



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.912 - RJ (2015/0122648-3)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
IMPETRANTE : JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA
ADVOGADO : JOSÉ ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA - RJ147919
IMPETRADO : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE : CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA LEAL

EMENTA

PENAL MILITAR. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO E CONCUSSÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DE MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA DO **HABEAS CORPUS**. CRIME PRATICADO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM** NA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 70, II, "L", DO CPM. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Na via estreita do **habeas corpus**, não possui cabimento o pedido de reconhecimento de ausência de prova de materialidade dos delitos praticados, uma vez que se mostra inviável o revolvimento do material fático-probatório dos autos (**precedentes**).

II - Não há se falar em dupla punição quanto à aplicação da agravante de estar o policial em serviço, quanto ao delito de concussão, já que a col. **Quinta Turma** desta eg. Corte possui entendimento pacificado segundo o qual não se configura **bis in idem** nesta situação, uma vez que tal agravante não se insere no tipo penal descrito no art. 305 do Código Penal Militar (**precedentes**).

III - Aplica-se ao delito de roubo o mesmo raciocínio, na medida em que, no mencionado tipo penal, a circunstância de estar o agente em serviço não constitui elementar nem qualifica o delito. Em outras palavras, sempre agravará a pena, independentemente de o delito ter sido cometido contra civil, como no caso, nos termos dos artigos 242 e 9º, inciso II, alínea "c", do CPM.

Habeas corpus não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do pedido.

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília (DF), 27 de junho de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.912 - RJ (2015/0122648-3)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de **habeas corpus** substitutivo de recurso especial, com pedido liminar, impetrado em benefício de CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA LEAL, em face de v. acórdão proferido pelo eg. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, pela prática do delito previsto no artigo 242, **caput**, e à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, pelo delito capitulado no art. 305, ambos do Código Penal Militar.

Consoante consta da r. sentença condenatória, os fatos teriam se dado da seguinte maneira:

"Aos acusados CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA LEAL e GUILHERME LUIS DA SILVA, qualificados nos autos, foram imputados os delitos tipificados nos art. 242 e 305, n/f do art. 79, todos do Código Penal Militar, porque, segundo denúncia do Ministério Público de fls. 02/02B: 'No dia 26 de julho de 2006, por volta da 10:00h, próximo à Oficina do Carlinho do Guincho, no bairro Santa Inês, a cidade de Volta Redonda, durante uma abordagem realizada no nacional Sérgio Luiz de Araújo, os denunciados, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios, agindo com grave violação dos deveres inerentes a seus cargos, subtraíram, para si, do referido nacional a quantia de R\$ 50,00 em espécie. O primeiro denunciado revistou a vítima e encontrou em seu bolso a supracitada quantia, a qual subtraiu, falando para esta que havia 'perdido' o dinheiro. O segundo denunciado participou da abordagem e a tudo assistiu, aderindo, destarte, à conduta criminosa do primeiro denunciado, bem como com sua presença no local concorreu eficazmente para que o crime se consumasse. Após a prática do crime narrado nos parágrafos anteriores, os denunciados, não satisfeitos com a quantia roubada, consciente e voluntariamente, em comunhão de ações e desígnios, agindo com grave violação dos deveres inerentes a seus cargos, exigiram, para si, diretamente, em razão de suas funções de policiais militares, R\$ 400,00 da mesma vítima. Após esta exigência criminosa, os denunciados combinaram com a vítima o dia 27 de julho de 2006, na rua Antônio Euclides de Almeida, no bairro Santa Inês, na cidade de Volta Redonda, para a entrega da quantia exigida. No dia 27 de julho de 2006, por volta das 07:00h, no local mencionado no parágrafo anterior, os denunciados foram presos por policiais do GAP de Volta Redonda logo após terem recebido R\$ 200,00 da vítima" (fl. 39).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Sustenta o impetrante, no presente **writ**, que *"se mostra evidente a ilegalidade na condenação do paciente pelo crime de roubo, uma vez que não se encontra provada a materialidade do delito e a prova da autoria se resume a palavra do acusador"* (fl. 15).

Ademais, afirma que *"não se mostra cabível a aplicação da agravante de 'estar de serviço' para ambos os delitos, prevista no art. 70, inciso II, alínea I, do CPM, pois é integrante do tipo, assim, só existirá crime militar impróprio praticado por policial militar contra civil se este estiver de serviço, senão será crime comum, sob pena de contrariedade ao artigo em questão"* (fl. 19).

