concurso material, que segue as regras dos arts. 69 e 72, ambos do Código Penal, as penas devem ser cumuladas, o que resulta, em definitivo, à mingua de outras circunstâncias, em 11 (onze) anos, 1 (um) mês e 3 (três) dias de detenção e multa de 18% sobre o valor total pago aos fornecedores (fls. 52/53 - sentença).

Na dosagem das penas, o meritíssimo Juiz de Direito fundamentou-a na forma seguinte: "Por ser o réu primário e não registrar maus antecedentes (fls. 2121/2125, 2129/2130 e 2164/2167), fixo no mínimo legal a pena base de cada crime, ou seja, 3 (três) anos de detenção e multa de 2% (dois por cento) do valor pago aos fornecedores contratados irregularmente sem licitação (art. 99 da Lei nº 8.666/93), para os crimes de dispensa ilegal de licitação, e 3 (três) meses de detenção para os crimes de despesa ilegal... O réu confessou a autoria do delito, o que se constitui em uma atenuante, mas sem influência na dosagem da pena, que nessa fase não pode ficar aquém do mínimo legal. **Pela continuidade delitiva e considerando que para cada dispensa ilegal de licitação, em relação a cada espécie de produto adquirido, foram três os crimes cometidos, aplico a pena de um deles, aumentada de 1/5, o que resulta em 3 (três) anos, 7 (sete) meses e 6 (seis) dias de detenção, e 6% (seis por cento) do valor total pago aos fornecedores contrata dos irregularmente sem licitação (art. 99 da Lei n' 8.666/93 c/c o art. 72 do Código Penal).** [...]

Por fim, pelo, concurso material, que segue as regras dos arts. 69 e 72, ambos do Código Penal, as penas devem ser cumuladas, o que resulta,- em definitivo, à mingua de outras circunstâncias, em 11 (onze) anos, 1 (um), mês e 3 (três) dias de detenção e multa de 18% sobre o valor total pago aos fornecedores (fls. 2.211/2.212).

Correto, pois, o cálculo das sanções. Na linha do mesmo entendimento, explica Diógenes Gasparini: "Há concurso de crimes, também chamado de concurso material, quando o agente criminoso, em uma única ou em diversas oportunidades, pratica múltiplas infrações penais, interligadas de algum modo. O concurso. de crimes leva ao concurso de penas. Se o autor executa duas ou mais condutas criminosas, idênticas ou não, obtendo os respectivos resultados, conforme definido pelo art. 69, caput, do Código Penal, diz-se que há concurso material. As condutas tanto podem ser comissivas, como omissivas" (ob. cit., cap. II, item 1.5 pág. 22).

O regime semi-aberto, para início da pena privativa de liberdade, também foi bem escolhido (RT, 666/288 e 691/315).

Com a absolvição pelo crime de responsabilidade do prefeito de efetuar despesas não autorizadas por lei, em que se aplica somente pena privativa de liberdade (cf. Decreto-lei n' 201/67, art. 10, § 10), devem ser deduzidos os 3 meses e 15 dias de detenção aplicados (fls. 2.212, quarto



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

parágrafo), resultando a pena final de 10 anos, 9 meses e 18 dias da mesma espécie.

Pelo exposto, dou provimento ao recurso, em parte, a fim de absolver o réu Angelo Fernandes do crime de responsabilidade de efetuar despesas não autorizadas por lei (Decreto-lei n' 201/67, 4 art. 1', inc. V), com fundamento no inc. III do art. 386 do Código de Processo Penal, reduzindo-lhe a pena corporal para 10 (dez) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoitos) dias de detenção, mantida, no mais, 4 a sentença recorrida (fls. 68/69 - acórdão).

De acordo com a Teoria Mista, adotada pelo Código Penal, mostra-se imprescindível, para a aplicação da regra do crime continuado, o preenchimento de requisitos não apenas de ordem objetiva – mesmas condições de tempo, lugar e forma de execução – como também de ordem subjetiva – unidade de desígnios ou vínculo subjetivo entre os eventos.

