



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 297.569 - RJ (2000/0143997-9)

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO
ADVOGADA : THALITA FONTES MESQUITA ACATAUASSÚ NUNES E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR DOIS RECORRENTES. PECULATO-APROPRIAÇÃO QUE TERIA SIDO PRATICADO EM CONCURSO DE AGENTES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM RELATIVAMENTE A UM DOS RECORRENTES, EM RELAÇÃO AO QUAL, PORTANTO, NÃO CABE CONHECER DO RECURSO ESPECIAL, POR DE INTERESSE RECURSAL. ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL QUANTO AO SEGUNDO RECORRENTE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS NºS 282 E 284 DO STF, BEM COMO DA SÚMULA Nº 7 E 211 DESTA STJ, QUANTO A PARTE DAS QUESTÕES ALEGADAS. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO, EM PARTE, E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Embora o acórdão recorrido tenha sido proferido por decisão majoritária, não cabe cogitar, na espécie, de eventual incidência do enunciado nº 281 do Supremo Tribunal Federal, já que o cabimento dos embargos infringentes - necessários, em regra, para o esgotamento das instâncias - se restringe a julgamentos não unânimes "*de 2ª instância*", ou seja, "*não alcança a hipótese*", como a dos presentes autos, "*de o tribunal atuar originariamente para processar e julgar a ação penal*" (v.g., REsp 80.032/RJ, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/1997, DJ 17/11/1997).

2. Firmou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, uma vez "*Declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, resta evidenciada a falta de interesse na interposição do recurso especial*" (v.g., AgRg no Ag 1.123.945/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE -, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 07/12/2009), situação que se verifica, no caso, quanto a um dos recorrentes (JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO).

3. Quanto ao outro recorrente (NICOLAU CASSIANO NETO), não há falar em prescrição, se levada em consideração a pena privativa de liberdade a ele imposta pelo Tribunal de origem, que foi de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, situação em que a prescrição ocorre em 12 (doze) anos (Código Penal, artigo 109, inciso III), tempo não transcorrido entre nenhum dos marcos interruptivos da prescrição, impondo-se, assim, a análise das questões a ele pertinentes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4. De acordo com a jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça, *"a não indicação expressa das questões apontadas como omitidas vicia a motivação do recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento"*, por *"incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo"* Tribunal Federal (v.g., AgRg no REsp 1.173.215/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010; e REsp 864.163/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 04/08/2008).

5. Há que se reconhecer, por outro lado, a ausência de prequestionamento das questões associadas à alegada violação dos artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), do artigo 564, III, **p**, do Código de Processo Penal; do artigo 92, I, do Código Penal, dos artigos 42, V, 47 e 74 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN); do artigo 12, I, da Lei 8.038/90, combinado com o artigo 1º da Lei 8.658/93; do artigo 38, inciso I, do Código de Processo Penal, bem como do artigo 65, III, **d**, do Código Penal, pois conforme se extrai da leitura integral do acórdão recorrido e do acórdão dos embargos a eles opostos, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre as questões atinentes a esses dispositivos legais.

6. Esta Corte Superior de Justiça pacificou o *"entendimento quanto à imprescindibilidade da oposição de embargos declaratórios para fins de prequestionamento da matéria, mesmo quando a questão federal surja no acórdão recorrido"* (v.g., EREsp 99.796/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/06/1999, DJ 04/10/1999; AgRg no Ag 976.466/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 18/08/2008; e EDcl no REsp 396.424/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 14/10/2002), e que, ademais, é *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"* (Súmula/STJ nº 211). Ademais, também sedimentou o entendimento no sentido de que a *"questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento"* (Súmula/STJ nº 320), e que este é exigido ainda que, em tese, se trate de *"questões de ordem pública"* (AgRg no REsp 1126770/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010; e AgRg no REsp 670.364/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 14/12/2009).

7. Com relação à alegada violação dos artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), assim como do artigo 564, III, **p**, do Código de Processo Penal, além de, como visto, faltar o indispensável prequestionamento, o recurso, de qualquer modo, não mereceria prosperar, seja porque incide, no ponto, o enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, ao recurso especial, seja porque as alegações são improcedentes.

8. Não cabe a este Superior Tribunal, *"em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Carta Magna" (v.g., AgRg no REsp 831.167/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010).

9. A a incursão sobre a efetiva existência do dolo, reconhecido pelo Tribunal de origem juntamente com os demais elementos do tipo, encontra óbice no enunciado nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp 564.462/MA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010; e REsp 443.500/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 30/11/2009).

10. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, "a ausência de particularização dos artigos legais que teriam sido violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, sendo deficiente a fundamentação do apelo nobre, em conformidade com o enunciado n. 284/STF" (v.g., REsp 1.025.920/RO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 27/04/2010; AgRg no REsp 946.341/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 18/08/2008).

11. Se a maioria dos que proferiram o voto reconheceram as agravantes, não há falar em violação do artigo 615, *caput*, do Código de Processo Penal.

12. Nos termos do artigo 61, *caput*, do Código Penal, somente se admite o reconhecimento das agravantes previstas em um de seus incisos quando elas "não constituem ou qualificam o crime": daí a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que a incidência da agravante prevista no artigo 61, II, **g**, do Código Penal se mostra incompatível com o delito de peculato (Código Penal, artigo 312), pois a prática deste pressupõe, sempre, o abuso de poder ou a violação de dever inerente ao cargo (v.g., HC 57.473/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007; REsp 100.394/RO, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/1998, DJ 22/06/1998; e REsp 2.971/MG, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/1991, DJ 29/04/1991).

13. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "A consumação do crime de peculato-apropriação previsto no art. 312, *caput*, 1.ª parte, do Código Penal, ocorre no momento em que o funcionário público, em virtude do cargo, começa a dispor do dinheiro, valores ou qualquer outro bem móvel apropriado, como se proprietário fosse" (v.g., REsp 985.368/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 23/06/2008), ou seja, "no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito" (v.g., RHC 12.540/SE, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2003, DJ 22/04/2003; e RHC 10845/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado em 13/03/2001, DJ 23/04/2001).

