



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.454 - SP (2017/0060676-5)

RELATOR : **MINISTRO FELIX FISCHER**
AGRAVANTE : MARCELO ANDRE MARINA
ADVOGADO : PAULO LOPES DE ORNELLAS E OUTRO(S) - SP103484
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. **QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL**. AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. APLICAÇÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. CRITÉRIO DE AFERIÇÃO. VOTOS DIVERGENTES. SISTEMÁTICA DO ART. 435, **CAPUT**, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPPM. OBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Inexistindo discussão perante o eg. Tribunal **a quo** quanto ao tema "**o diferencial que tipifica o crime militar, no caso, é o prejuízo à administração militar**", sem sequer terem sido manejados embargos de declaração para suprir a omissão, deve ser mantida a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF, ante a ausência do indispensável prequestionamento.

II - A alegação do agravante — no sentido de que ocorreu o instituto da continuidade delitiva —, reclama, enfatize-se, incursão no acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento, repise-se, vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, e que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita. Decisão mantida.

III - Não deve ser excluída a agravante do art. 70, inciso II, **i**, do CPM, pois a circunstância fática "*estar em serviço*", ao contrário do que mencionado no presente agravo regimental, não é elementar do tipo penal previsto no art. 326, **caput**, do Código Penal Militar, pelo qual fora condenado o ora recorrente. Assim, não se há falar, em exclusão da referida agravante, tampouco na ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

IV - Não houve, **in casu**, violação ao art. 435, **caput**, do CPPM, tendo em vista que o eg. Colegiado **a quo** cumpriu, na literalidade, o que disposto no referido dispositivo, pois, em decorrência da diversidade de votos que impossibilitavam a formação da maioria, aplicou-se a sistemática segundo a qual, "*virtualmente*", entende-se que o magistrado que tiver fixado pena maior teria votado pela pena imediatamente menor, como se deu no caso dos autos.

Agravo regimental desprovido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, negar provimento ao agravo regimental.

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

Brasília (DF), 21 de agosto de 2018 (Data do Julgamento).

Ministro Felix Fischer

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.454 - SP (2017/0060676-5)

AGRAVANTE : MARCELO ANDRE MARINA
ADVOGADO : PAULO LOPES DE ORNELLAS E OUTRO(S) - SP103484
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de agravo regimental interposto por **MARCELO ANDRÉ MARINA** contra a decisão de fls. 1.199-1.208, de minha lavra, na qual desprovi o recurso especial.

Consta dos autos que a Primeira Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo **condenou** o ora recorrente como incurso nas sanções do art. 326, **caput** (por duas vezes), nos termos do art. 70, inciso II, b e i, c.c. o art. 79, **caput**, todos do Código Penal Militar, à pena de **2 (dois) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de detenção**, em regime inicial **aberto** (fls. 966-1.007).

O eg Tribunal de origem, em decisão unânime, negou provimento ao **recurso de apelação criminal** ali interposto pela Defesa, mas deu provimento ao apelo da acusação para majorar a reprimenda corporal para **3 (três) anos e 1 (um) mês de detenção** (fls. 1.066-1.098). Eis a ementa do **decisum**:

"Policia! Militar. Apelos defensivo e ministerial. Quebra de sigilo profissional. Artigo 326 do CPM. Apelo Defensivo: Preliminares. Nulidade. Afastada. Momento processual oportuno. Art. 504, letra 'a', do CPPM. Alegação. Violação aos artigos 9º, inc. II, 'c', e 72, II, do CPM, artigos 391, 499, 500, IV, do CPPM, artigos 5º, LIII e 125, § 5º, da CF/88. Arguição de Incompetência. Rejeitadas. Absolvição com fundamento na alínea 'a', segunda parte, do art. 439 do CPPM. Inalcançável. Há prova material da quebra de sigilo funcional, além da confissão do acusado e depoimento da testemunha 'Piauí', que confirma a quebra do sigilo, também confessou que mantinha contato telefônico com o civil 'Patrick', civil envolvido com o tráfico de drogas. Condenação Mantida. Dosimetria. 'Bis in idem', art. 70, inc. II, letra 'I' do CPM. Afastada. Estar de serviço não é elementar do tipo penal. Majorantes mantidas. Aplicação do art. 71 do Código Penal comum. Afastada. Especialidade. A sistemática de aplicação da pena para o concurso de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*crimes, insculpida no art. 79 do CPM, foi recepcionada pelo constituinte de 1988. Não há que se falar na aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal ordinário por analogia, uma vez que a Lei Castrense não foi omissa, o que afasta a aplicação subsidiária. **Recurso defensivo não provido.***