Nesse contexto, constata-se a impropriedade da via eleita ao exame da tese, dada a necessidade de revolvimento do material cognitivo produzido nos autos a fim de se infirmar o entendimento adotado, para se aferir o preenchimento dos requisitos do art. 71 do CP.

A propósito:

PENAL. ESTELIONATO. CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 71 DO CP. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITO SUBJETIVO. AUSÊNCIA. DELINQUÊNCIA HABITUAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. VEDAÇÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça entende que, para a caracterização da continuidade delitiva (art. 71 do Código Penal), é necessário que estejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos de ordem objetiva (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e o de ordem subjetiva, assim entendido como a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo havido entre os eventos delituosos.

2. A Corte local concluiu que os crimes foram perpetrados com desígnios autônomos, elemento que demonstra a ausência de preenchimento do requisito subjetivo, indispensável ao reconhecimento da continuidade delitiva.

3. Consoante orientação desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal, a reiteração indicativa de delinquência habitual ou profissional é suficiente para afastar a caracterização do crime continuado.

4. O mandamus não é a via apta para a realização de juízo de constatação da existência de suporte probatório a amparar a tese defensiva, o que seria necessário para a averiguação da ocorrência da continuidade delitiva. Precedentes.

5. Habeas corpus não conhecido (HC 297.624/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 02/03/2015).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. INEXISTÊNCIA DE UNIDADE DE DESÍGNIOS. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal.

- **Considerando a teoria mista, adotada nesta Corte Superior, a configuração do crime continuado, previsto no art. 71 do Código Penal, depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, como também da demonstração da existência da unidade de desígnios entre os delitos praticados.**

- **In casu, como bem observado pelas instâncias ordinárias, os delitos foram praticados com desígnios autônomos, estando ausente a comprovação dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva.**

- Ademais, a inversão do afirmado pelas instâncias de origem demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível na via estreita do remédio constitucional.

Habeas corpus não conhecido (HC 307.486/SP, Rel. Ministro ERICSON MARANHÃO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2014, DJe 26/02/2015).

Assim, tendo em vista a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva quanto às condutas delituosas praticadas no ano de 1994, passo ao redimensionamento das penas.

Com efeito, *in casu*, para cada delito, fixou-se a pena-base no mínimo legal – em 3 (três) anos e 6 (seis) meses de detenção e multa de 2% do valor pago aos fornecedores, a qual permaneceu no mesmo patamar, na segunda fase, não obstante a incidência da atenuante da confissão espontânea, por força do comando da Súmula 231/STJ. Por fim, tendo em vista a prescrição quanto às condutas praticadas em 1994, reduzo proporcionalmente o aumento pela continuidade delitiva, para cada um dos três crimes, ao mínimo legal, de 1/6 (um sexto) – considerando os dois crimes remanescentes praticados em 1995 e 1996 –, ficando as penas estabelecidas em 3 anos e 6 meses e multa de 4%, as quais são somadas, pelo concurso material dos três delitos, totalizando 10 anos e 6 meses de detenção e multa de 12%.

Quanto ao regime prisional, não se constata qualquer ilegalidade, tendo em vista, sobretudo, o *quantum* das penas estabelecido, superior a 8 (oito) anos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, voto por não conhecer do *writ*. Concedo, porém, a ordem de ofício para reduzir as penas a 10 anos e 6 meses de detenção e multa de 12% do valor total pago aos fornecedores, nos termos do art. 99 da Lei n. 8.666/93 c/c o art. 72 do Código Penal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2008/0090331-8

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 105.075 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 152003

9232383

EM MESA

JULGADO: 24/03/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NEFI CORDEIRO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretário

Bel. ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE : DANIEL LEON BIALSKI

IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PACIENTE : ANGELO FERNANDES

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

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, não conheceu do habeas corpus, concedendo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Ericson Marinho (Desembargador convocado do TJ/SP), Maria Thereza de Assis Moura, Sebastião Reis Júnior (Presidente) e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.