14. A entrega do objeto material do crime de peculato-apropriação, após a consumação do delito, a fim de que seja utilizado por terceira pessoa, ainda que em benefício de ambos, constitui mero exaurimento do crime: assim, se as condutas praticadas pelo agente que recebeu o objeto são posteriores à consumação do peculato, não há falar em concursos de agentes, e, em consequência, da incidência da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal.

15. Uma vez reconhecida *"a prescrição da pretensão punitiva, restam afastados todos os efeitos da condenação"* (REsp 735.024/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 14/08/2006 p. 319), dentre eles, a perda do cargo público com fundamento no artigo 92, inciso I, alínea **a**, do Código Penal.

16. Recurso especial que, com relação ao recorrente JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO, não se conhece, por falta de interesse processual; e do qual se conhece, em parte, e, nessa parte, se dá parcialmente provimento, quanto ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, para, especificamente quanto a este último recorrente: **a) afastar a incidência das agravantes previstas nos artigos 61, II, g e 62, I, do Código Penal, e, em consequência; a.1) reduzir a pena privativa de liberdade imposta para 4 (quatro) anos de reclusão; e, ainda, a.2) reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade dos fatos pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues não conhecendo do recurso especial em relação a José Paulo de Azevedo Machado e conhecendo em parte e, nessa parte, dando parcial provimento ao recurso especial em relação a Nicolau Cassiano Neto e, de ofício, reconhecendo a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva deste último, e os votos da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Sr. Ministro Og Fernandes no mesmo sentido, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial em relação a José Paulo de Azevedo Machado e conhecer em parte e, nessa parte, dar parcial provimento ao recurso especial em relação a Nicolau Cassiano Neto e, de ofício, reconhecer, quanto a este último, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) (voto-vista), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRO CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2000/0143997-9

RESP 297569 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 494

PAUTA: 10/09/2002

JULGADO: 20/11/2003

Relator

Exmo. Sr. Ministro **VICENTE LEAL**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **ZÉLIA OLIVEIRA GOMES**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO

ADVOGADO : JOAQUIM JAIR XIMENES AGUIAR E OUTROS

RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO

RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Administração Pública (art. 312 a 359)

CERTIDÃO

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

"Retirado de pauta para redistribuição."

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 20 de novembro de 2003

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 297.569 - RJ (2000/0143997-9)

RELATOR : **MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**
RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO
ADVOGADA : THALITA FONTES MESQUITA ACATAUASSÚ NUNES E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por NICOLAU CASSIANO NETO e JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO com fundamento no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que, em 12 de agosto de 1999, ao julgar, originariamente, a ação penal nº 04/94, por maioria:

1) condenou o primeiro recorrente, NICOLAU CASSIANO NETO, às penas de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e multa, por infração do artigo 312 (peculato), combinado com os artigos 61, II, **g** (abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão), 62, I (promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), além da cassação da aposentadoria do cargo de magistrado, por força do artigo 92, I, todos do Código Penal; e

2) condenou o segundo recorrente, JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO, às penas de 2 (dois) anos, e multa, reconhecendo-se, quanto a este, a prescrição retroativa da pretensão punitiva do Estado.

Esta a ementa do acórdão recorrido:

Peculato na modalidade de apropriação indébita comprovado por testemunhas e documentos e caracterizado pelo fato de o 1º acusado, a pretexto de confiscar o veículo referido na denúncia e determinar que fosse utilizado pelo Juizado de Menores até o trânsito em julgado de sentença condenatória, tê-lo desviado para si, apropriando-se do bem à sua disposição em razão do Cargo, entregando-o ao 2º acusado, que passou a usar o automóvel como se fosse seu proprietário. Condenação do 1º acusado a pena superior a 4 anos, o que impõe a decretação da perda do cargo por se tratar de peculato, cujo tipo é integrado pelo abuso de poder e pela violação do dever funcional (art. 92, I, do Código Penal). (fls.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

764)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 814/817).

Daí o presente recurso especial, no qual, além da divergência jurisprudencial, se alega, em síntese, violação:

a) dos artigos 619 do Código de Processo Penal;

b) dos artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), bem como do artigo 564, III, **p**, do Código de Processo Penal, ao argumento, inicialmente, de que o "*Órgão Julgador, formado para apreciação e julgamento do processo, não estava composto pelos 2/3 de seus Membros efetivos*" (fls. 821 - grifos nossos) (fls. 821); afirma, ainda, que o julgamento seria nulo, porque nele se decidiu pela cassação da aposentadoria do recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, sem que se observasse, para tanto, o *quorum* qualificado, "*eis que, presentes 24 Desembargadores, a decisão só poderia ser tomada por 2/3 de seus Membros efetivos (16), o que não ocorreu*" (fls. 822). Sobre essa última alegação, aduz-se que, de acordo com os artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), ainda que se trate de "*decisão punitiva no âmbito administrativo*", ou de "*Juiz de investidura temporária*", para que este seja "*demitido, só poderá sê-lo por proposta adotada pelo voto de dois terços de seus membros efetivos*", "*quorum qualificado*" que, se inobservado, tem como efeito a aplicação da sanção de nulidade absoluta do julgamento, "*prevista no artigo 564, letra p, do Código de Processo Penal*". Assevera que, por maiores razões, referidas disposições legais devem ser aplicadas "*à hipótese de julgamento penal, levada em conta a sua maior gravidade*" (fls. 822).