Apelo Ministerial. Dosimetria. Aplicação correta do art. 435, § 1º, do CPPM. Fixação da pena em 03 (três) anos e 01 (um) mês de detenção. Apelo ministerial provido."

Apresentados **embargos infringentes e de nulidade**, pela combativa Defesa, foram eles desprovidos, à unanimidade de votos (fls. 1.123-1.132).

Sobreveio **recurso especial**, interposto com fulcro na alínea **a** do permissivo constitucional, no qual o recorrente alegou violação aos arts. 9º, inciso II, **c**, 70, inciso II, **b** e **I**, ambos do Código Penal Militar, ao art. 71, **caput**, do Código Penal, e 79, **caput**, do Código Penal Militar, e ao art. 435, **caput**, do Código de Processo Penal Militar (fls. 1.139-1.159). Para tanto, mencionou que:

a) Houve negativa de vigência ao art. 9º, inciso II, **c**, e ao art. 70, inciso II, **b** e **I**, ambos do CPM, pois "[...] *não basta à configuração do tipo penal militar a obtenção do conhecimento de fato que deveria ser mantido sob sigilo, pois essa mesma configuração está estranha na norma penal comum. O diferencial que tipifica o crime militar, no caso, é o prejuízo à administração militar, não havendo, o crime é comum*" (fl. 1.146);

b) "[...] *não há como esconder a aplicação do odioso bis in idem, violando o disposto no art. 70, inciso II, alínea 'i', do CPM, ou seja, a majorante incidiu em crime cuja pena alvitada para o tipo já reprimiu o fato do agente estar em serviço*" (fl. 1.151);

c) Deve ser reconhecido o instituto da continuidade delitiva, pois "[...] *os delitos teriam ocorrido na mesma época e por meios idênticos, visando lesar a mesma vítima, ou seja, a Administração Pública, daí se postular o reconhecimento da continuidade delitiva com esteio no artigo 71, do CP, por ser mais benéfico, porém a pretensão foi espancada*" (fl. 1.155);

d) Houve violação ao art. 435, **caput**, do CPPM, ao argumento de que "a tese



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esposada pela Ínclita maioria, no entanto, ofendeu a norma de regência ao acatar a tese de que o voto optante pela pena maior ou mais grave, deveria ser associado ao voto optante pela pena subsequentemente menor, quando na verdade deveria mirar e associar-se ao voto optante pela pena menor e, portanto de maior benignidade, ou seja, o voto da menor pena segundo a votação" (fl. 1.157).

Apresentadas as **contrarrazões** (fls. 1.171-1.172), o apelo nobre foi **admitido parcialmente** na origem (fls. 1.175-1.180), e os autos foram remetidos a este Superior Tribunal.

O Ministério Público Federal, em seu d. **parecer**, manifestou-se pelo **desprovemento** do agravo (fls. 1.194-1.196).

Em **decisão** de fls. 1.199-1.208, de minha lavra, desprovi o apelo nobre, nos termo da **ementa** a seguir transcrita:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL. AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. APLICAÇÃO. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. DOSIMETRIA. VOTOS DIVERGENTES. SISTEMÁTICA DO ART. 435, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO. OBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO."

