

7. PARECERES E TRABALHOS FORENSES

7.1

EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO ESPECIAL

Tipicidade e possibilidade jurídica. Teoria da asserção. Retorno do processo ao Tribunal *a quo* para julgamento do mérito.

ADA PELLEGRINI GRINOVER

SUMÁRIO: 1. Consulta: 1.1 Quesitos – 2. Parecer: 2.1 Efeito devolutivo e recurso especial; 2.1.1 Delimitação (genérica) do efeito devolutivo; 2.1.2 Recurso especial: escopos e pressupostos de admissibilidade (em particular o tema do denominado pré-questionamento); 2.1.3 Efeito devolutivo do recurso especial, julgamento da causa e aplicação do direito à espécie; 2.1.4 Tipicidade e possibilidade jurídica no processo penal; 2.1.5 Divergência no julgamento da apelação – 3. Resposta aos quesitos.

1. A consulta

Honra-me o eminente advogado xxx encaminhando consulta, acompanhada de documentos, com pedido de parecer, em nome de xxx, relativamente a ação penal intentada pelo Ministério Público Federal, na qual o consulente e xxx foram denunciados como incurso no art. 17, *caput*, da Lei 7.942/86, em razão de operações de empréstimos que teriam sido feitas por empresa administradora de consórcio a outra empresa do grupo xxx.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi acolhido em relação ao consulente, para o fim de condená-lo às penas de “um ano e quatro meses de reclusão e vinte dias-multa”, sendo xxx absolvido. Inconformado, o consulente apelou sustentando, em síntese: a) atipicidade do fato e b) exclusão da culpabilidade por erro de proibição escusável.

O apelo, em votação unânime, foi conhecido e provido para absolver o consulente, constando da ementa o fundamento encampado, isto é, a “atipicidade da conduta quando o empréstimo ou adiantamento recai sobre recursos próprios”. Cumpre ressaltar que, no julgamento perante o Tribunal Regional Federal, a tese da atipicidade foi adotada por dois dos julgadores que compuseram a Turma julgadora, os quais, portanto, não examinaram a tese do erro de proibição (excludente de culpabilidade), tese esta que, contudo, serviu de fundamento para o terceiro dos integrantes da Turma. De qualquer forma, repita-se, a absolvição foi decretada de forma unânime.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso especial que, de início e por votação unânime, foi conhecido e provido para restabelecer a

sentença singular, ao argumento de que o fato seria típico, consignando-se, na ementa, ser "indiferente que os recursos destinados ao empréstimo sejam de propriedade da própria administradora ou dos consorciados". A questão da exclusão da culpabilidade pelo erro de proibição não foi apreciada.

Não obstante os embargos declaratórios que o consulente manifestou, a condenação restou mantida agora por maioria de votos, havendo voto no sentido de trancamento da ação penal, bem como no sentido de que os autos baixassem ao Tribunal Regional Federal, para apreciação do fundamento da exclusão de culpabilidade por erro escusável de proibição.

Assim relatado o assunto, o consulente formula os quesitos abaixo arrolados, que versam exclusivamente sobre questões processuais postas nos autos.

1.1 Quesitos

1. Considerando o conteúdo do recurso de apelação interposto pelo consulente, bem como a conclusão e fundamentos adotados pelo Tribunal Regional Federal, será correto afirmar que a tese da exclusão da culpabilidade não chegou a ser apreciada pelo acórdão editado por aquela Corte, por resultar prejudicada?

2. Seria correto afirmar que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal conteria um "voto vencido"?

3. No julgamento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, que ficou restrito à tese da (a)tipicidade do fato, poderia o Superior Tribunal de Justiça ter restabelecido diretamente a sentença condenatória de primeiro grau?

4. A rejeição dos embargos declaratórios, por voto de desempate e contra voto do relator (este reconhecendo o equívoco ao se restabelecer a sentença monocrática), pode ser considerada correta?

Bem examinada a questão, inclusive pelos documentos que a instruem, passo a proferir meu parecer, que se cingirá, tanto quanto as indagações formuladas, exclusivamente aos aspectos processuais já destacados.

2. Parecer

2.1 Efeito devolutivo e recurso especial

2.1.1 Delimitação (genérica) do efeito devolutivo

Como se sabe, e já tivemos oportunidade de observar no âmbito doutrinário, o chamado *efeito devolutivo* dos recursos "importa em transferir ao órgão *ad quem* o conhecimento da matéria (total ou parcial) já submetida ao julgamento do órgão inferior".¹ Dito efeito, pode-se dizer, é inerente a toda e qualquer modalidade recursal,

⁽¹⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, *Recursos no processo penal*, São Paulo, RT, 1996, p. 51.

embora nos diferentes tipos de recurso previstos pela lei possa apresentar particularidades, algumas dignas de nota, conforme mais adiante será examinado.

