

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
nº 868628 - RJ (2016/0064258-0)**

RELATOR : MIN. JOEL ILAN PACIORNIK

EMBARGANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMBARGADO : GETULIO FARIA DOS SANTOS
EMBARGADO : PAULO ROBERTO NASCIMENTO PENNA FORTE
EMBARGADO : FABRICIO DA SILVA LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
EMBARGADO : JOÃO BATISTA SANTANA DA COSTA
ADVOGADOS : ÂNGELO FREIRE HIPPERTT - RJ065415
: RENATA MARINS E FREITAS QUEIROZ - RJ101119
: WALLACE MARTINS - RJ121422
: RENATO DE OLIVEIRA FREITAS - RJ137393
: MAURÍCIO LIMA MANO - RJ110682
: MARCELA COSTA SANTOS JUNQUEIRA - RJ198026

DECISÃO

Trata-se de embargos de divergência opostos pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ao acórdão da Sexta Turma, da relatoria da Exma. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, assim ementado (fl. 1.192):

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVOS REGIMENTAIS. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 70, II, "L", DO CPM. CRIME DE CONCUSSÃO. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE "ESTANDO EM SERVIÇO" QUANDO DO COMETIMENTO DE CRIME MILITAR IMPRÓPRIO. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. ACÓRDÃO EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA SEXTA TURMA DO STJ. PRECEDENTES. AGRAVOS REGIMENTAIS A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. O cometimento do crime durante o exercício da atividade é inerente ao próprio tipo penal, sendo inaplicável a agravante prevista no artigo 70, inciso II, alínea "l", do Código Penal Militar (estando em serviço), sob pena de bis in idem. Precedentes da Sexta Turma deste Tribunal Superior.

2. Agravos regimentais a que se nega provimento.

Sustenta o embargante divergência com o REsp 1.417.380/RJ, da relatoria do Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, DJe 17/02/2014, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

PENAL MILITAR. CRIME DE CONCUSSÃO. AGRAVANTE DO ART. 70, 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.

O embargante alega que as soluções aplicadas aos dois processos são opostas no que tange à configuração do *bis in idem* pela incidência da agravante no art. 70, inciso II, alínea L, do Código Penal Militar.

Aduz que, segundo o acórdão da Sexta Turma, *constitui bis in idem a incidência da agravante do artigo 70, inciso II, "L" do CPM, isto pelo fato de ter sido tal circunstância (estar de serviço) que determinou a atração da competência da Justiça Militar (artigo 9º, inciso II, c. do CPM).*" (fl. 6.675).

No acórdão da Quinta Turma, o entendimento é de que a circunstância de estar o militar em serviço não é inerente ao crime de concussão tipificado no art. 305 do CPM.

Pede, assim, o acolhimento dos embargos de divergência, para que prevaleça o entendimento do acórdão paradigma.

Admitido o recurso (fls. 1233/1234), a parte embargada não apresentou impugnação (fl. 1276).

É o relatório.

Decido.

Os embargos merecem ser acolhidos.

Isto porque a eg. Terceira Seção desta Corte, no julgamento dos EREsp 1.417.380/RJ, relator o Ministro Rogério Schietti Cruz, passou a adotar o entendimento sufragado pelo acórdão embargado, da Quinta Turma, da relatoria do Ministro Moura Ribeiro.

Concluiu que, *não há óbices para que nos crimes de concussão, quando praticados em serviço, seja aplicada a agravante genérica prevista no art. 70, II, "L", do CPM ("estando de serviço"), isto é, não há ocorrência de bis in idem, **porquanto a ideia***

de exigir vantagem indevida em razão da função não tem correlação com o fato de o militar estar em serviço (em escala especial).

Confira-se a ementa do aludido julgado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR. CONCUSSÃO. AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 70, II, "L", DO CPM. COMPATIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. EMBARGOS NÃO PROVIDOS.

1. O crime de concussão configura-se mediante a conduta do agente (militar ou assemelhado, nos termos do art. 21 do CPM) que exige, direta ou indiretamente, na função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Ao descrever a conduta típica, cuidou o legislador de explicitar que o crime se caracteriza ainda que o agente esteja fora da função ou até de a assumir. Tal cuidado traduz a ideia de que o crime pode se afigurar mesmo que a exigência seja feita por agente que ainda não tenha, por questões circunstanciais, a atribuição de praticar o ato que ensejou a intimidação da vítima.

2. O termo "função", descrito no art. 305 do CPM, encerra o conjunto de atribuições exercidas ou a serem exercidas pelo agente e, tal como acontece com o delito previsto no art. 316 do CP, o militar ou assemelhado impõe a outrem a prestação da vantagem indevida e essa pessoa cede à exigência em virtude do medo que a autoridade inerente ao cargo lhe causa.

3. A agravante genérica prevista no art. 70, II, "I", do CPM ("estando de serviço") diz respeito ao efetivo desempenho das atividades relacionadas com a função policial militar, assim como daquelas atividades ligadas ao cumprimento de ordens emanadas de autoridade competente ou de disposições regulamentares características da rotina militar. Há, na ideia referente à expressão contida no art. 70, II, "I", do CPM, um caráter dinâmico, específico e prático, que é percebido pelo comportamento exteriorizado do agente por meio da realização de atos concretos inerentes às suas atribuições em um dado momento.

4. A expressão "em serviço", que também não deve ser confundida com situação de expediente regulamentar, insere-se na hipótese de militar submetido à designação de tarefas não compreendidas dentro do expediente normal, mas prestadas em escala especial.

5. Inexiste óbice para que, nos crimes de concussão, quando praticados em serviço, seja aplicada a agravante genérica prevista no art. 70, II, "I", do CPM ("estando de serviço"), isto é, não há ocorrência de bis in idem, porquanto a ideia de exigir vantagem indevida em virtude da função não tem correlação com o fato de o militar estar em serviço (em escala especial). Precedentes do STF.

6. Embargos não providos.

Ante o exposto, acolho os embargos de divergência para reformar o acórdão embargado, negando provimento ao recurso especial, para manter a agravante prevista no art. 70, II, "I", do Código Penal Militar.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 28 de fevereiro de 2019.

MINISTRO JOEL ILAN PACIORNIK

Relator

(*) Republicado em cumprimento à determinação do Exmo. Sr. Ministro Relator