Pugna, ao final, pela concessão da ordem, reconhecendo-se a ilegalidade pela condenação do delito de roubo e pela aplicação da agravante de "estar em serviço" para ambos delitos.

A liminar foi indeferida às fls. 89-90.

As informações foram prestadas às fls. 98-161.

O Ministério Público Federal, às fls. 166-170, manifestou-se pelo não conhecimento do **writ**.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HABEAS CORPUS Nº 324.912 - RJ (2015/0122648-3)

EMENTA

PENAL MILITAR. **HABEAS CORPUS** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBO E CONCUSSÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVA DE MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA DO **HABEAS CORPUS**. CRIME PRATICADO NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES. ALEGAÇÃO DE **BIS IN IDEM** NA APLICAÇÃO DA AGRAVANTE DO ART. 70, II, "L", DO CPM. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. **HABEAS CORPUS** NÃO CONHECIDO.

I - Na via estreita do **habeas corpus**, não possui cabimento o pedido de reconhecimento de ausência de prova de materialidade dos delitos praticados, uma vez que se mostra inviável o revolvimento do material fático-probatório dos autos (**precedentes**).

II - Não há se falar em dupla punição quanto à aplicação da agravante de estar o policial em serviço, quanto ao delito de concussão, já que a col. **Quinta Turma** desta eg. Corte possui entendimento pacificado segundo o qual não se configura **bis in idem** nesta situação, uma vez que tal agravante não se insere no tipo penal descrito no art. 305 do Código Penal Militar (**precedentes**).

III - Aplica-se ao delito de roubo o mesmo raciocínio, na medida em que, no mencionado tipo penal, a circunstância de estar o agente em serviço não constitui elementar nem qualifica o delito. Em outras palavras, sempre agravará a pena, independentemente de o delito ter sido cometido contra civil, como no caso, nos termos dos artigos 242 e 9º, inciso II, alínea "c", do CPM.

Habeas corpus não conhecido.

VOTO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de **habeas corpus** em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício.

Dessarte, passo ao exame das razões veiculadas no **mandamus**.

Inicialmente, no que concerne à ausência de prova de materialidade quanto ao delito de roubo, transcrevo o ficou consignado no v. acórdão proferido no julgamento do recurso de apelação, no **punctum saliens**:

"Inicialmente, destaco que a prova dos autos é firme em desfavor dos acusados.

A vítima prestou depoimentos harmônicos e seguros e não há qualquer motivo para não se tomar como verdadeiras suas declarações em relação aos delitos em tela.

“...que foi abordado por Leal que se encontrava na viatura com o co-réu Guilherme, que só Leal se dirigiu ao depoente e Guilherme ficou dentro do carro; que Leal disse que devia a ele R\$ 400,00 e revistando o depoente tirou R\$ 50,00 que o depoente tinha no bolso, dizendo que o depoente ficaria preso ou então entregasse o restante do dinheiro devido; que o depoente se lembrou do policial Cabral a quem relatara a invasão da casa e disse que entregaria o dinheiro no dia seguinte; que procurou o policial Cabral e explicou que não tinha como arranjar todo o restante, mas acabou conseguindo parte do dinheiro no total de R\$ 200,00, sendo uma nota de R\$ 100,00, uma de R\$ 50,00 e cinco de R\$ 10,00, todas marcadas com MP, pela esposa do depoente recomendada pelo policial Cabral, que na hora da entrega ficou combinado para que passasse a mão na cabeça e que assim fez para a entrega para o policial Leal e que quando passou a mão na cabeça Cabral e sua equipe chegaram, quando Leal jogou o dinheiro no colo do policial Guilherme; que Leal já saiu na direção do guincho que ali existia para desconversar com o policial Cabral, quando o policial Jacinto chamou dizendo que encontrara o dinheiro espalhado na parte de trás do veículo...” (depoimento de Sérgio Luiz de Araújo, às fls. 415). Saliente-se que os depoimentos das vítimas, em crimes desta natureza, praticados à sorrelfa, crescem de importância quando coerentes com o conjunto probatório. E a condenação não se baseou exclusivamente na palavra do ofendido, mas também nos testemunhos dos policiais que participaram do flagrante.