c) do artigo 615, *caput*, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a maioria dos desembargadores, na verdade, não teriam reconhecido a incidência, no caso, das agravantes previstas nos artigos 62, I (promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes) e 61, II, **g** (abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão), ambos do Código Penal, devendo o recurso especial ser provido, no ponto, para, com relação ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO: **c.1)** afastar o aumento de 6 (seis) meses de reclusão, concernentes a referidas agravantes, e, em consequência; **c.2)** afastar a sanção decorrente da aplicação do artigo 92, I, do Código Penal, pois aplicável, somente, quando a pena aplicada for superior a quatro anos; e **c.3)** substituir a pena privativa de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

liberdade por pena restritiva de direitos.

d) do artigo 92, I, do Código Penal: **d.1)** por não ter sido requerida a sua aplicação pelo Ministério Público, constituindo surpresa a sua aplicação, quando do julgamento; e **d.2)** porque referido dispositivo legal não prevê a pena de cassação da aposentadoria, mas, isto sim, a perda do cargo, que, entretanto, já estava vago, em virtude da aposentadoria voluntária do recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, por tempo de serviço; acrescenta, a propósito, que também restariam violados os artigos 5º, XXXIX e XLV, da Constituição da República, bem como os artigos 42, V, 47 e 74 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN) (fls. 829/833);

e) do artigos 12, I, da Lei 8.038/90, combinado com o artigo 1º da Lei 8.658/93, pois, embora um único advogado patrocinasse os dois recorrentes, não foi concedido à defesa o tempo de 1 (uma) hora para a sustentação oral;

f) do artigo 61, *caput*, do Código Penal, pois a majoração da pena com base em circunstância que constitui o crime configura *bis in idem*, o que, segundo afirma recorrente, teria ocorrido com relação à agravante prevista no artigo 61, II, *g*, do Código Penal; a propósito, também alega divergência jurisprudencial, apontando como paradigmas, precedentes do extinto Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo e deste Superior Tribunal de Justiça;

g) do artigo 62, I, do Código Penal - e do artigo 381, III, do Código de Processo Penal-, por falta de fundamentação, no acórdão recorrido, quanto ao reconhecimento da referida agravante, o que, ademais, somente poderia ocorrer se identificado o especial fim de agir, *"uma conduta específica, que demonstre ter o acusado"* NICOLAU CASSIANO NETO *"dirigido a atividade dos demais agentes, ou promovido a sua cooperação"*, o que não teria ocorrido no caso vertente, até porque seria *"difícil aceitar que o 2º recorrente, empregado do primeiro, homem modesto, trabalhador, pudesse cooperar, em uma atividade que só o 1º recorrente poderia ter desenvolvido: dar a sentença, confiscar a Belina, colocá-la à disposição do Juizado de Menores, ou de terceiro"* (fls. 838/834);

h) dos artigos 43, I, e 648, I, ambos do Código de Processo Penal, por atipicidade das condutas, pois, com relação ao segundo recorrente, JOSÉ PAULO, a conduta descrita na denúncia, e que foi julgada procedente pelo Tribunal de origem, em tese, configuraria crime diverso, qual seja, o de receptação; aduz que, se a denúncia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

afirma que o primeiro recorrente, NICOLAU CASSIANO NETO, *"teve a disponibilidade do automóvel"* e que, somente depois, o segundo recorrente, JOSÉ PAULO, passou a *"servir-se dele, como se fosse seu"*, a este não se poderia, portanto, atribuir o crime de peculato, mas, isto sim, o de receptação (fls. 841/843).

i) dos artigos 312 do Código Penal e 386, inciso III, do CPP, por não estarem presentes os elementos constitutivos do delito, especialmente por não haver *"prova do dolo, específico para o peculato-desvio"*, conforme, aliás, teria sido reconhecido nos votos vencidos (fls. 844).

j) do artigo 38, inciso I, do Código de Processo Penal, bem como do artigo 65, III, d, do Código Penal, ao argumento de que não teria sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea, em que pese o primeiro recorrente, NICOLAU CASSIANO NETO, ter reconhecido *"que proferiu sentença, que decretou o confisco da Belina, e que colocou o veículo à disposição do Juizado de Menores"*, sendo que o *"entendimento do Tribunal"* de origem, *"de que tudo não passou de estratégia ou 'fingimento', como se escreve no acórdão"* ora recorrido, *"não afasta a ocorrência da confissão, que é matéria de fato"* (fls. 847).

Embora não mencione, no ponto, qual teria sido o dispositivo legal violado, os recorrentes alegam, ainda, nulidade da condenação, por não haver coerência entre a fundamentação e a conclusão do acórdão recorrido, já que *"não descreve um fato típico e termina por condenar por fato que não constitui crime, imaginando-se que o 1º Recorrente fingiu dar uma sentença para se apropriar do bem, e, ainda, de maneira mais estranha, que o 2º Requerente participou dessa manobra, e como autor"* (fls. 846).

Pedem, por outro lado, que, caso não seja reconhecida a atipicidade da conduta, mas provido em parte o recurso especial, para afastar as agravantes, seja a pena imposta ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO substituída, desde logo, *"por outra de interdição de direitos"*, nos termos da Lei 9.714/98 (fls. 845).

Contrarrazões juntadas por linha (fls. 858).

O Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro admitiu o recurso especial, *"parcialmente, (...) com respaldo na alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição, inadmitindo-o pela alínea c"* (fls. 860).

Contra essa decisão foi interposto agravo de instrumento, objetivando que o recurso também fosse admitido na parte em que se alegava divergência jurisprudencial.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O agravo de instrumento foi autuado nesta Corte Superior de Justiça sob o nº 353.231 e distribuído ao eminente Ministro Fontes de Alencar, que, posteriormente, homologou o pedido de desistência formulado pela defesa.

