

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC – SP
PÓS-GRADUAÇÃO “*LATO SENSU*” EM DIREITO PROCESSUAL
CIVIL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE

SÃO PAULO

2015

SERGIO HELENA FILHO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação '*Lato Sensu*', Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

SÃO PAULO

2015

SERGIO HELENA FILHO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE

Monografia apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para aprovação no Curso de Pós-Graduação '*Lato Sensu*', Especialização em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz.

São Paulo, ____/____/____.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço, imensamente, aos meus genitores, Sergio e Heloisa, pelo zelo despendido ao longo desses anos e pela oportunidade a mim conferida de poder cursar, numa das maiores e melhores instituições de ensino do país, uma Pós-Graduação de qualidade e renome;

À minha irmã Izabella, pela paciência e compreensão em momentos de angústia e aflição;

À minha amada Ana Cláudia, pela presença e cumplicidade nos momentos necessários;

À Professora Doutora Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz, profissional e catedrática de direito ímpar, modelo de profissional, pelas lições, palestras, aulas, debates e orientações por mim absorvidos ao longo dos anos de especialização.

Aos meus amigos e colegas de profissão e de Pós-Graduação, Marco, Theodoro e Wellington pelos exaustivos mas enriquecedores e prazerosos embates realizados durante as aulas.

Dedico esta monografia aos meus genitores, Heloisa Ferreira Machado Helena e Sergio Helena, por representarem a referência ética e moral pela qual busco pautar minha vida.

“Dentre os homens da Justiça, é, talvez, o advogado, o mais sofrido. Começa por ter de escutar, com paciência, as pretensões e as queixas, nem sempre razoáveis, dos clientes. Diligencia junto aos funcionários da justiça para conseguir o breve andamento de suas causas, e tem de estar atento às surpresas que comumente surgem, no seu curso. Os membros do Ministério Público opinam sobre a legalidade de suas petições. Os juízes dizem o direito aplicável e forçam-no a recorrer, quando a decisão é contrária ao seu cliente, ou a sustentá-la, se favorável. Mais que tudo, porém, sofre o tormento dos prazos, contados, indiferentemente, por dias úteis e feriados forenses, o que lhes confere o privilégio às avessas de ser um dos raros trabalhadores neste País que não têm o direito ao repouso semanal, nem mesmo gratuito.”

(Theotonio Negrão)

RESUMO

Os embargos de declaração constituem recurso de relevante importância no processo civil como instrumento apto e adequado a extirpar omissão, contradição e obscuridade, capaz de macular ou impedir o cumprimento da decisão embargada. Contudo, é certo que, por vezes, o remédio aclaratório transcende seus limites e hipóteses de cabimento para além da permissão contida no artigo 535 do Código de Processo Civil. Com base nessa premissa, objetiva o presente artigo identificar os motivos que ensejam o reconhecimento do efeito modificativo e infringente do julgado nos embargos de declaração, assim como o seu provimento pelo órgão julgador, visando, sobretudo, a um procedimento judicial célere e eficaz. Respeita-se, assim, o princípio indelével da duração razoável do processo sem a necessidade de interposição de outro recurso com o mesmo propósito já reconhecido atipicamente no aludido remédio em discussão.

Palavras-chave: embargos de declaração, omissão, contradição, obscuridade, efeito modificativo, efeito infringente, duração razoável do processo.

ABSTRACT

Declaration embargoes are relevant importance of action in civil proceedings as fit and suitable instrument to extirpate omission, contradiction and obscurity, able to macular or prevent fulfillment of the embargoed decision. However, it is true that, sometimes, the clarification remedy goes beyond its borders and hypothesis no place beyond the permission in Article 535, of the Civil Procedure Code. Based on this premise, this article aims to identify the reasons that lead giving effect of amending and infringing judged the requests for clarification, and the possibility of its provision by the judging body, aimed mainly at swift and effective prosecution. It respects, thus, the indelible principle of reasonable duration of the process without the need for bringing another resource with the same purpose already recognized atypically in the aforementioned remedy under discussion.

Key words: statement of embargoes, omission, contradiction, obscurity, amending effect, infringing effect, reasonable duration of the process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES GERAIS PRELIMINARES	
1.1 Antecedentes históricos e o surgimento dos embargos de declaração no direito pátrio.....	10
1.2 Natureza jurídica dos embargos de declaração.....	14
CAPÍTULO II – PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS PASSÍVEIS DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ESTREITA DO REMÉDIO ACLARATÓRIO E OS VÍCIOS QUE AUTORIZAM O SEU MANEJO	
2.1 Hipóteses de cabimento.....	18
2.1.1 Obscuridade.....	21
2.1.2 Contradição.....	22
2.1.3 Omissão.....	24
2.2 Erro material.....	29
2.3 Erro de fato.....	30
2.4 Pronunciamentos judiciais embargáveis de declaração.....	33
CAPÍTULO III – EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS ASPECTOS FORMAIS	
3.1 Efeito devolutivo.....	36
3.2 Efeito suspensivo.....	38
3.3 Efeito interruptivo do prazo.....	40
3.4 Efeito infringente e modificativo do julgado.....	44
3.5 Prazo.....	48
3.5.1 Prazo em dobro e o e-processo.....	50
3.6 Preparo e a sua exigência nos embargos de declaração protelatórios.....	56
3.7 Contraditório.....	58
3.8 Pedido de reconsideração rotulado de embargos de declaração e a jurisprudência do STJ.....	62
CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	69

INTRODUÇÃO

O tema, tratado de forma sucinta no presente escólio, foi escolhido em razão da escassez de material, bem como pelo surgimento de novos entendimentos jurisprudenciais vinculados a ele.