É igualmente sabido que, o mencionado efeito comporta duplo enfoque: em *extensão* (horizontalmente) e em *profundidade* (verticalmente). Conforme observou José Carlos Barbosa Moreira, “delimitar a extensão do efeito devolutivo é precisar o *que* se submete, por força do recurso, ao julgamento do órgão *ad quem*; medir-lhe a profundidade é determinar *com que material* há de trabalhar o órgão *ad quem* para julgar”.²

Nessa linha de raciocínio, a *extensão* do efeito devolutivo é dada pela *extensão da impugnação*. Como já dissemos, nessa perspectiva, “o conhecimento do tribunal é limitado pela matéria impugnada pelo recorrente”.³ Assim, segundo observou, mais uma vez, Barbosa Moreira, “como não se concebe que a extensão da matéria impugnada seja *maior* que a matéria decidida, o julgamento do tribunal (...) nunca terá objeto mais extenso que o da sentença apelada (da decisão recorrida, poderíamos acrescentar, genericamente falando)”.⁴

Quanto à devolução em sentido *vertical*, a regra – aqui, mais uma vez, falando genericamente – é a de que “a *profundidade* do conhecimento do tribunal é a maior possível: pode levar em consideração tudo que for relevante para a nova decisão. Por isso é que o brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum* (relativo à extensão do conhecimento) completa-se pelo acréscimo *vel appellari debebat* (relativo à profundidade)”.⁵

Dessa forma, a profundidade do efeito devolutivo permite – em princípio – o exame de questões suscitadas pelas partes, inclusive das *não decididas pela sentença*: tanto questões examináveis de ofício, quanto questões que, não tendo essa natureza, “deixaram de ser apreciadas, a despeito de haverem sido suscitadas e discutidas pelas partes”, para lembrar, uma vez ainda, Barbosa Moreira.⁶

Esses são, em suma, os limites genéricos – ou ordinários, por assim dizer – do denominado *efeito devolutivo* dos recursos. Contudo, para os fins da presente consulta, cumpre examinar se – e de que forma – isso opera no âmbito do *recurso especial*, considerando-se seus fins e suas peculiaridades. É o que se passa a fazer.

2.1.2 Recurso especial: escopos e pressupostos de admissibilidade (em particular o tema do denominado pré-questionamento)

O recurso *especial*, como se sabe, tem por função proteger o direito objetivo, mediante a aplicação dos preceitos de lei federal. Não busca ele salvaguardar

⁽²⁾ Cf. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, n. 237, vol. V, p. 383.

⁽³⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.

⁽⁴⁾ Barbosa Moreira, op. cit., n. 238, p. 383.

⁽⁵⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 52.

⁽⁶⁾ Cf. Barbosa Moreira, op. cit., n. 244, p. 397.

diretamente os interesses das partes, mas primordialmente os do próprio Estado. A exemplo do recurso *extraordinário*, ele se distingue dos recursos “ordinários” – como já tive oportunidade de ressaltar – porque, enquanto estes são instituídos apenas para realizar o princípio do duplo grau de jurisdição, possibilitando o reexame das decisões judiciais para implemento da garantia de sua justiça e para controle dos atos estatais, aquele resulta da exigência de um regime federativo, que supõe a dualidade legislativa e de Justiças, tendo o propósito de assegurar a unidade de aplicação da lei federal.⁷

Conforme ressalta a doutrina, tanto o *especial* quanto o *extraordinário* têm escopos semelhantes: figuram como verdadeiros instrumentos de censura, destinados mais a manter a coerência e unidade do sistema jurídico constitucional e federal, do que a reparar injustiça cometida no julgamento proferido pela instância subalterna. A instância desses recursos não configura propriamente um “terceiro grau” de jurisdição.⁸

O cabimento desses recursos vem disciplinado, de maneira taxativa, pelos arts. 102, III e 105, III, da Constituição da República. Como todo e qualquer outro recurso, estão eles sujeitos a pressupostos de admissibilidade; alguns gerais, outros específicos. Sob este último ângulo, a doutrina aponta três pressupostos ou condições de admissibilidade: “a) a existência de uma *causa*; b) existência de um *decisão* emanada de tribunal, em único ou último grau de jurisdição; e c) *existência de questão constitucional ou federal sobre a qual tenha versado, expressamente, mencionado ato decisório*”⁹ (grifei). O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, partindo desses postulados, consolidaram jurisprudência mediante a edição de considerável número de *súmulas* a propósito da matéria, que não fazem mais do que reafirmar o caráter excepcional de tais remédios.