O Ministério Público Federal opinou, nos presentes autos, pelo provimento parcial do recurso especial, *"para correção na pena imposta, por equivocada incidência da agravante disposta na alínea g, do inciso II, do artigo 61, do Código Penal ao crime de peculato"*, por entender que a sua incidência *"realmente constitui bis in idem"* (fls. 869/875).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 297.569 - RJ (2000/0143997-9)

RELATOR : MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)
RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO
ADVOGADA : THALITA FONTES MESQUITA ACATAUASSÚ NUNES E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP) (Relator):

1. Cumpre assinalar, inicialmente, que, embora o acórdão recorrido tenha sido proferido por decisão majoritária, não cabe cogitar, na espécie, de eventual incidência do enunciado nº 281 do Supremo Tribunal Federal, já que o cabimento dos embargos infringentes - necessários, em regra, para o esgotamento das instâncias - se restringe a julgamentos não unânimes "*de 2ª instância*", ou seja, "*não alcança a hipótese*", como a dos presentes autos, "*de o tribunal atuar originariamente para processar e julgar a ação penal*" (v.g., REsp 80.032/RJ, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/1997, DJ 17/11/1997).

Passo, assim, ao exame das questões suscitadas no recurso especial, divisando as situações de ambos os recorrentes.

2. RECORRENTE JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO

Quanto ao segundo recorrente, JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO, impõe-se reconhecer a falta de interesse processual, tendo em vista que, quanto a ele, foi reconhecida pelo Tribunal de origem a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva e, no ponto, não houve recurso da acusação (fls. 765).

Firmou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, com efeito, no sentido de que, uma vez "*Declarada extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, resta evidenciada a falta de interesse na interposição do recurso especial*" (v.g., AgRg no Ag 1.123.945/MG, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE -, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 07/12/2009).

Consequentemente, inviável a análise de todas as questões a ele



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

relacionadas, aí incluída a alegada violação dos artigos 43, I, e 648, I, ambos do Código de Processo Penal (item **h** do relatório), por atipicidade da conduta atribuída ao recorrente JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO, ou seu enquadramento em outro delito, qual seja, o de receptação (fls. 841/843).

3. RECORRENTE NICOLAU CASSIANO NETO

Quanto ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, não há falar em prescrição, tendo em vista que a pena privativa de liberdade a ele imposta foi de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, situação em que a prescrição ocorre em 12 (doze) anos (Código Penal, artigo 109, inciso III), tempo não transcorrido entre nenhum dos marcos interruptivos da prescrição.

Analisando, assim, as alegações a ele pertinentes.

4. A primeira delas se refere à alegada violação do artigo 619 do Código de Processo Penal (**relatório, item a**), ao argumento de que os embargos de declaração opostos foram rejeitados, no caso, com fundamento na *"inexistência de omissão, contradição ou obscuridade"*, constando do acórdão embargado, ainda, que a *"maior parte das alegações é na verdade manifestação de inconformismo com a decisão que os embargantes consideram nula por vários motivos que poderiam ensejar outro tipo de recurso"*.

Afirma que, *"nessas condições"*, é cabível o recurso especial, *"por maltratado o artigo 619 do Código de Processo Penal, eis que apontadas as nulidades, de ordem pública, estas poderiam ser declaradas, de ofício, a qualquer tempo, pela Corte Julgadora"* (fls. 821).

No ponto, contudo, o recurso especial não reúne condições de admissibilidade, pois, embora imprescindível, os recorrentes não especificaram quais teriam sido as questões de ordem pública suscitadas nos embargos e que, segundo afirma, não teriam sido analisadas.

A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, em casos análogos, tem assestado, em inúmeros precedentes, que *"a não indicação expressa das questões apontadas como omitidas vicia a motivação do recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento"*, por *"incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo"* Tribunal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Federal (v.g., AgRg no REsp 1.173.215/DF, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 19/04/2010; e REsp 864.163/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 04/08/2008).

5. Há que se reconhecer, por outro lado, a ausência de prequestionamento das questões associadas à alegada violação:

- 1) dos artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), bem como do artigo 564, III, **p**, do Código de Processo Penal (**relatório, item b**);
- 2) do artigo 92, I, do Código Penal, e dos artigos 42, V, 47 e 74 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN) (**relatório, item d**);
- 3) do artigos 12, I, da Lei 8.038/90, combinado com o artigo 1º da Lei 8.658/93 (**relatório, item e**); e
- 4) do artigo 38, inciso I, do Código de Processo Penal, bem como do artigo 65, III, **d**, do Código Penal (**relatório, item j**).

É que, conforme se extrai da leitura integral do acórdão recorrido e do acórdão dos embargos a eles opostos, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre as questões atinentes a esses dispositivos legais.

A propósito, cumpre asseverar que este Superior Tribunal de Justiça pacificou o *"entendimento quanto à imprescindibilidade da oposição de embargos declaratórios para fins de prequestionamento da matéria, mesmo quando a questão federal surja no acórdão recorrido"* (v.g., EREsp 99.796/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/06/1999, DJ 04/10/1999; AgRg no Ag 976.466/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 18/08/2008; e EDcl no REsp 396.424/CE, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 14/10/2002), e que, ademais, é *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo"* (Súmula/STJ nº 211).

Este Superior Tribunal de Justiça também sedimentou o entendimento no sentido de que a *"questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento"* (Súmula/STJ nº 320), e que este é exigido ainda que,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em tese, se trate de "*questões de ordem pública*" (AgRg no REsp 1126770/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010; e AgRg no REsp 670.364/PB, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 14/12/2009).

6. Aliás, com relação à alegada violação dos artigos 24, e seu parágrafo único, 27, § 6º e 29 da Lei Complementar nº 35/1979 (LOMAN), bem como do artigo 564, III, **p**, do Código de Processo Penal (**relatório, item b**), além de, como visto, faltar o indispensável prequestionamento, o recurso, de qualquer modo, não mereceria prosperar.

É que, nas razões do recurso especial, os recorrentes afirmam, primeiramente, que o "*Órgão Julgador, formado para apreciação e julgamento do processo, não estava composto pelos 2/3 de seus Membros efetivos*" (fls. 821 - grifos nossos), ou seja, que **na sessão de julgamento não havia 16 (dezesesseis) dos 24 (vinte e quatro) Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** (fls. 821).