O presente trabalho visa, sobretudo, analisar aspectos relevantes, controversos, atuais e pouco difundidos no âmbito jurídico contemporâneo, em especial os relacionados ao efeito infringente e modificativo conferido ao recurso aclaratório.

Ademais, como o tema estudado é um tanto quanto controvertido e muitas vezes causa espécie aos causídicos, porquanto algumas decisões a ele relacionados são pautados em proativismos judiciais, contrários a princípios comezinhos do direito, à dignidade da Justiça, bem como ao *due process of law* é que serão abordadas questões práticas dos problemas encontrados no dia a dia forense pelos operadores do direito.

Desta feita, o primeiro capítulo tratará de aspectos gerais que norteiam o tema, tais como a natureza jurídica conferida atualmente aos embargos de declaração, bem como aqueles vinculados ao seu nascedouro, reconhecimento e aplicação no direito pátrio.

Já o segundo capítulo versará sobre as hipóteses típicas e atípicas de cabimento dos embargos de declaração, assim como os pronunciamentos judiciais embargáveis.

No terceiro e derradeiro capítulo serão apresentados os efeitos recursais conferidos aos embargos de declaração e analisados alguns dos aspectos formais necessários ao seu recepcionamento e acolhimento. Outrossim, será destacada a crescente corrente jurisprudencial, firmada pelo Tribunal da Cidadania, no que diz respeito à não interrupção do prazo recursal quando for reconhecido o pedido de reconsideração da decisão embargada na peça rotulada de embargos de declaração e suas consequências no âmbito jurídico.

Ressalta-se que todo o exposto buscou estudar aspectos formais, conceituais e práticos do tema, relacionando os importantes tópicos a ele vinculados.

Assim, espera-se tratar o tema de maneira contextualizada, por meio de princípios contemporâneos imperativos no direito processual civil, especialmente os da instrumentalidade das formas, bem como os da celeridade e efetividade processuais.

CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES GERAIS PRELIMINARES

1.1 Antecedentes históricos e o surgimento dos embargos de declaração no direito pátrio

Os breves aspectos históricos que serão doravante expostos não possuem o condão de exaurir o tema, tampouco tornar o presente estudo prolixo ou enfadonho. Muito pelo contrário. O objetivo é tão somente melhor explicar e compreender os embargos de declaração e, sobretudo, nos fazer refletir sobre sua evolução legislativa até os dias atuais.

Deste modo, como o presente trabalho pretende analisar, de forma singela, os aspectos inerentes apenas aos embargos de declaração, é que serão abordados só os conceitos intimamente ligados a eles.

Mister é, pois, que se faça uma pequena digressão sobre o conceito etimológico, a origem e a evolução dos embargos de declaração em nosso ordenamento jurídico.

Os embargos de declaração vistos hoje por aqui, surgiram, diferente do que a maioria pensa, no direito lusitano, porquanto vigorou no Brasil Colônia, principalmente, o direito português, por razões óbvias¹.

Convém gizar, igualmente, que, diferentemente da grande maioria dos institutos processuais, cuja origem está vinculada ao direito romano, não se conheceu, entre os doutrinadores, semelhante mecanismo naquele direito. Isto porque em Roma, quando proferida a decisão, terminava-se o ofício do juiz que não podia, em hipótese alguma, corrigir a sentença lançada².

Com efeito, como a palavra embargos sempre foi empregada na legislação para regular situações distintas impende assinalar que, na etimologia aplicável à época, ou seja, no antigo direito português, possuía diversas significações.

Entre elas, segundo preleciona Antonio Carlos Silva, pode-se destacar: I – um meio de impedir ou suspender o uso de bens ou a prática de algum ato; II – um meio de impedir a livre circulação de mercadorias, bens ou direitos; III – um instrumento processual dirigido ao juiz prolator da sentença ou decisão, objetivando sua anulação ou reforma; IV – um meio de defesa de direitos contra atos do Poder Público; V – um instrumento utilizado pelo devedor

¹ SILVA, Antonio Carlos. Embargos de Declaração no Processo Civil. 2 edição, rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 5-20.35.

² Idem, p.35.

para opor-se à execução; VI – um meio de o terceiro defender a posse de um bem ou impedir a edificação de obra nova³.

Extrai-se, num primeiro momento, que, de todas as diferentes aplicações práticas ou até mesmo da interpretação do conceito de embargos na antiga legislação portuguesa, é forçoso reconhecer que em todas elas há, ao menos, um ponto em comum. Isto é, toda vez que o legislador constituinte empregou o vocábulo embargos no corpo da lei, com toda certeza ele o fez com o propósito de criar um instituto ou mecanismo jurídico capaz de atacar o pronunciamento judicial, no todo ou em parte. Ou seja, buscou um meio que possibilitasse às partes, já em sua origem, a revisão, ou melhor, a correção da decisão pelo prolator, visando, sobretudo, a uma melhor reflexão sobre o provimento jurisdicional.

