

Superior Tribunal de Justiça

HABEAS CORPUS Nº 535.281 - PR (2019/0286097-4)

RELATOR : MINISTRO JORGE MUSSI
IMPETRANTE : LUCIANO BORGES DOS SANTOS E OUTRO
ADVOGADO : PRISCILA DE QUEIROZ OGAYA - PR068623
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ
PACIENTE : EBERSON LUIZ FEDEREZZI (PRESO)
PACIENTE : SIDNEY PAULO ZENOBIO ALVES
ADVOGADO : FERNANDO O'REILLY CABRAL BARRIONUEVO - PR029022
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

Trata-se de *habeas corpus* substitutivo de recurso especial com pedido liminar impetrado em favor de EBERSON LUIZ FEDEREZZI e SIDNEY PAULO ZENOBIO ALVES contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná na Apelação Criminal n. 0002615-20.2011.8.16.0013.

Consta dos autos que os pacientes foram condenados, pela prática do crime descrito no art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990, c/c o art. 69 do Código Penal, às penas idênticas de 9 (nove) anos de detenção, em regime inicial semiaberto, porque, na condição de proprietários e gestores da empresa Global Network Consultoria Ltda. ME, induziram consumidores a erro mediante afirmação falsa e enganosa a respeito da natureza do serviço oferecido (e-STJ fls. 1.091-1.141).

Inconformada, a defesa interpôs apelação, que foi parcialmente provida para “absolver o acusado do 2º e 4º fatos descritos na denúncia, mantendo a condenação quanto ao 1º e 3º fatos. E determinar, após o decurso do prazo do recurso ordinário nesta instância, a imediata expedição de mandado de prisão do condenado pelo Juiz do processo, para o início da execução provisória da pena imposta” redimensionando as penas dos pacientes para o total de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de detenção, mantido o regime inicial semiaberto (e-STJ fls. 1.285-1.298).

No presente *writ*, a parte impetrante alega, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal na dosimetria das reprimendas impostas aos pacientes, pois afirma que as instâncias de origem deixaram de reconhecer a continuidade delitiva quanto ao 1º e 3º delitos indevidamente, pois foram preenchidos os requisitos legais.

Assevera, ainda, a ilegalidade do acórdão impugnado quanto à determinação de imediata execução provisória da pena de detenção em recurso exclusivo da defesa, visto que a sentença permitiu aos réus o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

Requer, ao final, a concessão da ordem de *habeas corpus* para que as penas dos pacientes sejam redimensionadas com o reconhecimento do crime continuado, bem como seja assegurado aos pacientes o direito de permanecer em liberdade até o trânsito em julgado da condenação.

A liminar foi indeferida (e-STJ fls. 1.316-1.317).

As informações foram prestadas (e-STJ fls. 1.322-1.333).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal oficiou pelo não

Superior Tribunal de Justiça

conhecimento e pela concessão da ordem de *habeas corpus* de ofício (e-STJ fls. 1.337-1.342).

É o relatório.

Inicialmente, cumpre atestar a inadequação da via eleita para a insurgência contra o ato apontado como coator, pois o ordenamento jurídico prevê recurso específico para tal fim, nos termos do art. 105, inciso III, da Constituição Federal, circunstância que impede o seu formal conhecimento, conforme entendimento pacífico no âmbito desta Corte Superior de Justiça.

O alegado constrangimento ilegal, entretanto, será analisado para a verificação da eventual possibilidade de atuação *ex officio*, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal.

No que se refere à fixação da pena, constata-se que ao analisar o recurso de apelação, o Tribunal de origem indeferiu o pedido de reconhecimento da continuidade delitiva entre os dois crimes previstos no art. 7º, inciso VII, da Lei n. 8.137/1990, com amparo na seguinte fundamentação (e-STJ fls. 1.297-1.298):

Destaque-se não ser possível a aplicação da continuidade delitiva em relação ao 1º e 3º fatos nos quais os apelantes restaram condenados.

O artigo 71 do Código Penal conceitua como crime continuado, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

No caso concreto, os crimes de indução de erro ao consumidor descritos no 1º e 3º fatos, são da mesma espécie, as condições de lugar, ou conexão espacial, igualmente se encontra preenchido, posto que os fatos foram praticados com identidade de espaço geográfico, nas dependências da empresa Global Net Work Consultoria Ltda.ME. Ocorre que, quanto à conexão temporal, verifica-se que o 1º e 3º fatos não foram praticados em continuidade temporal, posto que o primeiro ocorreu em 05.05.2010, ao passo que o terceiro fato somente ocorreu em 31.08.2010.

A orientação jurisprudencial é no sentido de que para caracterização da continuidade delitiva o decurso de tempo entre um delito e outro não pode ser superior a 30 dias, senão vejamos:

[...]

Nestas condições, não é possível reconhece-se que o 1º e 3º fatos foram praticados em continuidade delitiva, devendo ser mantido o concurso material, aplicado na sentença. (Sem grifos no original.)