Dentre esses pressupostos, e considerando os termos da consulta, interessa-nos particularmente o requisito mencionado na letra *c* supra (existência de *questão federal* sobre a qual tenha versado, expressamente, o ato decisório recorrido), que se traduz naquilo que se convencionou denominar de *pré-questionamento*. Este, consoante já tivemos oportunidade de salientar no campo doutrinário, consiste no “prévio tratamento do tema de direito federal pela *decisão recorrida*. Tal requisito decorre da própria natureza e finalidade política dessas impugnações, criadas para possibilitar o *reexame* de decisões *em que tivesse sido resolvida uma questão de direito federal*”¹⁰ (grifei). E mais:

“Não teria sentido, com efeito, que os tribunais superiores da República tivessem que examinar em primeira mão temas novos, não suscitados na ins-

(7) Cf. “Pré-questionamento na rescisória trabalhista”, in *Novas tendências*, p. 312.

(8) Cf. Nelson Nery Júnior, *Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos*, 3. ed., São Paulo, RT, p. 374.

(9) Cf. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, *Constituição de 1988 e processo – Regrimentos e garantias constitucionais do processo*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 114.

(10) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 271.

tância inferior. É o que a acentua a Súm. 282 do STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada'.

Frise-se que *a questão a ser levada ao STF ou ao STJ deve ter sido analisada na decisão recorrida*, não bastando, obviamente, sua arguição pela parte durante o processo ou nas razões do recurso ordinário⁽¹¹⁾ (grifei).

O tema do *pré-questionamento*, de sua parte, está intimamente relacionado com o tema do *efeito devolutivo* dos recursos extraordinário e especial, ao qual chegamos. É que, conforme já tivemos oportunidade de escrever, tais recursos "destinados que são à rediscussão de questões de direito federal, *possuem efeito devolutivo limitado, respectivamente, à matéria constitucional ou de lei ordinária que tenha ensejado sua admissão*"⁽¹²⁾ (grifei).

Dessa forma, "*somente os temas de direito enfrentados pelo tribunal a quo poderão ser reexaminados na instância superior*; assim como não é possível à parte alegar matéria não prequestionada (Súm. 282 do STF), *também não parece possível ao órgão julgador exceder os limites da devolução apreciando questões não ventiladas na decisão recorrida ou não abrangidas pelo apelo excepcional*"⁽¹³⁾ (grifei).

Nesse mesmo sentido, Nelson Nery Júnior observou que "como o texto constitucional fala serem cabíveis os recursos extraordinário e especial das causas decididas, *apenas o que estiver no corpo do acórdão é que pode ser objeto de impugnação pelas vias excepcionais dos recursos constitucionais*"⁽¹⁴⁾ (grifei).

Tudo isso, contudo, precisa ser examinado diante dos termos da hipótese versada na consulta que, como anteriormente indicado, traz as seguintes particularidades: a) em primeiro grau, houve duas alegações defensivas distintas – atipicidade e excludente de culpabilidade –, ambas rejeitadas pelo decreto de procedência da demanda; b) em segundo grau, foi decretada a absolvição com base em apenas uma das alegações – atipicidade; c) o recurso especial insistiu na tipicidade da conduta, sendo esse o seu único fundamento; d) o Superior Tribunal de Justiça, acolhendo a tese do recurso – mas sem apreciar o fundamento da excludente de culpabilidade (não constante do recurso especial) – restabeleceu diretamente o decreto monocrático.

Diante disso, a questão é saber se:

a) por força do recurso interposto, ficou devolvida ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça apenas a questão da atipicidade – matéria essa expressamente enfrentada pelo acórdão local e, portanto, submetida ao *pré-questionamento*;

b) a questão da atipicidade é, no caso concreto, questão atinente a uma condição da ação (possibilidade jurídica), e não questão de mérito;

⁽¹¹⁾ Idem, ibidem.

⁽¹²⁾ Idem, p. 298.

⁽¹³⁾ Idem.

⁽¹⁴⁾ Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 372.

ou

c) o efeito devolutivo do recurso especial – aqui considerado em *profundidade*, como já examinado – remeteu ao Superior Tribunal de Justiça também a questão da excludente da culpabilidade – matéria essa, a rigor, excluída do *prequestionamento*, uma vez que não foi versada pelo acórdão regional.

Adiante-se que a resposta a essas indagações deverá ser completada, ainda, com o exame de outro aspecto, que será tratado na seqüência (após o exame dos pontos acima indicados) *separadamente*:

d) a questão da excludente de culpabilidade foi *fundamento de um* dos votos constantes do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal. Assim, é também conveniente determinar se esse fundamento integraria – ou não – o acórdão local, determinando-se as repercussões dessa circunstância sobre o âmbito de julgamento do Superior Tribunal de Justiça.