Ademais, Moacyr Lobo da Costa esclarece que “é ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico, nem nos ordenamentos jurídicos dos diversos povos da civilização ocidental, que se formaram em decorrência da interpretação daqueles três grandes sistemas, de que no fundo são todos tributários”⁴.

Para José Veríssimo Álvares da Silva, “o uso do Foro é que introduziu o remédio suspensivo dos embargos, com o pretexto de que o Juiz podia declarar o que não era claro na sua sentença. Isto se fez mais preciso quando as Cortes ou Tribunais de Apelação deixaram de ser deambulatórios e começaram a ser estáveis”⁵.

Por isso mesmo é que, para indigitado autor, referido remédio processual provém do Livro 3 (regulamentava o processo civil), Título 105 (128 no total) da Ordenação Afonsina. “Os primeiros Embargos, de que fala a nossa legislação eram só modificativos, isto é, não ofendiam a sentença, ou as razões em que ela se estribava, e eram restritos à execução”⁶.

É bem por isso que se diz que o nascedouro dos embargos de declaração remonta do direito português.

Com efeito, as Ordenações Afonsinas, editadas no reinado de D. Afonso V, em 1446, nada mais eram do que o resultado de um compêndio de várias leis que não tinham caráter sistemático algum, mas tão somente visavam à reunião e ao registro formal das normas vigentes em seus inúmeros reinados.

³ *In ob. cit.*, p. 26-30.

⁴ *In Origem do Agravo no auto do Processo*, Arcadas, 1973, p. 162.

⁵ *Idem*, p. 162.

⁶ *Idem*, p. 163.

Isto posto, pode-se afirmar que é no Livro III, título LXIX, parágrafo 4^{o7} que se fez presente a primeira exceção à ideia de impedimento de correção do julgado, sobretudo acerca da possibilidade de afastamento de dúvidas verificadas em seu corpo, em razão de haver vocábulos obscuros ou ininteligíveis.

Toda evidência, para Bondioli⁸, foi devido às dificuldades existentes à época para a interposição da apelação. Elas fizeram crescer os pedidos de reconsideração ao próprio órgão julgador, com os quais, inclusive, guarda íntima e estreita relação o recurso aclaratório.

Para Moniz de Aragão, as “inúmeras dificuldades com que se debatiam as partes na interposição do seu apelo”, sem sombra de dúvidas, foi o que deu ensejo ao aparecimento dos “pedidos de reconsideração, endereçados ao próprio juiz prolator da sentença impugnada”⁹.

Em suma, a criação do instituto residiu na dificuldade que se tinha, oriunda dos antigos e rigorosos sistemas jurídicos, em impugnar ou atacar as sentenças. Surgiu, por este motivo, o pedido de reconsideração das sentenças e os embargos de declaração para aclará-las, ou, ainda, para modificá-las em algum ou alguns pontos (embargos modificativos), desde que com razão justificada, e também para revogar o pronunciamento judicial no todo ou em alguma parte (embargos ofensivos).

Tempos depois, e sob forte influência do direito português, é que os embargos de declaração foram incorporados à legislação pátria através dos artigos 639 e 641 a 643 do Regulamento 737 de 1850¹⁰.

Após isto, ou seja, em 1876, através da Consolidação de Ribas¹¹, houve nova evolução sobre os embargos por meio dos artigos 495, 496 e 1.499 a 1.514 do referido compêndio¹²,

⁷ Referido dispositivo era assim vazado: “e dizemos ainda que depois que o Julgador der huuma vez Sentença defenitiva em algum Feito, nam ha mais poder de ha revoguar dando outra contraria; e se a revoguassee, e desse outra contraira depois, a outra segunda será nenhuuma per Direito. Pero nam tolhemos, que se o Julgador der alguma Sentença duvidosa, por ter em sy algumas palavras escuras, e intrincadas, porque em tal caso as poderá bem declarar, porque outorguado he per Direito ao Julgador, que possa declarar, e interpretar qualquer Sentença per elle dada, ainda que seja defenitiva, se duvioza for; e nam somente a esse Julgador, que essa Sentença deu, mas ainda ao seu sobcessor, que lhe sobcedeo o Officio de julgar”.

⁸ *In.*, op. cit., p. 16.

⁹ *In* Embargos. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 35.

¹⁰ Determina a ordem do Juizo no Processo Commercial.

Referidos artigos assim dispunham:

Artigo 639 – Dentro de dez dias depois da publicação ou intimação da sentença (art. 235), poderão as partes opor embargos à sentença da 1ª instância somente se forem de simples declaração ou de restituição de menores.

Artigo 641 – Os embargos de declaração só terão lugar quando houver na sentença alguma obscuridade, ambigüidade ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que deveria haver condenação.

Artigo 642 – Em qualquer destes casos, requererá a parte por simples petição que se declare a sentença ou se expresse o ponto omitido de condenação.

Artigo 643 – Junta a petição aos autos, serão estes conclusos, e decidirá o juiz sem fazer outra mudança no julgado.