Ocorre que, no mesmo tópico do recurso especial, se sustenta tese substancialmente diversa, qual seja, de que o julgamento seria nulo, porque nele se decidiu pela cassação da aposentadoria do recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, sem que se observasse, para tanto, o *quorum* qualificado, "*eis que, presentes 24 Desembargadores, a decisão só poderia ser tomada por 2/3 de seus Membros efetivos (16), o que não ocorreu*" (fls. 822).

Verifica-se, portanto, que, além de não ter sido delimitada, com precisão, em que consistiria a controvérsia, as alegações partem de premissas contraditórias: ora se afirma que não estava na sessão sequer o número necessário de Desembargadores, ora se afirma que todos estavam presentes.

A pretensão do recorrente, portanto, encontra óbice do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, aplicável, por analogia, ao recurso especial, e que assim dispõe:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Como se não bastasse, há o registro de 23 (vinte e três) votos, o que afasta a primeira alegação e, relativamente à segunda, a dizer, a necessidade de 2/3 (dois terços) dos votos dos integrantes do Órgão Especial para a cassação da aposentadoria, não se pode perder de vista que, a teor do artigo 92, I, do Código Penal, esta constitui efeito da própria condenação, que não exige *quorum* qualificado.

8. Quanto à alegada violação dos artigos 5º, XXXIX e XLV, da Constituição da República (**relatório, item d**), é inviável a sua apreciação, *"uma vez que não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, o exame de matéria constitucional, cuja competência é reservada ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 102, inciso III, da Carta Magna"* (v.g., AgRg no REsp 831.167/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010).

9. No que concerne à alegada ofensa aos artigos 312 do Código Penal e 386, inciso III, do CPP, os recorrentes sustentam, em síntese, que não estariam presentes os elementos constitutivos do delito, especialmente por não haver *"prova do dolo, específico para o peculato-desvio"* (**relatório, item i**).

Entretanto, a análise da questão, tal como suscitada, ou seja, com a incursão sobre o dolo, reconhecido pelo Tribunal de origem, juntamente com os demais elementos do tipo, encontra óbice no enunciado nº 7 deste Superior Tribunal de Justiça (v.g., REsp 564.462/MA, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010; e REsp 443.500/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJe 30/11/2009).

10. O recurso não reúne condições de admissibilidade, igualmente, na parte em que se alega a nulidade da condenação, ao fundamento de que não há coerência entre a fundamentação e a conclusão do acórdão recorrido (fls. 846), pois referida alegação não foi associada a nenhum dispositivo de lei federal, o que seria imprescindível: na linha da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, *"a ausência de particularização dos artigos legais que teriam sido violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, sendo deficiente a fundamentação do apelo"*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nobre, em conformidade com o enunciado n. 284/STF" (v.g., REsp 1.025.920/RO, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 27/04/2010; AgRg no REsp 946.341/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 18/08/2008).

11. É inviável o recurso, por sua vez, no que diz respeito à alegada violação do artigo 615, *caput*, do Código de Processo Penal, ao argumento de que a maioria dos desembargadores, na verdade, não teriam reconhecido a incidência, no caso, das agravantes previstas nos artigos 62, I (promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes) e 61, II, **g** (abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão), ambos do Código Penal (**relatório, item c**).

Analisando os autos, contudo, verifica-se que 13 (treze) dos 23 (vinte e três) votos proferidos reconheceram a agravante do artigo 62, I, do Código Penal: com efeito, votaram pela fixação da pena-base em 4 (quatro) anos, aumentada em 3 (três) meses para cada uma das duas agravantes, os Desembargadores: **1º**) Desembargador Marcus Faver (Revisor), **2º**) José Lucas Alves de Britto, **3º**) Sérgio Cavalieri Filho, **4º**) Luiz Carlos Salles Guimarães, **5º**) Amaury Arruda de Souza, **6º**) Thiago Ribas Filho, **7º**) Miguel Pachá, **8º**) Perlingeiro Lovisi (fls. 765), entendimento que prevaleceu, na conformidade do voto médio (fls. 765); Além deles, reconheceram a incidência da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, **9º**) o Relator, Desembargador Martinho Campos (fls. 775/776), no que foi acompanhando pelos Desembargadores **10º**) Wilson Santiago, **11º**) Áurea Pimentel, **12º**) Gama Malcher, e **13º**) Nenna Barreto (fls. 766).

Todos eles, aliás, aplicaram a pena de cassação da aposentadoria: são, portanto, 13 (treze) votos, que alcançaram a maioria necessária.

12. Houve a maioria de votos, também, quanto à segunda agravante (Código Penal, artigo 61, II, **g**), pois dos 23 (vinte e três) votos proferidos, 12 (doze) - ou seja, a maioria - foram pelo seu reconhecimento: de todos os desembargadores anteriormente mencionados, apenas o Desembargador Nenna Barreto não a aplicou (fls. 766).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13. Resta analisar, assim, as questões suscitadas no item **f** e **g** do relatório.

No que se refere à primeira delas, qual seja, a de ofensa ao artigo 61, *caput*, do Código Penal (**relatório, item f**), afirma o recorrente NICOLAU CASSIANO NETO que a agravante prevista no artigo 61, II, **g**, do Código Penal seria inerente ao tipo penal do peculato, e que seu reconhecimento, portanto, configura *bis in idem*.

No ponto, o recurso especial há de ser provido, afastando-se a majoração da pena correspondente.

Nos termos do artigo 61, *caput*, do Código Penal, somente se admite o reconhecimento das agravantes previstas em um de seus incisos quando elas "*não constituem ou qualificam o crime*".