'...esclarece ter conhecimento dos mesmos (fatos narrados na denúncia) em razão de ter o Sr. Sérgio ido ao grupo de apoio aos promotores – GAP –



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

oportunidade na qual disse sobre terem policiais militares, ora acusados, pego em seu bolso a quantia de R\$ 50,00, tendo ainda na ocasião exigido ainda a mais a quantia de R\$ 400,00, que seria entregue no outro dia. Diante do que estava sendo naquele momento comunicado, levou o depoente ao conhecimento de um dos promotores de justiça da comarca, Dr. Carlos Gustavo, que falou para tomarem por termo as declarações do Sr. Sérgio, sendo certo terem assim procedido, chegando inclusive o mesmo a dizer o horário e o local aonde seria o dinheiro entregue. Ciente desta situação, levou o promotor de justiça Dr. Carlos Gustavo o fato ao conhecimento da Dra. Manuela, que é a promotora de justiça do crime, tendo sido esta quem determinou procederem para poderem verificar se o dinheiro seria entregue mesmo ou não... Por ocasião do fato propriamente dito, o depoente reuniu quase toda a equipe do GAP e foi para o bairro de Santa Inês, aonde o Sr. Sérgio permaneceu parado num local, quando em seguida apareceu a viatura na qual estavam os acusados, certo de terem parado, quando então o Sr. Sérgio foi em direção aos mesmos pelo lado do patrulheiro, com o qual conversou, fazendo em seguida a entrega de algo, que não foi possível ao depoente ver o que era, face a distância que o depoente estava dos mesmos, porém, logo em seguida desceu de onde estava e abordou a guarnição dos acusados...Neste momento, o Sargento Jacinto perguntou ao depoente se teria encontrado algo, tendo ao mesmo respondido o que já sabemos e foi neste momento que ele apontou em direção da viatura, mais especificamente para a parte de trás, oportunidade em que pode ver o dinheiro caído na via pública, no chão, tendo então pego o mesmo e verificado que no mesmo haviam as marcas feitas pelo Sr. Sérgio.' (depoimento do subtenente Dílson da Silva Cabral, às fls. 328/329)

“...O nacional Sérgio estava de pé na calçada, até que num dado momento, o mesmo se aproximou, se debruçou na janela do patrulheiro, conversou com o PM Leal, metendo a mão em seguida no bolso, entregando em seguida o havia pego para este, quando em seguida duas viaturas, Sérgio, naquela ocasião, fez um sinal para as equipes do GAP, mais precisamente passou a mão na cabeça. No momento da abordagem, o depoente afastou Sérgio para a calçada, tendo tudo ocorrido muito rápido, não tendo ele sequer saído da posição em que se encontrava para com relação à porta do patrulheiro... No momento em que o depoente arrecadou o que havia sido jogado pelo PM Guilherme ao chão, encontrava-se este ao lado da viatura, sem nenhum policial ao seu lado...” (depoimento do Sargento Marco José Jacinto da Silva, às fls.333/335)

Constata-se que a tese absolutória não encontra respaldo nos autos, nem mesmo nos interrogatórios dos acusados.

O policial Carlos Alberto admite que não utilizou métodos adequados para fazer a abordagem no Sr. Sérgio.

'...a abordagem feita ao cidadão conforme antes mencionado, ocorrido no bairro de Santa Inês, foi feito do interior da viatura. Esta abordagem segundo nos diz não foi feita de forma segura, mas como tem dez anos de polícia, às vezes adquire-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

certos hábitos, que não são muito saudáveis...' (interrogatório do policial militar Carlos Alberto de Oliveira Leal, às fls.221)

O outro policial acusado não disse nada, simplesmente ignorou o evento ocorrido e não prestou qualquer esclarecimento sobre os fatos que levaram à sua prisão, limitando-se a negar à acusação que lhe foi imposta pelo Ministério Público.

É inegável, portanto, que o réu Guilherme aderiu à conduta do réu Carlos Alberto. Ocorreu, na hipótese, co-autoria sucessiva, como bem destacado no parecer ministerial [...]

[...]

Não há dúvida de que a abordagem da vítima e a entrega do valor exigido foram realizadas no interior da viatura policial, na qual estava o réu Guilherme, que ainda tentou livrar-se do dinheiro recebido, jogando-o pela janela.

[...]