¹¹ Regulamentou a Consolidação das Leis do Processo Civil e foi introduzida pelo Conselheiro Antônio Joaquim Ribas em 28 de dezembro de 1876.

porém, mais abrangente, porquanto passível de impugnação, além da sentença, também as decisões interlocutórias e os despachos, a exemplo do que se evidencia hoje em nossa legislação.

Pouco mais de uma década depois nova alteração legislativa tratou dos embargos de declaração, desta vez nos artigos 682 e 683 da Consolidação Higino Duarte Pereira, aprovada pelo Decreto 3.084 de 05 de novembro de 1898¹³. Importante gizar que a regulamentação do remédio processual, neste caso, era praticamente idêntica à dada pelo famigerado Regulamento 737.

¹² A íntegra dos dispositivos referidos é a seguinte:

Artigo 495 – Publicada a sentença definitiva, o Juiz não poderá mais revogar nos mesmos autos, salvo por meio de embargos; e se o fizer, será nulla a segunda sentença.

Artigo 496 – Poderá, porém, o Juiz, ou o seu sucessor, declarar e interpretar a sentença duvidosa, ou em que haja algumas palavras escuras ou intrincadas.

Artigo 1.499 – Não se admitirão embargos, antes da sentença final, de quaisquer despachos, ou sentenças interlocutórias, compreendidos os lançamentos e as decisões sobre os agravos, quer proferidas pelas relações, quer pelos juízes. Exceptuam-se os embargos que nas causas sumárias servem de contestação da ação.

Artigo 1.500 – As sentenças definitivas podem ser embargadas por embargos ofensivos, modificativos ou declaratórios delas, salvo nos casos dos arts. 991 e 1.260.

Artigo 1.501 – Estes embargos devem ser oferecidos dentro de dez dias da hora em que a sentença foi publicada na presença das partes, ou de seus procuradores, ou da em que lhes foi intimada, estando ausentes.

Artigo 1.502 – É bastante pedir-se a vista para os embargos no prazo marcado no artigo antecedente, ainda que ella não se continue, ou não se cobrem os autos dentro do dito prazo.

Artigo 1.503 – Não são admissíveis segundos embargos a mesma sentença, excepto:

§ 1º - Os de suspeição, ou incompetência, quando a causa de suspeição nascer depois da sentença final, ou o feito tiver de ser julgado por algum juiz suspeito ou incompetente, que de novo nele intervenha.

§ 2º - Os de restituição.

§ 3º - Os de declaração.

Artigo 1.504 – Não se consideram segundos embargos os que não são opostos à sentença proferida sobre embargos, em que houve inovação da antecedente.

Artigo 1.505 – Se o juiz, vistos os embargos, julgar conveniente que as partes arrazoem sobre eles, mandará dar vista primeiro ao embargado e depois ao embargante.

Artigo 1.506 – Se forem dois embargantes, se dará vista ao que houver embargado em primeiro lugar, e depois ao outro embargante.

Artigo 1.507 – Se os embargos vierem remetidos de outro juízo, primeiro se concederá vista ao embargante e depois ao embargado.

Artigo 1.508 – Discutidos assim os embargos, se forem relevantes por sua matéria, o juiz os receberá logo, ainda que não venham provados.

Artigo 1.509 – Deverá, porém, despreza-los e mandar cumprir a sentença embargada nos seguintes casos:

§ 1º - Se são consistentes em matéria velha, na forma dos arts. 1.340 e 1.341.

§ 2º - Se são impertinentes, frívolos ou caluniosos.

Artigo 1.510 – Estes embargos se processarão sumariamente.

Artigo 1.511 – Quando os embargos se mostram plenamente provados pelos mesmos autos, devem logo ser recebidos e julgados provados.

Artigo 1.512 – Estes embargos correm suspensivamente nos mesmos autos, salvo nos casos dos arts. 730 e 85.

Artigo 1.513 – Os embargos devem ser articulados; e não podem ser oferecidos por simples petição, ou cota, salvo quando se oferece por embargos e a matéria independe de ser articulada.

Artigo 1.514 – Não se deve negar vista para embargos; salvo nos casos dos art. 1.503, princípio, e 1.509.

¹³ O diploma legal em testilha era assim vazado:

Artigo 682 – Dentro de dez dias depois da intimação da sentença, poderão as partes opôr embargos à sentença da 1ª ou 2ª instância somente se forem de simples declaração ou de restituição.

Artigo 683 – Os embargos de declaração só terão lugar quando houver nas sentenças alguma obscuridade, ambiguidade ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que deveria haver condenação.

Assim é que, com o advento do Código de Processo Civil de 1939, os embargos de declaração receberam tratamento uniforme em solo pátrio, através dos artigos 839, 840 (ausência de contraditório) e 862 (hipóteses de cabimento: obscuridade, contradição e omissão).

Contudo, com a promulgação da Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que instituiu o atual Código de Processo Civil, e que passou a vigorar a partir de 1º de janeiro de 1974, em razão do período de vacância, houve derrogação integral do antigo código (o de 1939). Neste conjunto de artigos e em sua redação original, os embargos de declaração revestiam-se de caráter dúplice, isto é, nos artigos 464 e 465¹⁴ eram oponíveis contra a sentença e tinham como propósito a correção e integração do ato decisório, motivo pelo qual não eram considerados, neste caso, como um recurso.