Daí a interposição do presente **agravo regimental**, por meio do qual o recorrente alega, em síntese, que:

a) não incide o óbice da **Súmula n. 282/STJ**, pois "[...] a matéria relativa à ausência dos requisitos legais para configuração do tipo penal militar consoante a exigência da alínea 'c', do inciso II, do artigo 9º, do CPM, foi alvo de prequestionamento no recurso de apelação, e-STJ fls. 1030/1041" (fl. 1.216);

b) não se aplica a **Súmula n. 7/STJ**, em relação à verificação de ocorrência do **crime continuado**, ao argumento de que "não é preciso qualquer invasão na seara



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

probatória para o deslinde da questão, pois incontroverso o entendimento de que Lex Mitior não poderia concorrer com a Lex Gravior em vista da especialidade da norma" (fl. 1.219);

c) é de rigor a exclusão da agravante, pois "atuando em situação de folga, o militar que revela segredo profissional incide na hipótese do artigo 154, do Código Penal, e não na regra militar que exige 'a ciência em razão do cargo ou função', obviamente em serviço" (fl. 1.221);

*d) persiste a violação ao art. 435, **caput**, do CPPM, pois "o voto mais brando é o imã que atrai o voto mais grave, daí que a constituição da maioria se baseará, sempre, no voto e não no efeito cascata optado pela douta maioria no presente caso" (fl. 1.227).*

Pugna, ao final, pela apresentação do recurso ao colegiado.

Por manter o **decisum**, trago o feito para apreciação da eg. Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.661.454 - SP (2017/0060676-5)

RELATOR : MINISTRO FELIX FISCHER
AGRAVANTE : MARCELO ANDRE MARINA
ADVOGADO : PAULO LOPES DE ORNELLAS E OUTRO(S) - SP103484
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. **QUEBRA DE SIGILO PROFISSIONAL**. AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356, AMBAS DO STF. APLICAÇÃO MANTIDA. CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO DE RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA MANTIDA. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE **BIS IN IDEM**. INOCORRÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO CONFIGURA ELEMENTAR DO TIPO PENAL. PRECEDENTES. DOSIMETRIA. CRITÉRIO DE AFERIÇÃO. VOTOS DIVERGENTES. SISTEMÁTICA DO ART. 435, **CAPUT**, E PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPPM. OBEDIÊNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - Inexistindo discussão perante o eg. Tribunal a **quo** quanto ao tema "**o diferencial que tipifica o crime militar, no caso, é o prejuízo à administração militar**", sem sequer terem sido manejados embargos de declaração para suprir a omissão, deve ser mantida a aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF, ante a ausência do indispensável prequestionamento.

II - A alegação do agravante — no sentido de que ocorreu o instituto da continuidade delitiva —, reclama, enfatize-se, incursão no acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento, repise-se, vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, e que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita. Decisão mantida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - Não deve ser excluída a agravante do art. 70, inciso II, **i**, do CPM, pois a circunstância fática "*estar em serviço*", ao contrário do que mencionado no presente agravo regimental, não é elementar do tipo penal previsto no art. 326, **caput**, do Código Penal Militar, pelo qual fora condenado o ora recorrente. Assim, não se há falar, em exclusão da referida agravante, tampouco na ocorrência de **bis in idem**. Precedentes.

IV - Não houve, **in casu**, violação ao art. 435, **caput**, do CPPM, tendo em vista que o eg. Colegiado **a quo** cumpriu, na literalidade, o que disposto no referido dispositivo, pois, em decorrência da diversidade de votos que impossibilitavam a formação da maioria, aplicou-se a sistemática segundo a qual, "*virtualmente*", entende-se que o magistrado que tiver fixado pena maior teria votado pela pena imediatamente menor, como se deu no caso dos autos.

Agravo regimental desprovido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Não logra êxito a irresignação, devendo ser mantida a decisão recorrida.