Superior Tribunal de Justiça

Da leitura do aresto, verifica-se que o Tribunal estadual concluiu pela impossibilidade de reconhecimento da continuidade delitiva apenas em razão das condutas terem sido praticadas com intervalo de tempo superior a 30 (trinta) dias, ou seja, um fato foi cometido em 5/5/2010 e o outro em 31/8/2010, embora tenha consignado que são crimes da mesma espécie, e que as condições de lugar são as mesmas, pois ambos foram praticados nas dependências da empresa Global Net Work Consultoria Ltda. ME.

A respeito do tema em análise, não obstante o entendimento desta Corte seja no sentido de *"não ser possível, em regra, a aplicação da continuidade delitiva aos crimes cometidos em período superior a 30 (trinta) dias"* (AgRg no AREsp 974.647/SC, relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 01/08/2017), a referida orientação não é absoluta.

Se observadas certas particularidades, como a excepcional vinculação entre as condutas delitivas, é possível o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ATO LIBIDINOSO. CONTINUIDADE DELITIVA. CONFIGURAÇÃO.

1. Sem olvidar da orientação sedimentada nesta Corte Superior, no sentido de que o espaçamento temporal superior a 30 (trinta) dias inviabiliza, em regra, a configuração da continuidade delitiva, é cediço, por outro lado, que referido parâmetro não é absoluto. Em situações particulares é admissível o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal se superado referido prazo, máxime quando demonstrada excepcional vinculação entre as condutas delitivas. Precedentes.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, pautado pelas provas existentes no autos, concluiu pela continuidade delitiva entre os crimes sexuais imputados ao réu, sob o entendimento de que praticados sob semelhantes condições de tempo, lugar e modo de execução.

3. Rever o acórdão proferido na instância ordinária ensejaria o reexame de matéria fático-probatória, o que, no âmbito do recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1801429/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe 22/08/2019; sem grifos no original.)

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. CRIME DE FRAUDE À LICITAÇÃO. ART. 90 DA LEI N. 8.666/1993. ALEGADA ATIPICIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. MATÉRIA NÃO SUBMETIDA ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

CONCRETAMENTE VALORADAS. ELEVAÇÃO EM PATAMAR PROPORCIONAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 4. CONTINUIDADE DELITIVA. REQUISITOS PREENCHIDOS. PRAZO SUPERIOR A 30 DIAS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONAL VINCULAÇÃO ENTRE AS CONDUTAS. 5. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA PARA RECONHECER A CONTINUIDADE DELITIVA.

[...]

4. Verifico, da simples leitura da inicial acusatória, a presença dos requisitos do art. 71 do Código Penal. "Sem olvidar da orientação sedimentada nesta Corte Superior, no sentido de que o espaçamento temporal superior a 30 (trinta) dias inviabiliza, em regra, a configuração da continuidade delitiva, é cediço, por outro lado, que referido parâmetro não é absoluto. Em situações particulares é admissível o reconhecimento da ficção jurídica do art. 71 do Código Penal se superado referido prazo, máxime quando demonstrada excepcional vinculação entre as condutas delitivas" (AgRg no REsp 1801429/GO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 15/08/2019, DJe 22/08/2019)

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reconhecer a continuidade delitiva, redimensionando a pena do paciente para 3 anos e 6 meses de detenção, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 518.301/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2019, DJe 17/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ESTELIONATO E APROPRIAÇÃO INDÉBITA. PLEITO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. LAPSO SUPERIOR A 30 DIAS. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE. REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL.

Esta Corte possui entendimento no sentido de que "Inexistindo previsão legal expressa a respeito do intervalo temporal necessário ao reconhecimento da continuidade delitiva, presentes os demais requisitos da ficção jurídica, não se mostra razoável afastá-la, apenas pelo fato de o intervalo ter ultrapassado 30 dias" (AgRg no AREsp 531.930/SC, Sexta Turma, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 13/2/2015).

E ainda "**Embora para reconhecimento da continuidade delitiva se exija o não distanciamento temporal das condutas, em regra no período não superior a trinta dias, conforme precedentes da Corte, excepcional vinculação entre as condutas permite maior elastério no tempo**" (AgRg no REsp 1.345.274/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 12/04/2018).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1.738.490/GO, Relator Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 10/09/2018; sem

Superior Tribunal de Justiça

grifos no original.)

Em tal contexto, não se vislumbra óbice ao reconhecimento da continuidade delitiva entre os fatos apenas em razão do requisito temporal que, na hipótese, deve ser mitigado.

De outra sorte, a jurisprudência deste Sodalício é firme no sentido de que para aferir se estariam presentes as circunstâncias exigidas para o reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado, seria necessária a apreciação aprofundada dos fatos e provas constantes das ações penais instauradas em desfavor do paciente, providência inadmissível na via estreita do *habeas corpus*, consoante entendimento perfilhado por esta Corte Superior de Justiça.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. FRAÇÃO DE AUMENTO PROPORCIONAL AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO DESPROVIDO.

I - Nos termos do artigo 258, do RISTJ, a parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.

II - Segundo a jurisprudência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal de Justiça, para efeito de reconhecimento da continuidade delitiva, é indispensável que o réu tenha praticado as condutas delituosas em idênticas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, e, ainda, que exista entre elas um liame a indicar a unidade de desígnios do agente.