Por outro lado, receberam tratamento típico de recurso nos atuais artigos 496, IV, e 535 a 538, introduzidos em nosso ordenamento jurídico, respectivamente, em 25 de maio de 1990 através da Lei nº 8.038, e em 13.12.1994, em razão da promulgação da Lei nº 8.950.

Esses são, pois, em síntese, os comentários históricos sobre o remédio embargos de declaração, de modo que resta claro, portanto, que a criação, aplicação e utilização do instituto era e continua sendo um só: aprimoramento da prestação jurisdicional como um todo.

1.2 Natureza jurídica dos embargos de declaração

Conhecida discussão acadêmica vem à tona quando o assunto são os embargos de declaração e se relaciona à dificuldade que consiste em determinar sua própria natureza. Parte da doutrina, considerada mais conservadora, o intitula como recurso, enquanto outros imputam como sendo um mero instrumento integrativo serviente ao aperfeiçoamento das decisões judiciais.

Controverte-se, portanto, acerca da natureza recursal dos embargos de declaração, até mesmo a respeito da sua classificação ou terminologia.

¹⁴ Capítulo VIII – Da sentença e da Coisa Julgada, do Título VIII – Do Procedimento Ordinário, do Livro I.

Referidos dispositivos eram assim vazados:

Art. 464. Cabem embargos de declaração quando:

I - há na sentença obscuridade, dúvida ou contradição; II - for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se a sentença.

Art. 465. Os embargos poderão ser interpostos, dentro em quarenta e oito (48) horas, contadas da publicação da sentença; conclusos os autos, o juiz, em igual prazo, os decidirá. Parágrafo único. Os embargos de declaração não estão sujeitos a preparo e suspendem o prazo para a interposição de outro recurso por qualquer das partes.

Segundo Eduardo Talamini¹⁵, a polêmica sobre a natureza dos embargos de declaração, duas décadas atrás, estava vinculada ao fato de que, antes da reforma do código dos ritos, ocorrida em 1994, devido à promulgação da Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1994¹⁶, havia uma duplicidade de entendimento referente ao tema, isto é, uma inserida no título dedicado aos recursos (arts. 535 a 538), e a outra no capítulo concernente à sentença e à coisa julgada, na seção correspondente aos requisitos e efeitos da sentença (antigos arts. 464 e 465, revogados pela referida Lei).

Dito isto, os que defendem não ser os embargos de declaração um recurso na correta acepção jurídica do termo, entendem que, como eles atuam como mero mecanismo de integração judicial, onde, em tese, o que se busca não é a alteração substancial do julgado, não podem ser considerados, então, no sentido técnico de remédio, como um recurso.

Reforçam, ainda, dizendo que eles não ostentam caráter impugnativo, porquanto não visam combater, reformar ou cassar o julgado embargado.

Sérgio Bermudes¹⁷ expôs, nos idos de 1977, que, como os embargos de declaração destinam-se a reformar, ou a corrigir apenas a fórmula da sentença ou acórdão e não o seu conceito, não se pode considera-los, por esta razão, como sendo um recurso. Para ele, “seu escopo é somente aperfeiçoar a forma mediante a qual a vontade do juiz se exteriorizou, mas a decisão permanece imutável quanto ao conteúdo”.

Verifica-se, então, que a controvérsia sobre o instituto jurídico dos embargos cinge-se à questão de que eles não possuem, ou melhor, não têm força legal para realizar alterações substanciais no julgado, motivo pelo qual não podem ser considerados como recurso.

Ocorre, entretanto, que é justamente por força da natureza peculiar, pela qual se revestem os embargos, que certos autores negam sua natureza recursal.

Oportuno consignar outro relevante aspecto para fundamentar esse entendimento, ou seja, indigitado recurso não é de fundamentação livre, mas sim vinculada. Para Daniel Amorim¹⁸, o recorrente não poderá alegar qualquer matéria que desejar, devendo, obrigatoriamente, vincular suas razões recursais às hipóteses e matérias legais e expressamente previstas no código dos ritos.

¹⁵ Embargos de Declaração: efeitos. Artigo escrito em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. Disponível em: <http://www.academia.edu/231410/Embargos_de_declaracao_efeitos>. Acesso em: 14 de outubro de 2014.

¹⁶ Altera dispositivos do Código de Processo Civil, relativos aos recursos.

¹⁷ In Comentários ao Código de Processo Civil. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 7, p. 223-224.

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 496.

É exaustivo o rol de matérias que poderão ser aventadas neste caso, embora haja entendimento excepcional do STJ. Sua inobservância implica a inadmissibilidade do recurso em razão da irregularidade formal¹⁹.

Antes de prosseguir com a explanação do entendimento contrário ao já exposto, imprescindível é que se defina o que se pode considerar como recurso.

Para Barbosa Moreira, recurso “é o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”²⁰.

Salvo melhor juízo, em razão do princípio da taxatividade, e também pela hermenêutica extraída do artigo 496, IV, do CPC, é mais correto dizer que os embargos são, a bem da verdade, um recurso, porquanto estão inseridos como tal na legislação. Essa, aliás, é a compreensão da majoritária doutrina. Não bastasse, o indigitado remédio, ao menos para Araken de Assis, Arruda Alvim e Eduardo Alvim²¹ é, pois, formalmente, um recurso.