Inicialmente, no que concerne à alegação de que não incide o óbice da **Súmula n. 282/STJ**, ao argumento de que "*[...] a matéria relativa à ausência dos requisitos legais para configuração do tipo penal militar consoante a exigência da alínea 'c', do inciso II, do artigo 9º, do CPM, foi alvo de prequestionamento no recurso de apelação, e-STJ fls. 1030/1041*" (fl. 1.216), identifico que o recurso não merece prosperar.

Isso porque, em que pese tenha mencionado o recorrente que a matéria havia sido prequestionada, da análise dos autos verifico que o dispositivo de lei infraconstitucional tido por violado, qual seja, o art. 9º, inciso II, **c**, do CPM, nos termos do que mencionado no apelo nobre, de que "**o diferencial que tipifica o crime militar, no caso, é o prejuízo à administração militar**, não havendo, o crime é comum" (fl. 1.146, destaquei), **não** foi, de fato, prequestionado pelo ora recorrente, quando da interposição dos recursos perante o eg.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Colegiado a quo (apelação criminal e embargos infringentes e de nulidade), o que inviabiliza, enfatize-se o conhecimento do recurso especial, devido à falta do necessário prequestionamento do tema.

De fato, o acórdão recorrido, ao se debruçar sobre a quaestio, afastou a preliminar de nulidade, consignando, **verbis**: *"não há que se falar em incompetência da Justiça Castrense, o sentenciado foi julgado, por juízo competente, Conselho Permanente de Justiça, pelo cometimento de crime militar, tipificado no art. 326 do CPM, em razão da quebra de sigilo funcional, por ter repassado a terceiros, informações sigilosas, que obteve em razão da função, exatamente como preevem o Código Penal Militar e a Constituição Federal"* (fl. 1.090).

Tal fato não passou em branco pelo eg. Tribunal de origem, que, ao inadmitir o apelo nobre, consignou, **verbis**: *"[...] o debate não versou em momento algum o argumento referente à inexistência de prejuízo à Administração Militar (premissa em que se escora a tese do recorrente)".* E conclui, o eg. Colegiado, *"a questão carece de prequestionamento, o que faz incidir, por analogia, o teor das Súmulas nº 282 e nº 356, ambas do Supremo Tribunal Federal, que, respectivamente, assim dispõem: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'"* (fls. 1.177-1.178, sem grifos no original).

Também o d. representante do **Parquet** Federal, em seu **parecer**, sobre a **quaestio**, ressaltou a impossibilidade de conhecimento do recurso, ante a falta de prequestionamento do dispositivo de lei infraconstitucional, nos seguintes termos: *"não deve ser conhecido quanto à apontada violação ao art. 9º, II, do CPM, por não restar preenchido o requisito específico do prequestionamento, uma vez que a questão pertinente não foi objeto de apreciação no acórdão recorrido"* (fl. 1.195, grifei).

Com efeito, deve ser mantido o **decisum** objurgado, pois ausente a manifestação do eg. Tribunal de origem sobre o tema, sem sequer terem sido opostos embargos de declaração pela Defesa para suprir a suposta omissão, tem-se que o recurso especial **não** reúne condições de prosperar, em face do indispensável prequestionamento da matéria, a teor do enunciado sumular n. 282 do eg. Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ilustrativamente:

"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONTRABANDO. ERRO DE TIPO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Inexistindo discussão quanto à efetiva subsunção das condutas ao tipo penal ou da ocorrência de erro de tipo, tampouco foram manejados embargos de declaração para suprir a omissão, ressentindo-se do indispensável requisito do prequestionamento. Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a introdução clandestina de cigarros, em território nacional, em desconformidade com as normas de regência, configura o delito de contrabando, ao qual não se aplica o princípio da insignificância, por tutelar interesses que transbordam a mera elisão fiscal. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido." (AgRg no AREsp n. 1.116.451/MT, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 2/5/2018).

