

Reforma e recursos especiais previamente interpostos



trabamos nesta semana um ponto bastante específico.

Depois de termos nos ocupado da retroatividade das

mudanças benéficas advindas da Lei nº 14.230/2021, que a nosso ver torna inquestionável a possibilidade de que a reforma alcance fatos pretéritos, passamos a refletir sobre implicações processuais presentes em casos em que a parte haja interposto recurso especial antes da sobrevinda da nova legislação.

Fazendo-nos mais claros, é trivial que, sendo a Lei de Improbidade direito federal, a discussão a seu respeito normalmente alcança seu apogeu perante o Superior Tribunal de Justiça. De igual modo, é conhecida a posição jurisprudencial do referido tribunal no sentido de não admitir o enfrentamento de fato ou direito supervenientes mercê da falta de seu prequestionamento (AgInt nos EAREsp 129.858/RS, Primeira Seção, DJe 25/10/2019), por mais impossível que seja o prequestionamento do que até então inexistente. Eis, então, o ponto nodal: face àquele entendimento, de que meios disporia a parte que houvesse interposto recurso especial antes da reforma — e ainda pendente de julgamento — para pretender fazer incidir, sobre seu caso concreto, as mudanças empreendidas pela Lei nº 14.230/2021?

O questionamento revigora o estudo da profundidade da devolutividade em sede de recurso especial. Parte da doutrina [\[1\]](#) advoga há tempos em desfavor de uma dimensão translativa como parte integrante dessa devolutividade, argumentando que a Constituição Federal, norma hierarquicamente superior ao Código de Processo Civil, ressaltaria, com a exigência do prequestionamento, a não preclusão de questões de ordem pública. Mais bem explicando, segundo aquele entendimento, dado que o recurso especial somente poderia ser conhecido na extensão da matéria impugnada que se fez constar do aresto recorrido, disso decorreria que o ponto a respeito do qual a decisão houvesse silenciado não teria seu enfrentamento autorizado, ainda que se tratasse de matéria de ordem pública, carecendo o especial, pois, de efeito translativo ou devolutivo profundo em razão do necessário prequestionamento.

Outra parcela da doutrina [2], todavia, passou a flexibilizar esse entendimento, enxergando o prequestionamento apenas e tão somente como pressuposto recursal não limitador de efeitos do recurso, de sorte que, caso o recurso especial fosse admitido, por qualquer fundamento que fosse, estaria aberta a vereda para que o Superior Tribunal de Justiça conhecesse de eventual matéria de ordem pública, ainda que não prequestionada pelo tribunal ordinário ou aventada no recurso especial. Com o reforço de Barbosa Moreira [3], essa linha de pensamento afirmou que, ainda antes da Constituição de 1988 e da criação do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal não seguiu o modelo da corte de cassação francesa, se alinhando com o modelo argentino, isto é, resolvida a questão ensejadora do mérito recursal, em vez de remeter os autos às instâncias ordinárias para julgamento das demais questões, deveria o tribunal, de pronto, julgar a matéria de fundo, visão essa que contemplaria posteriormente o Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, o entendimento oscilou. Num primeiro momento, prevaleceu a tese de que mesmo questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício, somente poderiam ser examinadas em sede de recurso especial se houvesse prequestionamento pelas instâncias ordinárias [4]. A partir de 2005, porém, a 2ª Turma [5] passou a admitir o enfrentamento de matéria ordem pública, não prequestionada, desde que o recurso especial houvesse sido admitido, atribuindo-se efeito translativo ao especial. Em outras palavras, ultrapassada a admissibilidade quanto a violações outras, estaria a corte autorizada a conhecer de ofício de matéria de ordem pública que não fora objeto do acórdão recorrido ou, mesmo, do especial. Posteriormente, a 1ª Turma [6] e as turmas integrantes da 2ª Seção [7] também passaram a encampar a tese em seus julgados.

Essa mudança de entendimento encontrou calço, além da doutrina exposta anteriormente, na aplicação analógica da súmula 456 do Supremo Tribunal Federal [8] e no artigo 257 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça [9], que estabelecem a hipótese de, admitido o gênero recurso extraordinário (de que é espécie o recurso especial), os tribunais julgarem a causa aplicando o direito à espécie.

Esse raciocínio se assenta justamente na premissa de que o gênero recurso extraordinário possui, sim, efeito devolutivo amplo, profundo — integrado, como dissemos, por que alguns chamam de efeito translativo. Isso quer dizer que, superados os óbices à admissibilidade, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o mérito recursal, não ficariam adstritos nem aos fundamentos da decisão recorrida, nem aos fundamentos do recurso, podendo, mesmo, valer-se de argumento não suscitado pela parte, como, por exemplo, matéria de ordem pública.

Seria possível dizer, então, que o entendimento pela atribuição de efeito translativo — ou de amplo efeito devolutivo — ao recurso especial que houvesse superado a admissibilidade, a autorizar o conhecimento de matéria de ordem pública pelo Superior Tribunal de Justiça mesmo não prequestionada, caminhava para a consolidação no seio da corte, não fosse pelo fato de a Corte Especial, a despeito dos julgados das turmas, ter proferido acórdãos [10], entre 2008 e 2012, em embargos de divergência, retomando o entendimento original, no sentido de que mesmo questões de ordem pública, para serem conhecidas em sede de recurso especial, exigiriam prequestionamento específico.