Porém, devido à opção do legislador constituinte que decidiu inseri-los no rol dos recursos (art. 496, IV, do CPC), para os doutrinadores citados no parágrafo antecedente, a controvérsia acerca da nomenclatura deve pesar sobre o ombro dos embargos de declaração é impertinente, quiçá desarrazoada. Segundo eles, a discussão acadêmica a respeito de tal problemática: “não faz muito sentido”²².

Assim, pode-se afirmar que, embora a finalidade precípua a que se destinam os embargos não seja a de modificar o julgado, característica esta, em tese, atribuída apenas aos recursos propriamente ditos cujo mister se reveste de remédio, podem eles ser considerados como recurso porquanto integram o rol exaustivo daqueles previstos no Código de Processo Civil.

Convém gizar, não obstante, que para Bondioli os embargos de declaração possuem “contornos de natureza híbrida, pois em algumas situações eles fazem as vezes de recurso e

¹⁹ Processual civil. Embargos de declaração. Fatal de indicação do ponto omissis, obscuro ou contraditório. 1. A não indicação do ponto obscuro, omissis ou contraditório na petição dos embargos declaratórios, nos moldes da exigência contida no art. 536 do CPC, impedem o seu acolhimento, mormente se dos argumentos suscitados pela embargante não se depreende qualquer um dos vícios capazes de macular o acórdão recorrido. 2. Embargos de declaração rejeitados” (STJ, EDcl no REsp 191.617/PR, 2ª T., j. 03.02.2000, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 02.05.2000).

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 233.

²¹ *In ob. cit.*, p. 1205

²² *In ob. cit.*, p. 1.205.

em outras oportunidades se comportam como simples mecanismo de integração, complementação, correção, retificação ou elucidação”²³.

Enfim, o direito positivo fulminou, em 1994²⁴, a controvérsia existente sobre a natureza dos embargos de declaração, de modo que hoje não há mais dúvidas quanto à sua função de caráter recursal.

²³ BONDOLI, Luis Guilherme Aidar. Embargos de declaração: coleção Theotônio Negrão. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 2

²⁴ Com a promulgação da Lei nº 8.950 de 13 de dezembro de 1994.

CAPÍTULO II – PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS PASSÍVEIS DE MODIFICAÇÃO PELA VIA ESTREITA DO REMÉDIO ACLARATÓRIO E OS VÍCIOS QUE AUTORIZAM O SEU MANEJO

2.1 Hipóteses de cabimento

O ato decisório de índole estritamente jurisdicional, como emanção do poder estatal que se reveste seu prolator, consubstancia-se deveras prejudicial à dignidade da Justiça, bem como aos jurisdicionados e operadores do direito em geral, quando nele se fizerem presentes incongruências ou imperfeições que impeçam ou maculem a sua correta interpretação e ou aplicação e respectivo cumprimento na fase oportuna.

Isto porque o julgamento é um ato de reflexão, de maturação de ideias, de decantação de pensamentos e fundamentos e, como tal, deve expressar, detalhadamente, para todos, inclusive para os leigos, sem incongruências, a verdadeira intenção daquele que o realizou.

Urge daí, a necessidade de que, existindo alguma incorreção no julgado, seja ela sanada antes do prosseguimento da contenda. Eis, pois, o mister a que se destinam os embargos de declaração, a fim de que, com sua interposição e provimento, a decisão, como um todo, livre de qualquer dubiedade ou equívoco formal ou material, possa expressar o verdadeiro sentido e intenção do representante do Poder Judiciário.

Impende assinalar, desde logo, que, a interposição dos embargos de declaração não se consubstancia em crítica ao órgão judicante. Muito pelo contrário. Ela é serviente ao aprimoramento da prestação jurisdicional que, por sua vez, deve ser efetiva e não conter, em nenhuma hipótese, como se disse, incorreções que impeçam a sua correta inteligibilidade.

Nesse diapasão, vai além o Ministro do Pretório Excelso Marco Aurélio para quem, ao julgar os embargos, o “órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal”²⁵.

A bem da verdade os embargos se prestam, admiravelmente, para, além de corrigir imperfeições no julgado, impedir o prosseguimento da tutela jurisdicional que possa, no futuro, em razão da lacuna ou equívoco, causar dano ao jurisdicionado ou até mesmo confusão à boa marcha processual.

²⁵ STF, 2ª Turma, AI 163.047-5-AgRg-EDcl, j. em 18.12.1995, DJU de 08 de março de 1996.

Para Daniel Amorim, os embargos se prestam a corrigir propriamente um vício da decisão, “mas um estado subjetivo de incerteza de quem não consegue compreendê-la”²⁶.

Em suma, servem, pois, os embargos de declaração como um mecanismo de integração judicial e aprimoramento e aperfeiçoamento das decisões, sejam elas interlocutórias, sentenças, acórdãos ou decisões monocráticas de relator.

Noutras palavras, para Luiz Guilherme Marinoni²⁷ os embargos de declaração “visam a aperfeiçoar as decisões judiciais, propiciando uma tutela jurisdicional clara e completa”.

Isto quer dizer que, existindo vício que macule a decisão, reside aí a porta que abre caminho e legitima o manejo dos embargos.