2.1.3 Efeito devolutivo do recurso especial, julgamento da causa e aplicação do direito à espécie

É sabido que, no direito brasileiro, os recursos extraordinário e especial não se limitam necessariamente à anulação do julgamento recorrido. Nas palavras de Nelson Nery Júnior, “os nossos recursos constitucionais têm aptidão para modificar o acórdão recorrido. O provimento tanto do recurso especial quanto do extraordinário *tem como consequência fazer com que o STF e o STJ reforme ou anule o acórdão recorrido*”¹⁵ (grifamos). A propósito, já tivemos oportunidade de observar, no âmbito doutrinário:

“Finalmente, deve ser observado que no julgamento do recurso extraordinário ou especial o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso, não se limitam a *cassar* a decisão recorrida, devolvendo os autos para um novo julgamento. Isso somente ocorrerá quando, pela nova solução dada a questão de direito federal, ocorrer a decretação de uma nulidade processual. Fora dessa hipótese, o próprio tribunal superior, depois de fixado o entendimento que entende correto a respeito da *quaestio iuris*, *proferirá um novo julgamento da causa, à luz da tese adotada*”¹⁶ (grifei).

Lembrando o teor da Súm. 456 do STF (“O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa aplicando o direito à espécie”), completamos observando que, “em matéria criminal, se o STF ou o STJ concluem sobre a aplicabilidade ou inaplicabilidade de uma determinada regra, diferentemente do que havia sido decidido pelo julgado recorrido, *deverão extrair dessa conclusão todas as consequências cabíveis para o julgamento do caso, podendo impor penas, reduzi-las, aumentá-las ou cancelá-las*”¹⁷ (grifei).

⁽¹⁵⁾ Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 372.

⁽¹⁶⁾ Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 298.

⁽¹⁷⁾ Cf. op. e loc. citis.

Contudo, dizer que o STF e STJ – não sendo tribunais de cassação – devem prosseguir no julgamento e aplicar o direito à espécie não significa dizer que aqueles tribunais sempre o farão nas hipóteses em que, respectivamente, sejam conhecidos os recursos extraordinário e especial. É que tais recursos, como visto à saciedade, pautam-se por regras próprias, não podendo ser manejados como se simplesmente estivessem abrindo uma “terceira instância”.

Dessa maneira, para que os tribunais superiores – conhecendo dos recursos extraordinário e especial – possam “julgar a causa” e “aplicar o direito à espécie” (expressões da citada Súm. 456 do STF) *devem necessariamente estar presentes os requisitos exigidos para tais modalidades recursais*. Assim, se o recurso for conhecido e o julgamento da causa, por exemplo, depender de *reapreciação de fatos e provas*, não será possível prosseguir e “aplicar o direito à espécie”,¹⁸ sendo indispensável a anulação do acórdão recorrido e baixa dos autos à instância local.

O mesmo ocorre com o requisito do *pré-questionamento*, *não sendo possível que o STF e o STJ apreciem matérias não ventiladas no acórdão recorrido*. Nesse caso, como naquele acima cogitado, a única solução é a de se *anular o acórdão recorrido, baixando os autos ao tribunal local para apreciar a questão*; e isso, sob pena de se violar o contraditório (CF, art. 5.º, LIV) e a garantia do duplo grau de jurisdição, pela supressão de instância, afrontando-se, ademais, a regra inserta no art. 105, III, da CF, da qual se extrai a exigência do *pré-questionamento*.

Por isso é que, quando analisamos a questão no âmbito doutrinário, ressaltamos que o prosseguimento do julgamento, pelo STF e STJ, deverá ser feito “à luz da tese adotada”, extraíndo-se dessa conclusão todas as conseqüências “cabíveis para o julgamento do caso”. Vale dizer: a seqüência do julgamento continuará condicionada à presença dos pressupostos que autorizam o conhecimento dos outros temas que se apresentarem ao conhecimento do tribunal; se esses temas não puderem ser conhecidos (a questão, portanto, é de *limites da cognição*) impende seja determinada a volta dos autos à instância local. Esse, parece-nos, é o sentido que se deve dar ao enunciado contido na Súm. 456 do STF.

No caso submetido a consulta, o que se vê é que o STJ, ao afastar a alegação defensiva de atipicidade, *não poderia ter restabelecido a condenação imposta em primeiro grau, devendo, ao contrário, determinar o retorno dos autos ao tribunal local*.