Incabível, portanto, o pleito absolutório dos réus" (fls. 51-55).

Ora, do exame do v. acórdão ora reprochado, no que concerne à alegada ausência de prova de materialidade da conduta, tem-se que não há qualquer flagrante ilegalidade a ser sanada pela via do **habeas corpus**, uma vez que, **de plano**, não se pode concluir no sentido pretendido pelo impetrante.

Aliás, concluir em qualquer sentido contrário implicaria necessariamente amplo revolvimento de material fático-probatório dos autos, procedimento que, como cediço, não se coaduna com a via estreita do **habeas corpus**, consoante se depreende dos seguintes precedentes:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DEDICADA AO TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. RECURSO DESPROVIDO.

1. Em razão da exigência de revolvimento do conteúdo fático-probatório, a estreita via do habeas corpus não é adequada para a análise das teses de negativa de autoria e da existência de prova robusta da materialidade delitiva.

[...]



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso em habeas corpus desprovido" (RHC n. 65.179/BA, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 19/5/2017).

"CONSTITUCIONAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. FRAUDE PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP ATENDIDOS. PRONÚNCIA. MATERIALIDADE DELITIVA E INDÍCIOS DE AUTORIA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. PROVA MATERIAL DO CRIME. MAIORES INCURSÕES SOBRE O TEMA QUE DEMANDARIAM REVOLVIMENTO FÁTICO-COMPROBATÓRIO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]"

6. Para afastar a conclusão do Tribunal a quo, no sentido da materialidade delitiva e da presença de indícios de autoria, seria necessário o revolvimento fático-comprobatório, o que não se admite na via do writ.

7. Writ não conhecido" (HC n. 376.678/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Ribeiro Dantas**, DJe de 23/3/2017).

"PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO COMPROVADA A MATERIALIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. AUSÊNCIA DA RESPECTIVA DOCUMENTAÇÃO. DOSIMETRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

[...]

2. Tendo as instâncias ordinárias entendido pela existência de suporte probatório a ensejar a condenação da paciente, a alteração da referida conclusão demandaria o revolvimento no contexto fático, o que é incabível na via estreita do writ.

[...]

5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento" (EDcl no HC n. 324.498/RS, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 16/2/2017).

Por outro lado, insurge-se o ora impetrante em face da incidência do art. 70, inciso II, alínea 'I', do CPM, em relação aos delitos de roubo e concussão, pois, conforme afirmado na petição inicial do **writ**, "*não se mostra cabível a aplicação da agravante de*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'estar de serviço' para ambos os delitos, prevista no art. 70, inciso II, alínea I, do CPM, pois é integrante do tipo, assim, só existirá crime militar impróprio praticado por policial militar contra civil se este estiver de serviço, senão será crime comum, sob pena de contrariedade ao artigo em questão" (fl. 19).

No entanto, no que concerne ao pedido deduzido, tampouco assiste razão ao impetrante.

Transcrevo, primeiramente, o teor do art. 70, inciso II, alínea "I", do Código Penal Militar, objeto da presente irresignação:

*"Art. 70. São circunstâncias **que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime:***

"II - ter o agente cometido o crime:

[...]

l) estando de serviço;" (grifo meu).

Pois bem. Da leitura do dispositivo legal em comento, exsurge do comando legal que as circunstâncias agravantes são de aplicação obrigatória, ressalvadas apenas as hipóteses nas quais as agravantes constituírem elementar do tipo ou qualificarem o crime.

Especificamente quanto à agravante de o agente ter cometido o delito estando em serviço, **Alexandre Saraiva** afirma que *"é lógico que acresce a responsabilidade pessoal do militar que comete crime estando de serviço, isto é, escalado ou designado para segurança, policiamento, manutenção, pronto-emprego sobreaviso, etc., até mesmo porque em uma dessas situações o militar é o responsável pelas instalações e equipamentos militares, bem como pela salvaguarda da vida e da integridade física de seus companheiros [...]" (Saraiva, Alexandre, Código Penal Militar Comentado, 3ª edição, Método, pg. 158).*

Já **Nucci** leciona que *"não há dúvida que representa situação mais grave o militar, quando em serviço, em lugar de seguir fielmente seu dever, praticar um crime. Porém, é preciso ter cautela para aplicar essa agravante, pois várias figuras típicas são constituídas justamente para punir quem se torna relapso na sua função. Portanto, evitando-se o bis in idem (dupla punição pelo mesmo fato), quando o status de serviço*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

compuser o tipo incriminador, deixa-se de aplicar o agravamento da pena" (Nucci, Guilherme de Souza, Código Penal Militar Comentado, 2ª edição, Forense, pg. 146).