Com efeito, as hipóteses de incidência e cabimento dos embargos de declaração, tanto na sua natureza típica como na atípica, são servis à suscitação de questões da decisão que devam ser corrigidas pelo órgão prolator, como nos casos onde houver obscuridade, omissão, contradição, ou até mesmo para expungir decisão teratológica, com erro de fato ou inexatidão material ou de cálculo, como se verá. Eis, então, as hipóteses tradicionais e excepcionais pelas quais o recurso é diuturnamente conhecido.

São utilizados, portanto, para extirpar vícios de forma muito mais célere, aperfeiçoando, em contrapartida, o ato decisório.

Embora as hipóteses de cabimento dos embargos ou as situações passíveis de enfrentamento pela via deles estejam enxertas no artigo 535 do CPC, no direito processual civil contemporâneo, como é cediço pelos operadores do direito, vêm ocorrendo ampliações para além dos vícios onde existir obscuridade, contradição ou omissão no julgado. É o que ocorre, por exemplo, no saneamento de inexatidões materiais ou de cálculo, e também no erro de fato, cujo estudo será realizado em tópico específico mais adiante.

É que, ao contrário do que pode sugerir o teor literal do artigo 535 do código dos ritos, os embargos não cabíveis apenas nos casos dos incisos I e II.

Há um elastério jurisprudencial e doutrinário acerca das hipóteses de cabimento dos embargos, tendo sido este um dos motivos que despertou o interesse em redigir o presente esboço.

Isto quer dizer que, a despeito de os embargos de declaração constituírem recurso rígido de contornos processuais, exigindo-se, para o seu acolhimento, que estejam presentes os pressupostos processuais de cabimento, podem eles, em alguns casos, extrapolar os fins

²⁶ *In* Manual de Direito Processual Civil, p. 630.

²⁷ *In* Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo. 5ª edição, revista e atualizada. Ed: RT. SP, 2013, p. 566.

para os quais foram criados em nome da economia processual e da evidência do erro, deve-se admitir, como de fato vem se admitindo, que o mesmo órgão altere, com certa substancialidade, o julgamento.

Assim, há uma tendência jurisprudencial que entende pela ampliação do cabimento dos embargos de declaração para além das hipóteses legais, visando, sobretudo, a “dar ensejo à correção de equívocos manifestos, além do erro material, tais como o erro de fato²⁸ e até decisão *ultra petita*²⁹”, conforme Didier e Cunha³⁰.

Com isso, além das situações legalmente previstas para o seu cabimento na lei de regência, serão estudadas as demais possibilidades legitimadas pela jurisprudência e doutrina e que dão guarida ao conhecimento e provimento dos embargos, mesmo fora dos estreitos limites do artigo 535, do CPC ou sem expressa previsão legal, em tese necessária para tal desiderato.

Desta feita, vislumbrando o causídico que representa o interesse do jurisdicionado, que o ato decisório tal qual como lançado não é claro, preciso, correto, coeso ou inteligível, torna-se, a partir de então, imperiosa a sua correção pela via dos embargos de declaração, cuja finalidade precípua é, como se disse alhures, espancar qualquer incongruência presente na decisão.

Constata-se, portanto, num primeiro momento e em razão do exposto que a função dos embargos é integrativa, ou seja, tem ele finalidade precípua de afastar do *decisum* omissões, obscuridades e contradições prejudiciais à inteligibilidade ou até mesmo à solução da demanda.

De mais a mais, para a boa e correta compreensão do presente trabalho, mister se faz que se expliquem cada uma das hipóteses de cabimento, de forma individualizada e isolada, o que será, com a acuidade que o caso requer, realizado mais à frente.

²⁸ Admitem-se embargos para corrigir flagrante e visível erro de fato em que incidiu a decisão, evitando-se os percalços com a eventual interposição de RE, Reso, REsp ou o ajuizamento de ação rescisória. Nesse sentido: JTACivSP 110/256. 108/287, 100/178, 93/385, 86/318, 53/168; RT 562/146; RTJ 57/145; Lex-JTA 105/352; RJTJRS 69/136.

²⁹ Embargos declaratórios e julgamento “*ultra petita*”: Processual Civil. Embargos de Declaração. Retificação do dispositivo. Cabimento. 1. Verificada que a decisão se fez “*ultra petita*”, servem os Embargos de Declaração para adequar o provimento judicial aos termos do pedido. 2. Embargos acolhidos para adequar o dispositivo do acórdão, mantendo-se sua fundamentação. (STJ, 5ª T., EDREsp nº 110901/SP, rel. Min. Edson Vidigal, publicado no DJ de 03.05.1999). Recebem-se embargos de declaração quando constatado julgamento “*ultra petita*”, eis que o acórdão tratou de matéria que não foi objeto da impetração. (STJ, 5ª T., EDHC nº 5414/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezini, publicado no DJ de 16.08.1998).

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, 11. ed., rev. ampl. e atual. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013, p. 201.

2.1.1 Obscuridade

Com efeito, como se sabe, as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração podem ser específicas ou atípicas. Segundo se extrai do artigo 535, do CPC, o indigitado recurso será típico quando for oponível contra decisão em houver obscuridade, contradição ou omissão em questão sobre a qual deveria ter se manifestado obrigatoriamente o órgão julgante, seja na parte dispositiva, seja na fundamentação propriamente dita da decisão.