Daí a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que a incidência da agravante prevista no artigo 61, II, **g**, do Código Penal se mostra incompatível com o delito de peculato (Código Penal, artigo 312), pois a prática deste pressupõe, sempre, o abuso de poder ou a violação de dever inerente a cargo (*v.g.*, HC 57.473/PI, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 12/03/2007; REsp 100.394/RO, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/1998, DJ 22/06/1998; e REsp 2.971/MG, Rel. Ministro PAULO COSTA LEITE, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/1991, DJ 29/04/1991).

14. Merece consideração à parte a alegada ofensa ao artigo 381, III, do Código de Processo Penal (**relatório, item g**), cujo teor é o seguinte:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

(...)

III - não constituir o fato infração penal;

Sobre essa questão, afirma-se que, além de o Tribunal de origem não ter fundamentado a incidência do artigo 62, I, do Código Penal (promove ou organiza a cooperação no crime ou dirige a atividade dos demais agentes), a aplicação dessa agravante somente poderia ocorrer se identificado o especial fim de agir, "*uma conduta específica, que demonstre ter o acusado*" NICOLAU CASSIANO NETO "*dirigido a atividade dos demais agentes, ou promovido a sua cooperação*", o que não teria ocorrido no caso vertente, até porque, segundo afirma, seria "*difícil aceitar que o 2º*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrente, empregado do primeiro, homem modesto, trabalhador, pudesse cooperar, em uma atividade que só o 1º recorrente poderia ter desenvolvido: dar a sentença, confiscar a Belina, colocá-la à disposição do Juizado de Menores, ou de terceiro" (fls. 838/834).

Para melhor compreensão da controvérsia, extrai-se do acórdão recorrido os seguintes trechos, *verbis*:

Como descrito na denúncia e provado na instrução entre julho e agosto de 1986, tramitou na Vara Criminal de Angra dos Reis uma ação penal com diversos réus, acusados de violação dos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 6.368/76.

No flagrante apreendeu-se um automóvel Ford Belina, ano 1974, placa SY 9729 (fls. 16), de propriedade de Nilton Thomé, um dos réus, que estava sendo usado para transportar a substância entorpecente, passando à custódia do Juízo Criminal, cujo titular era o denunciado, NICOLAU CASSIANO NETO.

A sentença condenatória, de 1º.8.86, decretou a perda do automóvel em favor do Estado e ordenou fosse ele incorporado ao patrimônio do Juizado de Menores da Comarca, até o trânsito em julgado da decisão (fls. 17/25).

Na verdade, como se verá, o perdimento da Belina, tal como decretado, isto é, para incorporação ao patrimônio do Tribunal, serviu apenas de artifício para desviá-lo em provimento dos réus.

Depois que o 1º réu teve a disponibilidade do automóvel, o 2º réu, José Paulo de Azevedo, fiel serviçal do Juiz Nicolau Cassiano Neto, passou a servir-se dele, como se fosse seu, afrontando a própria disposição legal em que se fundou o confisco, ou seja, o art. 34, da Lei nº 6.386/76, que no § 1º, autoriza o uso de bens apreendidos apenas para a sua conservação.

No caso, o uso converteu-se em abuso e, em vez da conservação, verificou-se a completa deterioração da Belina, tanto assim que, antes de ser alienada como sucata, serviu de abrigo a mendigos.

(...)

(...) invidiosa a apropriação no veículo Belina pelo 1º acusado e a sua entrega ao 2º acusado, que se conduzia como seu proprietário e nele prestava serviços ao 1º acusado.

(...) fingiu o 1º acusado que o veículo estava a disposição do Juizado de Menores, o que na verdade não ocorreu.

(...)

É possível que uma ou outra vez JOSÉ PAULO, empregado de CASSIANO, tenha por interferência e a mando deste, prestado, circunstancialmente, algum serviço ao Juizado de Menores, na Belina a ele entregue, mas isso não desfigura o crime de peculato, que consiste em 'assenhorear-se da coisa, fazê-la própria e dela dispor como se fosse o proprietário", como lecionou Heleno Fragoso (Lições de Direito Penal, 4º vol., 1959, p. 886).

(...)

Portanto, (...) o fato é que (...) **NICOLAU assenhoreou-se da 'Belina', dirigida a princípio por seu segurança e depois**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entregue a JOSÉ PAULO, que passou a usá-la como se fosse sua.

Diante dos elementos de prova antes registrados, **dúvida não há de que o réu NICOLAU CASSIANO NETO**, procedendo de forma afrontosa ao disposto no artigo 34, § 1º, da Lei nº 6.368/76 e infiel ao cargo que ocupava até então, **em comparsaria com o acusado JOSÉ PAULO DE AZEVEDO apropriou-se da Belina em proveito de ambos, dela dispendo para serviços estritamente particulares, pondo a descoberto o propósito inicial que nunca foi o de incorporar o bem apreendido à propriedade do Estado**, muito menos ao deste Tribunal, como se vê da certidão de fls. 31 e do documento de (...) de fls. 508v (...).

Finalmente, quando a Belina já se encontrava 'estourada' ao dizer da testemunha E. M. S., 'ficou encostada na garagem do Fórum e ninguém mais se preocupou com ela'.

Quando a 'Belina' já se deteriora pelo mau uso que dela fizeram os acusados, necessitando, portanto de conservação, trataram de abandoná-la no pátio do Fórum, nas condições mais adversas, como coisa de ninguém, proporcionado, afinal, a sua venda como sucata, em circunstâncias não bem apuradas, mas absolutamente irregulares, senão criminosas.

Diante do exposto está configurado o crime de peculato na modalidade de apropriação indébita.

O 1º acusado apropriou-se do automóvel que estava à sua disposição em razão do cargo e, como se fosse seu, entregou-o ao 2º acusado, que passou a usá-lo, como se fosse o proprietário, em proveito de ambos.

Impõe-se, assim, a procedência da ação penal para condenar os acusados por violação ao art. 312 do Código Penal.

(...)