Com efeito, ao afastar a tese da atipicidade, o STJ realmente não poderia passar a apreciar a tese da exclusão da culpabilidade. Essa matéria, considerando todo o exposto nos tópicos precedentes, não pode se considerar abrangida pelo efeito de-

⁽¹⁸⁾ Nesse sentido já decidiu o STJ, nos autos do REsp 17.646/RJ, inserto na *Revista de Jurisprudência do STJ* 34/423 *et seq.*, sendo relator o Min. Eduardo Ribeiro. No mesmo sentido: *RSTJ* 28/347 (rel. Eduardo Ribeiro).

volutivo do recurso especial. Como visto, não se aplicam a essa modalidade de impugnação as regras gerais contidas nos parágrafos do art. 515 do CPC (aqui, em tese pertinentes, porque contêm princípios da teoria geral dos recursos). Somente ficam devolvidas ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça as questões decididas pelo acórdão recorrido porque, do contrário, seria preciso desconsiderar a exigência do *pré-questionamento*. E, não tendo o acórdão regional apreciado a questão do erro escusável de proibição (excludente de culpabilidade), não poderia essa mesma questão considerar-se inscrita no efeito devolutivo do recurso especial, não podendo mesmo ser tratada pela Corte Superior.

No caso do recurso especial, o raciocínio não pode ser o mesmo da apelação, onde o efeito devolutivo em profundidade transfere ao tribunal todas as questões, ainda que não decididas. No caso da apelação, não vigora a exigência do *pré-questionamento* que, nesse caso, não poderia mesmo existir porque o Tribunal Regional Federal se calçou exclusivamente na tese da atipicidade, não lhe sendo possível ou necessário apreciar a tese – logicamente subseqüente – da exclusão de culpabilidade.

E, ainda sob esse aspecto, não pode haver dúvida de que *o STJ não apreciou a matéria da excludente de culpabilidade*. Isso deve ser ressaltado diante da assertiva contida em um dos votos proferidos por aquela Corte Superior, ao ensejo dos embargos declaratórios: a matéria da exclusão da culpabilidade não seria estranha ao julgamento do Superior Tribunal de Justiça porque este, dando provimento ao especial, teria restabelecido e encampado a decisão monocrática que, por seu turno, teria apreciado a aludida questão.

O equívoco, parece-nos, é manifesto porque: 1.º) pelo chamado *efeito substitutivo* do recurso de apelação, a sentença foi substituída pelo acórdão do Tribunal Regional Federal, de tal modo que os termos da primeira não poderiam ser simplesmente “encampados” pelo acórdão do STJ; 2.º) o acórdão do Tribunal Regional Federal não julgou – como será demonstrado adiante – a questão da exclusão da culpabilidade. Assim, se a sentença foi substituída pelo acórdão e se o acórdão não julgou a questão, não haveria *o quê* o STJ “encampar”, nesse particular; 3.º) os fundamentos da sentença de primeiro grau não podem ser tidos como integrantes do acórdão do STJ pela singela razão de que a decisão monocrática foi alvo de recurso. Portanto, não poderia o STJ simplesmente adotar tais fundamentos, que precisamente eram o objeto do julgamento; 4.º) a prevalecer referida “adoção” estar-se-ia violando de forma direta as garantias da motivação das decisões (CF, art. 93, IX) e do contraditório (CF, art. 5.º, LV).

2.1.4 Tipicidade e possibilidade jurídica no processo penal

Mas, além disso, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, que o STJ pudesse prosseguir no julgamento, conhecendo de questões não versadas no acórdão recorrido (isto é, dispensando-se o requisito do *pré-questionamento*), mesmo

assim seria inviável decretar-se a condenação do consulente, porque o STJ, ao afastar a tese da atipicidade, descartou a ocorrência de impossibilidade jurídica do pedido, isto é, descartou a carência de ação. Assim sendo, não tendo havido julgamento do mérito, era crucial que o processo retornasse ao Tribunal Regional Federal, sob pena de o STJ estar conhecendo o mérito da causa sem que a Corte local o tivesse feito. Por outras palavras, a cognição empreendida para se reconhecer a tipicidade da conduta não permitia que, diretamente, o STJ passasse ao julgamento do mérito propriamente dito, sob pena de evidente supressão de um grau de jurisdição.

Ao descartar a atipicidade, o STJ descartou a ocorrência de carência de ação (impossibilidade jurídica do pedido), não lhe sendo dado passar diretamente ao julgamento do mérito sem que a alegação remanescente de excludente de culpabilidade tivesse sido adequadamente analisada (isto é, analisada pelo tribunal local).

Assim sendo, outra razão pela qual não pode prevalecer o acórdão do STJ (que restabeleceu diretamente a condenação do consulente) é o fato de que aquele aresto, ao afastar a tese da atipicidade, na realidade afastou a carência de ação – por impossibilidade jurídica do pedido – que, embora não explicitamente, fora reconhecida pelo Tribunal Regional Federal. Assim, se o STJ afastou a carência, não lhe era dado adentrar o mérito propriamente dito, sob pena de evidente supressão de um grau de jurisdição.

Esse argumento está calcado na premissa de que a tipicidade está relacionada com a *possibilidade jurídica* do pedido e, portanto, com uma das *condições da ação* – categoria que, como sabido, se opõe ao *mérito*. No caso submetido a consulta, isso realmente parece correto.