Exemplificativamente, **Enio Luiz Rosseto**, quanto ao mencionado **bis in idem**, explicita que "O legislador emprega na descrição típica uma circunstância agravante, que passa a integrar a definição do crime." Prossegue o autor, afirmando que, "Nesta situação, aplicar a agravante na pena é *bis in idem*. Ex: o art. 268 do CPM define o crime de incêndio e o art. 70, II, e, prevê ser agravante genérica cometer qualquer crime com emprego de fogo" (**Rosseto, Enio Luiz**, Código Penal Militar, 2ª edição, Revista dos Tribunais, pg. 349).

Questão que remanesce, portanto, é saber se a circunstância de estar em serviço constituiria ou não elementar ou qualificadora dos delitos de roubo e concussão, na hipótese, a fim de impedir a aplicação da referida agravante.

Quanto ao delito de concussão, não há dúvida de que não constitui. Muito embora não se desconheça a existência de precedentes em sentido contrário, a col. **Quinta Turma** desta eg. Corte possui entendimento pacificado segundo o qual não se configura **bis in idem** nesta situação, uma vez que tal agravante não se insere no tipo penal descrito no art. 305 do Código Penal Militar. Transcrevo, oportunamente, o dispositivo legal em comento:

"Concussão

Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena - reclusão, de dois a oito anos."

A interpretação sistemática do art. 9º, inciso I, alínea "c" e seus consectários, com o art. 305, do CPM, não permite a conclusão de que o delito apenas pode ser cometido por militar quando em serviço, tal como pretende ver reconhecido o impetrante. Isto porque o militar pode cometer o crime de concussão previsto no CPM **estando ou não em serviço**, mas o fato de estar "em serviço" torna o crime mais grave, pela particular infringência ao seu dever. Acerca do tema, cito os seguintes precedentes da col. **Quinta Turma**:

"PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. POLICIAIS MILITARES QUE INTERCEPTAM CONTRABANDISTAS PROVENIENTES DO PARAGUAI E EXIGEM VANTAGEM INDEVIDA A FIM DE LIBERÁ-LOS SEM A PRÁTICA DAS MEDIDAS LEGAIS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CABÍVEIS. INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL. TEMA TRATADO NO HC 161.780/PR. ANÁLISE PREJUDICADA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. 1º E 3º FATOS. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA FUNDAMENTADA. ABSOLVIÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. CONCUSSÃO E AGRAVANTE DE "ESTAR EM SERVIÇO". BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA.

1. Em relação à interceptação ambiental, tal tema já foi tratado no julgamento do HC n. 161.780/PR, de minha relatoria, julgado em 16/02/2016, DJe 23/02/2016, estando, neste ponto prejudicado o recurso.

2. Não se pode falar em inépcia da denúncia, quanto ao terceiro e sétimo fatos, uma vez que houve a narrativa das condutas criminosas imputadas ao recorrente acerca da prática dos crimes em questão (artigos 305 e 309 do CPM), com todas as circunstâncias relevantes, de maneira suficiente ao exercício do direito de defesa. Ademais, o entendimento do STJ é no sentido de que a superveniência da sentença penal condenatória torna esvaída a análise do pretendido reconhecimento de inépcia da denúncia, isso porque o exercício do contraditório e da ampla defesa foi viabilizado em sua plenitude durante a instrução criminal (AgRg no AREsp 537.770/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe 18/8/2015).

3. A apreciação pelo juízo a quo, acerca de todos os fatos narrados, com a análise de toda prova obtida, demonstrando as práticas delitivas, afasta a alegação de ausência de fundamentação da sentença.

4. A Corte de origem decidiu pela condenação do acusado e sua autoria. Assim, alterar as conclusões consignadas no acórdão recorrido - para concluir pela absolvição do recorrente, em razão da ausência de elementos seguros da prática delitiva, e por sua participação de menor importância - exigiria a incursão no conjunto fático-probatório e nos elementos de convicção dos autos, o que não é possível nesta Corte Superior, segundo dispõe a Súmula n. 7/STJ.