(...) **NICOLAU CASSIANO NETO promoveu e organizou a cooperação do outro denunciado, JOSÉ PAULO DE AZEVEDO, no crime, cometido com abuso de poder e violação de dever inerente ao cargo que exercia, o de Juiz de Direito da Comarca de Angra dos Reis.**

(...) **JOSÉ PAULO DE AZEVEDO (...) era empregado e subordinado a NICOLAU CASSIANO NETO, agindo sob suas ordens (...).**

(...) (fls. 772/776 - grifos nossos).

Refletindo sobre o caso em questão, concluí que, pelo menos quanto ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, os fatos acertados pelas instâncias de mérito realmente se enquadram na descrição do crime de peculato, mas não na agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal.

É certo que, conforme anotou NELSON HUNGRIA, o peculato-apropriação - pelo qual foram condenados, no caso, os recorrentes -, "*é o fato do funcionário público que, tendo, em razão do cargo, a posse de coisa móvel pertencente à administração*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pública ou sob a guarda desta (a qualquer título), dela se apropria, ou a distrai do seu destino, em proveito próprio ou de outrem", sendo que a posse "deve ser entendida em sentido amplo, compreendendo a simples detenção, bem como a posse indireta (disponibilidade jurídica sem detenção material, ou poder de disposição exercível mediante ordens, requisições ou mandados)" (HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, página 332 e 337).

Entretanto, adverte CELSO DELMANTO que referido delito *"consuma-se quando o agente, efetivamente, passa a dispor do objeto material como se fosse seu"* (DEMALTO, Celso e outros. Código Penal Comentado. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 778).

No mesmo sentido é a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, firme no sentido de que *"A consumação do crime de peculato-apropriação previsto no art. 312, caput, 1.ª parte, do Código Penal, ocorre no momento em que o funcionário público, em virtude do cargo, começa a dispor do dinheiro, valores ou qualquer outro bem móvel apropriado, como se proprietário fosse"* (v.g., REsp 985.368/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 23/06/2008), ou seja, *"no momento em que o funcionário público, em razão do cargo que ocupa, inverte o título da posse, agindo como se fosse dono do objeto material, retendo-o, alienando-o, etc, não sendo exigível que o agente ou terceiro obtenha vantagem com a prática do delito"* (v.g., RHC 12.540/SE, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2003, DJ 22/04/2003; e RHC 10.845/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 23/04/2001).

No caso, consta do acórdão recorrido que o recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, primeiramente, *"apropriou-se do automóvel que estava à sua disposição em razão do cargo e, como se fosse seu, entregou-o"* ao recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO, que, somente a partir de então, *"passou a usá-lo, como se fosse o proprietário, em proveito de ambos"*.

Em outro trecho do acórdão, se afirma até que, antes de entregar o automóvel ao recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO, quem o dirigia, sob as ordens e em benefício pessoal do recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, era outra pessoa (seu segurança).

Logo, o fato de recorrente NICOLAU CASSIANO NETO entregar o automóvel



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- **do qual já havia se apropriado** - ao recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO, a fim de que este utilizasse do bem em proveito de ambos, configura mero exaurimento do delito anteriormente consumado.

No acórdão recorrido, ademais, não se apontou nenhuma conduta do recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO, ainda que a título de participação (induzimento, instigação ou auxílio material), que tenha, de alguma forma, colaborado para a consumação do crime de peculato-apropriação cometido pelo recorrente NICOLAU CASSIANO NETO.

Logo, se as condutas praticadas pelo recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO são posteriores à consumação do peculato-apropriação, não há falar em concurso de agentes, menos ainda, portanto, em incidência da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal.

Aliás, somente deixo de determinar a absolvição do recorrente JOSÉ PAULO AZEVEDO, porque, conforme ressaltado no início do voto, além da falta de interesse recursal nesse sentido (pois foi reconhecida, na origem, da extinção da punibilidade dos fatos imputados a ele imputados), limito-me, no caso, a analisar o enquadramento de sua conduta no crime pelo qual efetivamente condenado, ou seja, o de peculato-apropriação, sem analisar a eventual subsunção da conduta em outro delito, conforme, aliás, cogitou o próprio recorrente, quando, embora como tese subsidiária, defendeu que o crime seria o de receptação.

De tudo, conclui-se que o recurso deve ser provido, também nessa parte, para afastar a aplicação da agravante prevista no artigo 62, I, do Código Penal, ficando a pena imposta ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO concretizada, ao final, em 4 (quatro) anos de reclusão, e multa, bem como a cassação de sua aposentadoria.

15. Em consequência, impõe-se reconhecer a extinção da punibilidade dos fatos pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Nos termos do artigo 109, inciso IV, do Código Penal, a extinção da punibilidade pelo decurso do tempo se dá após o interregno de 08 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro).

E, no caso, desde a última causa interruptiva da prescrição, qual seja, a condenação ocorrida perante o Tribunal de origem, em 12 de agosto de 1999 (fls. 761),



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ou até de sua publicação, em 28 de outubro de 1999 (fls. 791), decorreram mais de 10 (dez) anos.

Ressalte-se que a prescrição da pena de multa ocorre no mesmo prazo estabelecido para prescrição da pena privativa de liberdade, quando a multa for cumulativamente aplicada (Código Penal, artigo 114, inciso II), sendo este o caso dos autos.

Acrescente-se, por fim, que, uma vez reconhecida *"a prescrição da pretensão punitiva, restam afastados todos os efeitos da condenação"* (REsp 735.024/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2006, DJ 14/08/2006 p. 319), dentre eles, a perda do cargo público com fundamento no artigo 92, inciso I, alínea **a**, do Código Penal.