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. DISPENSÁVEL A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA TÉCNICA PARA A COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DOS CRIMES DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ICMS. IMPOSSIBILIDADE. TRIBUTO DE COMPETÊNCIA ESTADUAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E N. 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

I - O acórdão impugnado não dissentiu da jurisprudência desta Corte, no sentido de que, sendo a acusação de falsidade ideológica, é desnecessária a realização de perícia, uma vez que, diferentemente do que ocorre com a falsidade documental, a alteração é no conteúdo (e não na forma) do documento

II - Incabível a aplicação do princípio da insignificância ao caso em exame, uma vez que o paciente deixou de recolher ICMS, tributo da competência estadual, conforme o art. 155, inciso II, da Constituição Federal.

III - A ausência de prequestionamento constitui óbice ao exame da matéria pela Corte Superior, a teor das Súmulas 282 e 356 do Pretório Excelso.

Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp n. 1.669.729/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 2/5/2018).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No que diz respeito à alegação de que não se aplica, **in casu**, o óbice da **Súmula n. 7/STJ**, em relação à verificação de ocorrência do **crime continuado**, ao argumento de que *"não é preciso qualquer invasão na seara probatória para o deslinde da questão, pois incontroverso o entendimento de que Lex Mitior não poderia concorrer com a Lex Gravior em vista da especialidade da norma"* (fl. 1.219), de igual modo, diviso que o reclamo **não** merece acolhimento.

Como ressaltado no **decisum** reprochado, o eg. Colegiado **a quo**, ao se debruçar sobre os elementos de provas produzidos nos autos, assim se manifestou, **verbis**:

"Da aplicação do art. 71 do Código Penal comum

O I. Defensor requer a aplicação do art. 71 do Código Penal Brasileiro em homenagem aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

[...]

De rigor a aplicação do concurso de crimes, nos termos da Legislação Penal Castrense, ressalte-se que tal dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, estando plenamente vigente. E mais, o Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.

[...]

Não há confundir o instituto do crime continuado, cuja aplicação é pleiteada pela defesa, com base no códex comum (art. 71), com o concurso material de crimes, previsto no art. 79 do Código Penal Militar e no CP comum, no art. 69.

Ainda que assim não fosse, justifica-se o maior rigor da legislação militar em virtude do tratamento diferenciado que a própria Constituição concede aos militares, por razões de política legislativa, tratando com distinta reprovabilidade as infrações penais militares.

Afastada a aplicação do art. 71 do Código Penal comum" (fls. 1.095-1.096, grifei).

Ora, a alegação do agravante — no sentido de que ocorreu o instituto da continuidade delitiva —, reclama, enfatize-se, incursão no acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento, repise-se, vedado pela **Súmula n. 7 desta Corte**, e que não se coaduna com os propósitos atribuídos à via eleita.

Nesse sentido, e em reforço:

"REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DOIS CRIMES DE ESTUPRO. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DELITOS PRATICADOS EM CIRCUNSTÂNCIAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DISTINTAS. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. DESCONSTITUIÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DO ENUNCIADO 7/STJ.

[...]

2. Para desconstituir o aludido entendimento e se concluir no sentido de que os crimes seriam continuação um do outro, é imprescindível adentrar-se e proceder-se ao exame minucioso do conjunto probatório, providência inviável de ser adotada no âmbito do recurso especial, ante o óbice do Enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte Superior de Justiça.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp n. 1.037.656/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 5/5/2017, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CRIME PRATICADO POR PADRASTO. CONTINUIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SUM. 7/STJ. ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o acusado praticou o crime previsto no art. 217-A do CP, chegar a entendimento diverso, absolvendo-o, implica revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ.

II - Igualmente, implica exame aprofundado de prova o afastamento da continuidade delitiva, mantida em segundo grau ao argumento de que "os fatos são graves, foram praticados por anos, dentro do próprio lar da vítima, pelo marido da mãe dela, gerando sequelas psicológicas seríssimas".

[...]

IV - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp n. 1.067.564/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 2/10/2017, grifei).