III - In casu, o Tribunal de origem, quando do julgamento do recurso de apelação, bem consignou a incidência da continuidade delitiva, in verbis: "De igual modo, quanto ao aumento da continuidade delitiva, o Juízo aplicou o percentual mínimo (1/6), embora a vítima tenha narrado que os fatos sempre ocorriam quando ia até a casa do apelante, embora não saiba precisar exatamente, o que, por si só, já autoriza a elevação da fração de aumento." Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes deste átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária.

IV - A fração de aumento no crime continuado é determinada em função da quantidade de delitos cometidos. Logo, não obstante o

Superior Tribunal de Justiça

relato da vítima no sentido de que o paciente executou o delito por três vezes, o paciente foi até mesmo beneficiado com o quantum no mínimo legal, uma vez que o correto seria a exasperação no patamar de um quinto (HC n. 412.043/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 24/10/2017).

V - Mostra-se possível a execução provisória da pena, tal como já consignado pelo col. Supremo Tribunal Federal, sendo manifestamente legal a determinação de imediata expedição de mandado de prisão pelo Tribunal de origem, pois houve o esgotamento das instâncias ordinárias.

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC 458.476/AC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018)

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVO. REEXAME DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. Para o reconhecimento da continuidade delitiva, faz-se necessário o preenchimento dos requisitos objetivos (pluralidade de ações, mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução) e de ordem subjetiva (unidade de desígnios), nos termos do art. 71 do Código Penal.

2. No caso, a Corte local entendeu que o modo de execução dos delitos foi distinto, bem como terem sido as condutas praticadas com desígnios autônomos, de maneira a afastar o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos necessários ao reconhecimento da ficção jurídica do crime continuado. Para se concluir de maneira diversa, seria imprescindível o revolvimento do acervo fático-probatório, providência incabível no âmbito do habeas corpus.

Precedentes.

3. Mantido o concurso material, ficam prejudicados os pleitos de aumento da pena, pela aplicação do art. 71 do Código Penal, no patamar de 1/6, bem como de readequação do regime prisional.

4. Ordem de habeas corpus denegada.

(HC 469.096/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 13/12/2018)

Por essas razões, a análise de provas necessária ao reconhecimento da continuidade delitiva neste caso incumbe ao Tribunal de origem, a quem deve ser devolvido o feito para se manifestar acerca dos demais requisitos necessários ao reconhecimento da continuidade delitiva, nos termos do art. 71 do Código Penal.

Em outra vertente, verifica-se que o início do cumprimento das reprimendas dos pacientes foi determinado pelo Tribunal de origem com fulcro, exclusivamente, no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP (e-STJ fl. 1.298).

Contudo, em 7/11/2019, este entendimento foi superado pelo próprio

Superior Tribunal de Justiça

Pretório Excelso no julgamento definitivo das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, em que houve a declaração de constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal e a fixação do entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da condenação.

No caso, conforme informações trazidas aos autos pela autoridade impetrada, encontra-se pendente de apreciação pelo Poder Judiciário o recurso especial interposto pela defesa, não existindo nenhum outro fundamento para a custódia antecipada dos réus (e-STJ fl. 1.331).

Em casos similares, o Superior Tribunal de Justiça, em decisões monocráticas, tem ajustando seu entendimento ao novo posicionamento firmado pela Corte Suprema. Ilustrativamente:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXECUÇÃO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MAIS ATUAL DO STF. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. [...]

De fato, em julgamento realizado no dia 7/11/2019, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar as Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, n. 44 e n. 54, por maioria, decidiu que é constitucional a regra do Código de Processo Penal que prevê o esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da condenação) para o início do cumprimento da pena.

Em face do exposto, concedo liminarmente a ordem para assegurar ao paciente o direito de aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, salvo prisão por outro motivo, podendo o Magistrado singular, desde que existam elementos concretos para tanto, decretar a prisão preventiva, fundamentadamente"

(HC 545.272/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, julgado em 11/11/2019, DJe 12/11/2019).

Na mesma esteira, colhem-se as decisões proferidas no REsp n. 1.843.197/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 546.090/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 18/11/2019, DJe 19/11/2019; HC n. 545.829/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019; e HC n. 545.648/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 12/11/2019, DJe 19/11/2019.

Ante o exposto, por se afigurar manifestamente incabível, **não se conhece** do writ, **concedendo-se**, contudo, *habeas corpus* de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal, para, afastando o óbice temporal, determinar ao Tribunal de origem se manifeste, como entender de direito, acerca da continuidade delitiva entre o primeiro e o terceiro fatos objetos da Ação Penal n. 0002615-20.2011.8.16.0013, e para garantir aos pacientes o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado das condenações, sem prejuízo de que novas prisões sejam ordenadas por fatos supervenientes que demonstrem a necessidade das medidas ou da fixação de medidas cautelares diversas da prisão, desde que de forma fundamentada.

Publique-se. Intimem-se.

Superior Tribunal de Justiça

Brasília (DF), 22 de novembro de 2019.

Ministro Jorge Mussi
Relator