5. A jurisprudência desta Quinta Turma é no sentido de que não configura bis in idem a incidência da agravante genérica prevista no art. 70, II, "I", do Código Penal Militar, pois a circunstância de estar o Militar em serviço não é inerente aos crimes de concussão e corrupção ativa (artigos 305 e 309 do Código Penal Militar).

6. Agravo regimental não provido" (AgRg no AREsp n. 55.615/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 26/4/2017).

"PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONCUSSÃO PRATICADA EM SERVIÇO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE QUE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

NÃO SE INSERE NO TIPO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE EM CRIMES MILITARES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

I - A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário (v.g.: HC n. 109.956/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 11/9/2012; RHC n. 121.399/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 1º/8/2014 e RHC n. 117.268/SP, Rel. Ministra Rosa Weber, DJe de 13/5/2014). As Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte alinharam-se a esta dicção, e, desse modo, também passaram a repudiar a utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado (v.g.: HC n. 284.176/RJ, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 2/9/2014; HC n. 297.931/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 28/8/2014; HC n. 293.528/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 4/9/2014 e HC n. 253.802/MG, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 4/6/2014).

II - Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício.

III - A col. Quinta Turma desta eg. Corte possui entendimento pacificado segundo o qual não configura bis in idem a incidência da agravante genérica prevista no art. 70, inciso II, alínea "I", do Código Penal Militar, aos militares que cometem o delito de concussão em serviço, uma vez que tal agravante não se insere no tipo penal descrito no art. 305 do Código Penal Militar (v.g. AgRg no REsp n. 1417380/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe de 17/2/2014; HC n. 230075/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 19/12/2013; HC n. 144127/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 17/5/2011).

IV - "Não se aplica aos crimes militares a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, pois o art. 59 do Código Penal Militar disciplinou de modo diverso as hipóteses de substituição cabíveis sob sua égide." (HC n. 94.083/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 12/3/2010).

Habeas corpus não conhecido" (HC n. 286.802/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 3/11/2014).

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
PENAL MILITAR. CRIME DE CONCUSSÃO. AGRAVANTE DO ART. 70,**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

INCISO II, ALÍNEA "L", DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CIRCUNSTÂNCIA DE ESTAR EM SERVIÇO. BIS IN IDEM. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. *Esta Corte possui entendimento jurisprudencial no sentido de que não configura bis in idem a incidência da agravante genérica prevista no art. 70, II, "L", do Código Penal Militar, pois a circunstância de estar o Militar em serviço não é inerente ao crime de concussão tipificado no art. 305 do Código Penal Militar.*

2. *Agravo regimental não provido*" (AgRg no REsp n. 1.417.380/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Moura Ribeiro**, DJe de 17/2/2014).

"HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO PRATICADA EM SERVIÇO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA ELEMENTAR. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. 3. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONSIDERADA CONDIÇÃO PESSOAL DE CORRÉU. INVIABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. 4. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, vinha se firmando, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Nessa linha de evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir **habeas corpus** que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. Precedentes. Contudo, devem ser analisadas as questões suscitadas na inicial no intuito de verificar a existência de constrangimento ilegal evidente – a ser sanado mediante a concessão de **habeas corpus** de ofício –, evitando-se prejuízos à ampla defesa e ao devido processo legal.

2. *Filio-me à jurisprudência sedimentada na Quinta Turma deste Tribunal Superior no sentido de que não configura bis in idem a incidência da agravante genérica prevista no art. 70, II, "L", do Código Penal Militar aos milicianos que cometem o crime de concussão em serviço. Com efeito, vantagem indevida pode ser exigida fora da função ou antes mesmo de assumi-la, merecendo maior grau de reprovabilidade aquele que, no exato momento da prática delitiva, esteja efetivamente em serviço, cometendo crimes em vez de cumprir com seus importantes deveres funcionais.*

3. O Magistrado singular, para recrudescer a pena-base do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ora paciente, utilizou de maneira indevida a personalidade desviada do corréu Sebastião, comunicando-se, assim, suas condições pessoais. Trata-se de aplicação literal do previsto no § 1º do art. 53 do Código Penal Militar, que impõe a incomunicabilidade das "condições ou circunstâncias de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime". A regra, como se percebe, é a da incomunicabilidade das circunstâncias entre os coparticipantes, bem como das condições de caráter pessoal, sendo excepcionada quando se tratar de elementares do crime, hipótese não configurada nos autos.