16. Ante o exposto:

a) não conheço do recurso especial quanto ao recorrente JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO, por falta de interesse processual;

b) conheço, em parte, e, nessa parte, dou parcial provimento ao recurso especial, com relação ao recorrente NICOLAU CASSIANO NETO, para: b.1) afastar a incidência das agravantes previstas nos artigos 61, II, g e 62, I, do Código Penal, e, em consequência; b.1.1) reduzir a pena privativa de liberdade para 4 (quatro) anos de reclusão; e, ainda, b.1.2) reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade dos fatos pela prescrição da pretensão punitiva do Estado.

É o meu voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2000/0143997-9

REsp 297.569 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 494

PAUTA: 15/06/2010

JULGADO: 17/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ADEMAR VIANA FILHO**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO
ADVOGADA : THALITA FONTES MESQUITA ACATAUASSÚ NUNES E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Administração Pública (art. 312 a 359 - H)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **JOSÉ RICARDO CERQUEIRA LOPES**, pela parte RECORRENTE: NICOLAU CASSIANO NETO

Exmo. Sr. SUBPROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA: **ADEMAR VIANA FILHO**

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator não conhecendo do recurso em relação a José Paulo de Azevedo Machado, conhecendo em parte e dando parcial provimento em relação a Nicolau Cassiano Neto, reconhecendo de ofício, quanto a este, extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, pediu vista o Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). Aguardam a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Og Fernandes."

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 17 de junho de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 297.569 - RJ (2000/0143997-9)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO HAROLDO RODRIGUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/CE): Pedi vista dos autos para examinar com mais vagar o afastamento das qualificadoras.

Extrai-se dos autos que o recorrente Nicolau Cassiano Neto, magistrado, foi condenado, como incurso no art. 312 do Código Penal c/c o arts. 61, II, "g", e 62, I, a 4 anos e 6 meses de reclusão.

Dentre outras várias alegações, o recorrente sustenta ser incabível a incidência das aludidas agravadoras. Aquela do art. 61, II, "g" - abuso de poder ou violação de dever inerente ao cargo, ofício, ministério ou profissão -, pois como esta já constitui circunstância elementar do delito de peculato, não pode novamente majorar a pena na segunda fase, por ofensa ao princípio **non bis in idem**; A do art. 62, I - promover, organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes -, porque além de o Tribunal de origem não ter fundamentado a sua aplicação, para o seu reconhecimento é necessário que se demonstre o especial fim de agir, sendo "difícil aceitar que o 2º recorrente, empregado do primeiro, homem modesto, trabalhador, pudesse cooperar em uma atividade que só o 1º recorrente poderia ter desenvolvido: dar a sentença, confiscar a belina, colocá-la à disposição do Juizado de Menores ou de terceiro." (fls. 838)

Em um exame detido dos autos, verifico que o Desembargador convocado Celso Limongi deu a solução exata ao caso.

Com efeito, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que, sendo elementar do tipo de peculato a violação de dever inerente ao cargo, não há como incidir também a agravante do art. 61, II, "g", do Código Penal, sob pena de indevido **bis in idem**.

Veja-se:

"PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DECRETO-LEI Nº 201/67. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE. ART. 61, II, G, DO CP. **BIS IN IDEM**. PENA DE INABILITAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

*I - Configura **bis in idem** a incidência da agravante inserta no art. 61, II, g, do Código Penal (ter o agente cometido o crime 'com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão') ao crime cometido por Prefeito **ratione officii** (Precedente).*

II - De outro lado, no que toca à alegação de que estaria destituída de fundamentação a aplicação da pena de inabilitação, incide, ao caso, a Súmula 284 do c. Pretório Excelso, haja vista não estar devidamente fundamentada a irresignação neste ponto, não tendo sido sequer apontado qual o preceito de lei federal que teria sido violado pela e. Corte de origem.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido."

*(REsp nº 1.042.595/SP, Relator o Ministro **FELIX FISCHER**, DJe de 29/3/2010)*

Da mesma forma, não prevalece a agravante do art. 62, I, do Código Penal, a qual se aplica somente nos delitos cometidos por mais de uma pessoa.

Isto porque, não consta no acórdão recorrido qualquer elemento a demonstrar a participação de José Paulo Azevedo na consumação do crime de que se cuida, sendo a ele atribuída tão só a conduta de dirigir o veículo que já teria sido apropriado indevidamente pelo magistrado.

Assim, acompanho o voto do relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 297.569 - RJ (2000/0143997-9)

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Sra. Ministra Presidente, acompanho o voto do Relator, não conhecendo do recurso especial em relação a José Paulo de Azevedo Machado e conhecendo em parte e, nessa parte, dando-lhe parcial provimento em relação a Nicolau Cassiano Neto, reconhecendo, de ofício, quanto a este, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA

Número Registro: 2000/0143997-9

REsp 297.569 / RJ
MATÉRIA CRIMINAL

Número Origem: 494

PAUTA: 15/06/2010

JULGADO: 14/12/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP)**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR MENDES DE SOUSA**

Secretário

Bel. **ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : NICOLAU CASSIANO NETO
ADVOGADA : THALITA FONTES MESQUITA ACATAUASSÚ NUNES E OUTRO(S)
RECORRENTE : JOSÉ PAULO DE AZEVEDO MACHADO
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: Penal - Crimes contra a Administração Pública (art. 312 a 359 - H)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento após voto-vista do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues não conhecendo do recurso especial em relação a José Paulo de Azevedo Machado e conhecendo em parte e, nessa parte, dando parcial provimento ao recurso especial em relação a Nicolau Cassiano Neto e, de ofício, reconhecendo a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva deste último, e os votos da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e do Sr. Ministro Og Fernandes no mesmo sentido, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial em relação a José Paulo de Azevedo Machado e conheceu em parte e, nessa parte, deu parcial provimento ao recurso especial em relação a Nicolau Cassiano Neto e, de ofício, reconheceu, quanto a este último, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) (voto-vista), Maria Thereza de Assis Moura e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 14 de dezembro de 2010

ELISEU AUGUSTO NUNES DE SANTANA
Secretário