O ruído, felizmente, não parece ter perdurado, tendo a Corte Especial, posteriormente, e inclusive bastante recentemente, consagrado o entendimento de que, superada a admissibilidade do especial, deveria o tribunal aplicar o direito à espécie, podendo inclusive valer-se de elementos não integrantes do acórdão recorrido ou das razões recursais, desde que para a citada aplicação fosse desnecessário reexame de fatos e provas (AgInt nos ERESp nº 1.331.115/RJ, DJ de 10/12/2021).

Em arremate, tendo o direito superveniente — notadamente *pro reo* — como questão de ordem pública (artigos 342, I, e 933 do Código de Processo Civil), cognoscível de ofício, temos para nós que, a exemplo de decisões como as que têm sido proferidas pelo ministro Og Fernandes no que toca às mudanças relativas à prescrição em improbidade, deveria ser sublimada a exigência de prequestionamento. Sem embargo, a prevalecer o entendimento sobre a exigência de prequestionamento, uma vez superada a admissibilidade do especial, a aplicação do direito à espécie, ou a profundidade da devolutividade do especial, contemplaria as mudanças benéficas advindas com reforma levada a efeito pela Lei nº 14.230/2021.

[1] ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2000, p. 232-233.

[2] Nesse sentido, Egas Dirceu Moniz de Aragão, José Frederico Marques, Paulo Henrique dos Santos Lucon, Fredie Didier Jr. A compilação foi feita por NOLASCO, Rita Dias. *Aspectos polêmicos dos recursos cíveis*. In: Série Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. Coord. Nelson Nery Jr. e Tereza Arruda Alvim Wambier. V. 10. São Paulo: RT, 2006, p. 485-486. Ainda: MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Atuação de ofício em grau recursal*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 253.

[3] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 678.

[4] STJ, Terceira Turma, AgRg no AG 190.434, rel. Minº Eduardo Ribeiro, DJ de 13.9.1999; STJ, Segunda Turma, AgRg no AG 286.074, rel. Minº Eliana Calmonº

[5] "2. A mais recente posição doutrinária admite sejam reconhecidas nulidades absolutas *ex officio*, por ser matéria de ordem pública. Assim, se ultrapassado o juízo de conhecimento, por outros fundamentos, abre-se a via do especial (Súmula 456/STF)." STJ, Segunda Turma, REsp 485.969, rel. Minº Eliana Calmon, DJ de 4.10.2005.



[6] "1. As matérias de ordem pública, ainda que desprovidas de prequestionamento, podem ser analisadas excepcionalmente em sede de recurso especial, cujo conhecimento se deu por outros fundamentos, à luz do efeito translativo dos recursos. Precedentes do STJ: REsp 801.154/TO, DJ 21.05.2008; REsp 911.520/SP, DJ 30.04.2008; REsp 869.534/SP, DJ 10.12.2007; REsp 660519/CE, DJ 07.11.2005. 2. Superado o juízo de admissibilidade, o recurso especial comporta efeito devolutivo amplo, já que cumprirá ao Tribunal "julgar a causa, aplicando o direito à espécie" (Art. 257 do RISTJ; Súmula 456 do STF)." STJ, EDcl no AgRg no REsp 1043561, rel. para o acórdão Minº Luiz Fux, DJ de 28.2.2011.

[7] A ilustração se faz por aresto da Quarta Turma: "1. A análise da prescrição, mesmo sendo matéria de ordem pública, não dispensa o necessário prequestionamento. 2. Por força do efeito translativo, esta matéria poderia ser analisada se o recurso especial superasse o juízo de admissibilidade, o que não se verifica na hipótese." STJ, Quarta Turma, AgRg no Ag 1.357.618/SP, rel. Minº Maria Isabel Gallotti, DJ de 4/5/2011.

[8] STF Súmula nº 456 – 01/10/1964 – DJ de 8/10/1964, p. 3647; DJ de 9/10/1964, p. 3667; DJ de 12/10/1964, p. 3699. Conhecimento – Recurso Extraordinário – Aplicação do Direito. O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

[9] "Artigo 257 – No julgamento do recurso especial, verificar-se-á, preliminarmente, se o recurso é cabível. Decidida a preliminar pela negativa, a Turma não conhecerá do recurso; se pela afirmativa, julgará a causa, aplicando o direito à espécie".

[10] "3. Tal como decidido no acórdão embargado, o Superior Tribunal de Justiça é firme em que, na instância especial, é vedado o exame de matéria, inclusive de ordem pública, que não tenha sido objeto de discussão na origem (...)." AgRg nos EREsp 787.696, rel. Minº Hamilton Carvalhido, DJ de 20.10.2008. No mesmo sentido: "A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame *ex officio* de questão não debatida na origem, ainda que se trate de matéria de ordem pública, como a prescrição." AgRg nos EDcl nos EAg 1127013/SP, rel. Minº Cesar Asfor Rocha, DJ de 23.11.2010; e, ainda, o EREsp 999.342, rel. Minº Castro Meira, DJ de 1.2.2012.

Date Created

14/01/2022