Em época precedente, tive a oportunidade de escrever que, no processo penal, o reconhecimento da atipicidade, ainda que declarada por ocasião da apresentação da denúncia (ocasionando sua rejeição), configuraria sentença de mérito, não se tratando de sentença de carência por impossibilidade jurídica do pedido. Naquela oportunidade, rejeitei a chamada teoria da asserção ou da *prospettazione*, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas segundo as afirmações do autor. Dando razão a Liebman e Dinamarco, sustentei, então, que “a ocorrência das condições da ação mede-se frente à efetiva existência das mesmas (não importa o momento procedimental em que for examinado), e não em face de sua simples afirmação – ou *prospettazione*”.¹⁹

Passado considerável tempo desde então, continuo a entender que a mera questão cronológica (momento procedimental) não interfere com a qualificação sob exame. Contudo, aderindo ao desenvolvimento doutrinário experimentado ao longo desses anos, reconheço que a distinção entre as categorias das condições

⁽¹⁹⁾ Cf. *As condições da ação penal*, São Paulo, Bushatsky, 1977, p. 50 *et seq* e 70 *et seq*

da ação e do mérito pode e deve ser feita *segundo o grau de cognição empregado no julgamento*.

Entre nós, coube a Kazuo Watanabe o desenvolvimento da teoria assertista, à luz da *cognição desenvolvida no processo*. Segundo o ilustre processualista, “as ‘condições da ação’ são aferidas no *plano lógico* e da mera asserção do direito, e a *cognição* a que o juiz procede consiste em simplesmente confrontar a afirmativa do autor com o esquema abstrato da lei. Não se procede, ainda, ao acerto do direito afirmado”.²⁰

Watanabe relacionou o tema das condições da ação com a *profundidade da cognição*, afirmando que a “superficialidade da cognição” em casos em que se reconhece *prima facie* a inviabilidade da pretensão do autor – é “incompatível com o julgamento do mérito no processo de conhecimento”. E, de forma proveitosa para os fins deste parecer, conclui Kazuo Watanabe:

“(…) se a carência for reconhecida pela cognição estabelecida no primeiro plano da coordenação entre processo e direito, isto é, da mera afirmativa do direito, no plano hipotético, o *Tribunal não poderá julgar as ‘demais’ questões de mérito, pena de flagrante supressão do duplo grau de jurisdição*”²¹ (grifei).

A teoria da asserção, vista sob o prisma da intensidade da cognição, encontrou partidários na doutrina brasileira mais recente. Dentre eles, José Roberto Bedaque afirmou que “se o juiz realizar *cognição profunda* sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, *terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão*”²² (grifei).

Também Flávio Luiz Yarshell observou que a “aferição das chamadas ‘condições da ação’ nada mais é do que *um exame, apriorístico e superficial, da própria relação material ou de dados relevantes colhidos no plano substancial*. Trata-se de um *juízo formulado com base em cognição não exauriente da controvérsia que, desde logo, pode antecipar o insucesso do pleito deduzido pelo demandante*”²³ (grifei).

Mesmo Cândido Dinamarco, que acima foi lembrado como opositor da teoria da asserção, em escrito mais recente, sugerindo a relação entre possibilidade jurídica, de um lado, e tipicidade, de outro lado, observou: “Sempre, porém, que o próprio direito a tutelar em juízo seja regido pela regra da tipicidade estrita”, que é precisamente o caso do Direito penal, “ter-se-á também a tipicidade de ação e, conseqüentemente, *a possibilidade jurídica a ser apurada caso por caso*”.²⁴

(20) Cf. Kazuo Watanabe, *Da cognição no processo civil*, São Paulo, RT, 1987, p. 69.

(21) Idem, ibidem, p. 71.

(22) Cf. *Direito e processo*, São Paulo, RT, 1995, p. 78.

(23) Cf. *Tutela jurisdicional*, São Paulo, Atlas, 1999, n. 17, p. 103.

(24) Cf. *Execução civil*, São Paulo, Malheiros, 1997, n. 252, p. 290.

E, de nossa parte, aderimos à teoria da asserção na ótica da profundidade da cognição, quando sustentamos, em obra recente, que a questão da prescrição pode não ser de mérito, quando a pretensão punitiva não seja examinada em profundidade, sendo a prescrição reconhecida em relação a uma pretensão hipotética. Assim, se o juiz não tiver examinado a pretensão punitiva em profundidade, decretando a prescrição de uma pretensão hipotética, afastada a prescrição em segunda instância, o processo deverá voltar ao órgão *a quo* para o exame do mérito.²⁵

A lição de Watanabe, secundada por Bedaque e Yarshell e por nós mesmos, parece aplicável ao caso submetido a consulta, onde o Tribunal Regional Federal – mesmo em cognição menos intensa e não exauriente – descartou, de forma peremptória, a tipicidade da conduta imputada ao consulente.