4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para reduzir a reprimenda do paciente para 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto" (HC n. 230.075/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Marco Aurélio Bellizze**, DJe de 19/12/2013).

"HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PRETENDIDA REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. AUSÊNCIA DE EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. POLICIAL MILITAR EM SERVIÇO. AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO CPM. COMPROVAÇÃO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. Esbarra na falta de interesse de agir a pretendida redução da pena-base ao mínimo legalmente previsto, quando verificado que não houve qualquer exasperação da reprimenda na primeira etapa da dosimetria.

2. Demonstrado que o paciente, policial militar, quando do cometimento do delito de concussão, estava em serviço, de rigor a manutenção da agravante genérica prevista na alínea I do inciso II do art. 70 do Código Penal Militar, pelo que inviável a redução da reprimenda ao mínimo legalmente previsto, como pretendido.

EXECUÇÃO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. SUPRESSÃO. WRIT NÃO CONHECIDO NESSE PONTO.

1. Inviável a análise, diretamente por esta Corte Superior de Justiça, da almejada substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que, além de o paciente ter sido condenado definitivamente à pena superior a 2 (dois) anos de reclusão, essa questão não foi apreciada pela instância de origem, sob pena de incidir-se na vedada supressão de instância.

2. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegada a ordem" (HC n. 144.127/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Jorge**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Mussi, DJe de 17/5/2011).

O mesmo raciocínio deve ser aplicado em relação ao delito de roubo. Assim dispõe o art. 242 do CPM:

"Roubo simples

Art. 242. Subtrair coisa alheia móvel, para si ou para outrem, mediante emprêgo ou ameaça de emprêgo de violência contra pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer modo, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a quinze anos.

§ 1º Na mesma pena incorre quem, em seguida à subtração da coisa, emprega ou ameaça empregar violência contra pessoa, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para outrem.

Roubo qualificado

§ 2º A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprêgo de arma;

II - se há concurso de duas ou mais pessoas;

III - se a vítima está em serviço de transporte de valores, e o agente conhece tal circunstância;

IV - se a vítima está em serviço de natureza militar;

V - se é dolosamente causada lesão grave;

VI - se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis êsse resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo."

Da leitura do artigo 242, inequivocamente, não se pode concluir que o fato de o agente estar em serviço constituiria elementar ou qualificaria o delito.

Ora, não obstante o combativo argumento levantado pelo impetrante no sentido de que *"só existirá crime militar impróprio praticado por policial militar contra civil se este estiver de serviço, senão será crime comum, sob pena de contrariedade ao artigo em questão"* (fl. 19), tal não encontra amparo na própria literalidade do art. 9º, inciso II, alínea "c", do CPM, consoante o qual *"consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comum, quando praticados por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil".

Em outras palavras, se o próprio Código Penal Militar admite a existência de crime militar praticado contra civil quando o militar pratica o delito não estando em serviço, mas em razão de sua função, não merece prosperar o argumento do impetrante, que pretende descaracterizar o próprio crime cometido como de natureza militar, no intuito de ao menos ver decotada da pena do paciente a agravante prevista no art. 70, inciso II, alínea "I", do CPM.

Assim, não entendo que estaria caracterizada **qualquer** ilegalidade na aplicação da agravante no presente caso, não havendo se falar em **bis in idem** em razão de dupla punição pelo mesmo fato, como pretende ver reconhecido o impetrante, de maneira que não vislumbro o alegado constrangimento ilegal a ser sanado pela concessão da ordem, ainda que de ofício.

Ante o exposto, **não conheço do habeas corpus**.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2015/0122648-3

PROCESSO ELETRÔNICO

HC 324.912 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00924427020068190001 200805006667 924427020068190001

EM MESA

JULGADO: 27/06/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

IMPETRANTE	: JOSE ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA
ADVOGADO	: JOSÉ ADOLFO NUNES DE OLIVEIRA - RJ147919
IMPETRADO	: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
PACIENTE	: CARLOS ALBERTO DE OLIVEIRA LEAL
CORRÉU	: GUILHERME LUÍS DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes Militares

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do pedido."

Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca, Ribeiro Dantas e Joel Ilan Paciornik votaram com o Sr. Ministro Relator.