No que se refere à alegação de que é de rigor a **exclusão da agravante**, pois "atuando em situação de folga, o militar que revela segredo profissional incide na hipótese do artigo 154, do Código Penal, e não na regra militar que exige 'a ciência em razão do cargo ou função', obviamente em serviço" (fl. 1.221), também não merece guarida o recurso, devendo ser mantido o **decisum** vergastado. Ao se manifestar sobre o tema, consignou o eg. Tribunal de origem, **verbis**:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Das agravantes

[...]

*O delito tipificado no art. 326 do CPM, **exige tão somente que o sujeito ativo tenha tido acesso à informação sigilosa, em razão da função, não sendo elementar do tipo, estar de serviço.***

[...]

Nestes termos, não há que se falar em bis in idem, corretamente aplicada a majorante prevista na letra 'l' do inciso II do art. 70 do Código Penal Militar.

[...]

"O civil 'Piauí' diante da quebra de sigilo do apelante, teve a oportunidade de esquivar-se da fiscalização da vigilância sanitária, bem como o civil 'Patrick' que assim soube da operação policial, de imediato notificou o interessado sobre a fiscalização 'nas lojas', conforme transcrição de fls. 124, já citada anteriormente.

***De rigor a manutenção das majorantes"** (fls. 1.093-1.095).*

Da análise do excerto acima transcrito, percebe-se que deve ser mantida, **in casu**, a referida agravante, tendo em vista que a circunstância de estar ou não em serviço, enfatize-se, é indiferente penal para a consumação do delito em testilha, que, como dantes mencionado, pode ocorrer até mesmo durante o período em que o militar não esteja de serviço, como férias, por exemplo.

Com efeito, a circunstância fática "*estar em serviço*", ao contrário do que mencionado no presente agravo regimental, não é elementar do tipo penal previsto no art. 326, **caput**, do Código Penal Militar, pelo qual fora condenado o ora recorrente. Assim, não se há falar, em exclusão da referida agravante, tampouco na ocorrência de **bis in idem**. Nesse sentido, confira-se excerto do seguinte julgado: "*A circunstância de o delito ter sido praticada pelos pacientes em serviço não constitui elementar do tipo de concussão (art. 305 do CPM), podendo ser empregada como agravante da pena, sem que configure o alegado bis in idem.*" (HC n. 122.749/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Napoleão Nunes Maia Filho**, DJe de 12/4/2010, grifei)

Nesse sentido, confirmam-se precedentes desta Colenda Quinta Tuma:

"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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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." (HC n. 324.912/RJ, **Quinta Turma**, de **minha relatoria**, DJe de 1/8/2017, grifei)

"PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CONCUSSÃO PRATICADA EM SERVIÇO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVANTE QUE NÃO SE INSERE NO TIPO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE EM CRIMES MILITARES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...]

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).

[...]

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

"PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CONCUSSÃO E AGRAVANTE DE "ESTAR EM SERVIÇO". DUPLA VALORAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DO TIPO. INOCORRÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INCOMPATIBILIDADE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando a orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, firmou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, sob pena de desvirtuar a finalidade dessa garantia constitucional, exceto quando a ilegalidade apontada é flagrante, hipótese em que se concede a ordem de ofício.

2. **A Quinta Turma desta Corte possui entendimento sedimentado de que a agravante genérica do art. 70, II, "I", do CPM pode ser aplicada aos militares que, em serviço, cometem o delito de concussão, já que a circunstância de "estar em serviço" não é elementar do tipo do art. 305 do CPM. Precedentes.**

3. O pedido de absolvição por "ausência de motivação válida" é incompatível com a via estreita do remédio heroico, consoante orientação consolidada deste Tribunal Superior. Precedentes.

4. **Decisão mantida, ainda que por outros fundamentos. Agravo regimental desprovido.**" (AgRg no HC n. 281.146/RJ, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Gurgel de Faria**, DJe de 1/6/2015, grifei).