Embora o Tribunal Federal de Recursos tenha falado em “absolvição”, invocando o art. 386, III, do CPP, o certo é que a tipicidade foi descartada assim como posta pela denúncia, ou seja *in statu assertionis*. A questão de os recursos mutuados pela empresa a empresa coligada, serem próprios, e não de terceiros, não foi controvertida pelo Ministério Público. A denúncia jamais disse que os recursos seriam de terceiros. Entendeu haver tipicidade no simples fato do empréstimo. A tipicidade foi negada pelo Tribunal local e reconhecida pelo STJ, assim como afirmada pela denúncia (teoria da asserção). O caso é de carência da ação, por falta de possibilidade jurídica, devendo ser corretamente enquadrado na ausência de justa causa prevista no art. 43, I, do CPP.

A denúncia não imputou ao consulente fato que em tese constituísse crime (o mútuo da empresa a outra coligada, sem especificar que se tratava de recursos de terceiro). A questão de se tratar de recursos próprios não foi controvertida. Sendo os recursos próprios, e não de terceiros, o fato, em tese, não configurava crime. Assim decidiu o Tribunal Regional. Por isso, o STJ, ao afastar a atipicidade da conduta, reformou o decreto de carência de ação, competindo-lhe determinar a baixa dos autos para que a matéria residual da excludente de culpabilidade (esta sim autenticamente relativa ao mérito da questão) fosse adequadamente apreciada.

Nesse exato sentido, aliás, já decidiu o C. STJ:

*“Havendo no Tribunal estadual julgamento de extinção do feito por impossibilidade jurídica do pedido, impossível se mostra, no especial, analisar o mérito da causa. Afastado, nesta Corte, o motivo da decisão recorrida, devem os autos retornar ao tribunal de origem para prosseguimento no exame da apelação”*²⁶ (grifei).

E, em outro acórdão do mesmo Tribunal, assim se manifestou, em voto vencedor, o Min. Ruy Rosado Aguiar:

“O pronunciamento desta Turma limitou-se ao julgamento da questão posta em causa, qual seja, a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público

⁽²⁵⁾ Cf. Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, *Recursos no processo penal*, São Paulo, RT, 1996, p. 85.

⁽²⁶⁾ Cf. REsp 51.875/RJ, DJU 08.06.1998, p. 110, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

para promover a ação civil pública, reconhecida pelo E. TAPR. Conhecido e provido o apelo, foi 'afastada a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público'.

'Convém, porém, ficar explicitado que os autos retornarão à E. Câmara para que prossiga no julgamento das demais questões propostas no agravo de instrumento'".²⁷

2.1.5 Divergência no julgamento da apelação

Por fim, e como anunciado, resta examinar a questão que consiste em saber se o Tribunal Regional Federal teria julgado a questão da excludente de culpabilidade (donde uma eventual "divergência" no julgamento); o que é relevante na medida em que eventual resposta positiva poderia ser usada como argumento em favor da possibilidade de, desde logo, o STJ restabelecer a condenação de primeiro grau. Contudo, a resposta a essa indagação é negativa e afasta a possibilidade retro aventada.

De fato, *não se pode dizer que o tribunal local tenha apreciado a alegação defensiva de exclusão da culpabilidade*, até porque, como dito e ressaltado, entendeu aquela Corte tratar-se de fato atípico. E nem mesmo os fundamentos do voto do ilustre Des. Federal André Nekatschalow – que (tanto quanto os demais) absolveu o consulente, só que reconhecendo o erro escusável de proibição – altera esse quadro.

É que, como sabido, a *divergência juridicamente relevante* – isto é, aquela que configura interesse recursal – é tão-somente a que diz respeito à *conclusão* do pronunciamento, não à sua *fundamentação*. Tanto isso é correto que, falando acerca do cabimento dos embargos infringentes, já tivemos oportunidade de dizer que "se todos os votos concluíram pela condenação, *mas sob motivos diferentes*, não cabem os embargos. Na verdade, *faltaria no caso interesse em obter-se simplesmente uma modificação nos motivos que levaram ao resultado desfavorável*"²⁸ (grifei).

Nas palavras de Nelson Nery Júnior, "tem-se conhecimento da divergência por intermédio do conteúdo da declaração do voto vencido. *Importa aqui o aspecto quantitativo do voto vencido, vale dizer, sua conclusão*"²⁹ (grifei). Da mesma forma, Barbosa Moreira fala que *apura-se o desacordo pela conclusão do pronunciamento de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo*³⁰ (grifei). Assim, ainda, Vicente Greco Filho lembra ser possível "que um ou

(27) EDcl no REsp 177.965/PR (98/0042342-7).

(28) Cf. Grinover-Magalhães-Scarance, op. cit., p. 219.

(29) Cf. Nelson Nery Júnior, op. cit., p. 369.

(30) Cf. Barbosa Moreira, op. cit., p. 515.

mais juízes divirjam quanto à argumentação, não quanto à conclusão”, ressaltando que “o desacordo entre os juízes apura-se pela *conclusão* de cada votante, não pelas razões que invoque para fundamentá-lo”.³¹

No caso submetido a consulta, não se pode afirmar que o Tribunal Regional tenha apreciado a matéria relativa à exclusão de culpabilidade. Embora essa questão tenha sido devolvida (em profundidade) por força do recurso de apelação, o certo é que não chegou a ser adequadamente julgada porque, na conformidade dos votos que estabeleceram o fundamento da absolvição, prevaleceu a tese da atipicidade do fato, não sendo lógico ou necessário examinar-se – porque evidentemente prejudicada – a questão (subseqüente) do erro escusável de proibição.

Nem é correto afirmar que o acórdão editado pelo Tribunal Regional conteria um *voto vencido*. Tecnicamente falando, como visto, só se pode considerar como tal a divergência que repousa na parte dispositiva do acórdão; o que, claramente, não é o caso. Evidência disso é que não haveria *interesse recursal* para o consulente interpor recurso especial contra o aresto, diante da *ausência de prejuízo*. Sobre esse tema já tivemos oportunidade de observar que:

“Por tudo isso, a postulação de um conceito *unitário* do interesse em recorrer exige uma ótica antes *prospectiva*, em que se dá ênfase à *utilidade*, entendida como *proveito que a futura decisão seja capaz de propiciar ao recorrente*. Esta visão permite abranger todas as hipóteses, quer se trate de recursos das partes, quer de terceiros, quer do Ministério Público, enquanto fiscal da lei ou órgão de justiça”³² (grifei).

Por outro lado, não se pode confundir o pronunciamento de um dos integrantes do colegiado, de um lado, com a manifestação do colegiado propriamente dito, de outro. Nesse particular, é indiscutível que o *resultado* do julgamento, no TRF, foi o de absolvição do consulente pelo fundamento da atipicidade.

Dessa forma, no caso submetido a exame, o que se conclui é que o Tribunal Regional Federal não julgou a questão da exclusão de culpabilidade. Assim sendo, é natural que o recurso especial interposto pelo Ministério Público não tenha devolvido essa matéria ao STJ, não podendo o tema, portanto, ser apreciado naquele Tribunal Superior, quer porque não transferido ao respectivo conhecimento, quer porque ausente o requisito do pré-questionamento.

3. Resposta aos quesitos

1. Considerando o conteúdo do recurso de apelação interposto pelo consulente, bem como a conclusão e fundamentos adotados pelo Tribunal Regional Federal,

⁽³¹⁾ Cf. Vicente Greco Filho, *Direito processual civil brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1999, 2.º vol., p. 320.

⁽³²⁾ Grinover, Magalhães e Scarance, *Recursos no processo penal*, p. 53-54.

será correto afirmar que a tese da exclusão da culpabilidade não chegou a ser apreciada pelo acórdão editado por aquela Corte, por resultar prejudicada?

R. – É correto. Conforme exposto no parecer, a excludente de culpabilidade não pode ser tida como julgada pelo Tribunal Regional Federal, não obstante as considerações constantes dos fundamentos de um dos votos ali proferidos.

2. Seria correto afirmar que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal conteria um “voto vencido”?

R. – Não, pelas razões expostas ao longo do parecer.

3. No julgamento do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal, que ficou restrito à tese da (a)tipicidade do fato, poderia o STJ ter restabelecido diretamente a sentença condenatória de primeiro grau?

R. – Não, conforme fundamentos expostos no parecer. Ou seja, quer porque a questão da exclusão da culpabilidade não foi julgada pelo Tribunal Federal, não tendo havido pré-questionamento e não tendo sido devolvido seu conhecimento ao STJ; quer porque este C. Tribunal rejeitou um decreto de carência de ação (impossibilidade jurídica pelo não reconhecimento da tipicidade, assim como posta *in statu assertionis*).

4. A rejeição dos embargos declaratórios, por voto de desempate e contra voto do relator (este reconhecendo o equívoco ao se restabelecer a sentença monocrática), pode ser considerada correta?

R. – O correto teria sido adotar-se a solução encampada pelo voto do eminente Ministro-relator, determinando-se a volta dos autos ao Tribunal Regional Federal, para julgamento da matéria residual, concernente à exclusão da culpabilidade.

É o parecer.

São Paulo, 13 de março de 2000.