Por derradeiro, a alegação de que persiste a violação ao art. 435, **caput**, do CPPM, ao argumento de que "a tese esposada pela *Ínclita* maioria, no entanto, ofendeu a norma de regência ao acatar a tese de que o voto optante pela pena maior ou mais grave, deveria ser associado ao voto optante pela pena subsequentemente menor, quando na verdade deveria mirar e associar-se ao voto optante pela pena menor e, portanto de maior benignidade, ou seja, o voto da menor pena segundo a votação" (fl. 1.157), **não** merece prosperar. Explico.

O eg. Tribunal **a quo**, ao negar provimento aos **embargos infringentes e de nulidade** ali apresentados pela combativa Defesa, no que importa ao caso, assim solucionou a **quaestio juris**:

"Como se observa, neste caso cada um dos cinco membros do Conselho de Justiça fixou uma pena final diferente para o ora embargante. Em outras palavras, temos na r. sentença cinco penas distintas, a saber: 4 anos de detenção; 3 anos e 8 meses de detenção; 3 anos e 1 mês de detenção; 2 anos, 9 meses e 18 dias de detenção; e 2 anos e 8 meses de detenção.

Nessas situações incide a regra do parágrafo único do art. 435 do Código de Processo Penal Militar, que prevê:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Art. 435 (...)

Parágrafo único. Quando, pela diversidade de votos, não se puder constituir maioria para a aplicação da pena, entender-se-á que o juiz que tiver votado por pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave.

[...]

In casu, há duas penas maiores e duas penas menores que 3 anos e 1 mês de detenção. Nessa hipótese, os dois juízes que votaram pelas duas penas maiores virtualmente aderem ao voto da terceira maior pena (voto médio), constituindo-se, então, a necessária maioria para a fixação da pena final.

[...]

Portanto, a pena de 3 anos e 1 mês de detenção é a que deve prevalecer, exatamente por refletir o voto médio.

Oportuno frisar que voto médio não significa somar as cinco penas diferentes e dividir o total por cinco. Caso tal operação fosse feita in casu a pena ultrapassaria 3 anos e 2 meses. Como visto, a regra do parágrafo único do art. 435 do CPPM justifica a constituição da maioria pela técnica da aplicação virtual da pena ou do voto médio, que, reitere-se, não necessariamente reflete a média aritmética das penas distintas" (fls. 1.130-1.132, sem grifos no original).

Assim, da leitura do excerto em referência, outra não pode ser a conclusão a não ser a de que não houve, enfatize-se, violação ao art. 435, **caput**, do CPPM. Ao contrário, cumpriu-se, na literalidade, o que disposto no referido dispositivo, pois, em decorrência da diversidade de votos que impossibilitavam a formação da maioria, aplicou-se a sistemática segundo a qual, "virtualmente", entende-se que o magistrado que tiver fixado pena maior teria votado pela pena imediatamente menor, como se deu no caso dos autos.

Conforme salientado pelo d. representante do **Parquet** Federal, ao se manifestar nos autos, **verbis**: "não sendo possível constituir maioria para a aplicação da pena, deve-se considerar que os juízes que fixaram as penas maiores (letras a e b) votaram, virtualmente, por fixar a pena no patamar imediatamente menor, ou seja, em 3 anos e 1 mês de detenção (letra c), como acertadamente entendeu o Tribunal de origem" (fl. 1.196).

Assim, deve ser mantida a decisão agravada.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2017/0060676-5

AgRg no
REsp 1.661.454 / SP
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 00045792620139260010 4115 412015 45792620139260010 692702013 71862016

EM MESA

JULGADO: 21/08/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FELIX FISCHER**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO

Secretário

Me. MARCELO PEREIRA CRUVINEL

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MARCELO ANDRE MARINA
ADVOGADO : PAULO LOPES DE ORNELLAS E OUTRO(S) - SP103484
RECORRIDO : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MARCELO ANDRE MARINA
ADVOGADO : PAULO LOPES DE ORNELLAS E OUTRO(S) - SP103484
AGRAVADO : ESTADO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE000000M
INTERES. : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

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, negou provimento ao agravo regimental."

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