Deste modo, segundo Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha³¹ considera-se a decisão como sendo obscura aquela que for ininteligível, quer porque mal redigida, quer porque escrita à mão com letra ilegível. Isto porque, conforme referidos doutrinadores, um dos requisitos da decisão judicial é a clareza. Ausente, portanto, a clareza, reside a primeira hipótese de cabimento necessária para buscar esse esclarecimento.

No mesmo diapasão entende Daniel Amorim³², para quem é obscura a decisão em que faltam clareza e precisão suficientes a não permitir a certeza jurídica a respeito das questões resolvidas. E continua desenvolvendo seu raciocínio dizendo que “o objetivo do órgão jurisdicional ao prolatar a decisão é ser entendido, de preferência por todos, inclusive as partes, ainda que tal missão mostre-se extremamente inglória diante do nível cultural de nosso país”.

Logo, para ele, se não há compreensão, há falta de clareza e, pois, obscuridade que enseja, então, esclarecimento daquele que a prolatou.

Na mesma toada, para Antônio Carlos de Araújo Cintra³³, a obscuridade pode decorrer da simples imperfeição na “expressão do pensamento do juiz” ou “proceder da incompleta formação do convencimento do juiz a respeito das questões de fato ou de direito submetidas à sua apreciação”. E complementa: “se o pensamento do magistrado hesita quanto à melhor solução a dar a uma determinada questão, a expressão do seu pensamento tende a refletir a sua vacilação”.

Neste mesmo sentido é o escólio de Vicente Greco Filho³⁴ que bem nos disse que a obscuridade “pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos”. E continua referido processualista observando que a obscuridade, a toda evidência, prejudica sobremaneira a inteligência da decisão, bem como sua futura execução.

³¹ *In* Curso de direito processual civil. meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. Volume 3. 11ª edição. rev. ampliada e atualizada. 2013. Editora Jus Podivm. Salvador, p. 199.

³² *In* Manual de Direito Processual Civil. volume único. 2009. Editora Método. SP. Página 631.

³³ *In* Sobre os embargos de declaração. Revista dos tribunais, v. 595, maio de 1985, p. 15.

³⁴ *In* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. II, 13 ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 237.

Para Araken de Assis³⁵, a obscuridade pode ser considerada como aquela que “obsta a apreensão do sentido real do provimento, no todo ou em parte, por seus destinatários”.

Já Antonio Carlos Silva³⁶ verifica que a obscuridade ocorrerá sempre que, pela ausência de clareza do texto, for admissível que duas ou mais pessoas tenham dele entendimentos diversos, embora logicamente possíveis e explicáveis.

Por derradeiro, obscuridade deriva do latim *obscuritas*, de *obscurus* (escuro, oculto, encoberto). Segundo De Plácido e Silva³⁷, deve-se entender, literalmente, a qualidade de tudo que é escuro, está oculto ou não é claro.

O professor citado continua, na mesma senda, expondo que, na técnica da linguagem jurídica, obscuridade é, pois, a falta de clareza do texto legal ou de qualquer coisa que deva ser entendida para ser aplicada³⁸.

E conclui ao asseverar que a obscuridade deve ser esclarecida por meio de interpretação, de acordo com as regras universalmente adotadas. Deve recorrer o magistrado aos princípios hermenêuticos, a fim de traduzir o pensamento exposto na decisão, já que as palavras nela contidas não lograram, infelizmente, êxito em fixar com clareza e precisão.

Sem a pretensão de se incorrer em tediosas repetições, pode-se, em suma, apontar como decisão obscura aquela que não pode ser interpretada, num primeiro momento, da maneira como correta devido à confusão de ideias.

Noutras palavras, não se consegue extrair da decisão tida como obscura, de forma segura e objetiva, a interpretação que o magistrado tentou repassar às partes, bem como aos operadores do direito envolvidos na demanda, ou até mesmo a qualquer pessoa.

2.1.2 Contradição

Para confirmação da existência ou não da contradição, impende assinalar que a decisão deve ser analisada como um todo e não de forma isolada como alguns operadores do direito fazem.

O vocábulo contradição, derivado do latim *contradictio*, segundo De Plácido e Silva³⁹, pode ser entendido como a ação de contradizer ou de contradizer-se. E continua observando

³⁵ In Manual dos Recursos. São Paulo: RT, 2007, p. 598.

³⁶ SILVA, Antonio Carlos. Embargos de declaração no processo civil. Editora Lumen Juris. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. RJ. 2006, p. 105.

³⁷ In Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª edição. de acordo com a nova reforma ortográfica da língua portuguesa. Editora Forense. RJ. 2009, p. 972.

³⁸ Idem.

referido jurista que contradição “pode ser aplicada para indicar a contrariedade oposta às afirmativas de outrem, isto é, um parecer, uma opinião, ou outra qualquer coisa, como significar a própria divergência de opinião tida e havida por uma pessoa”.

Mais especificamente, para referido autor⁴⁰, em linguagem técnica que é o que nos importa, o vocábulo contradição significa também “a divergência anotada em afirmativas feitas sobre o mesmo caso ou sobre a mesma coisa”.

O professor Antonio Carlos Silva⁴¹ com maestria ensina que a “contradição é um vício lógico, ou de raciocínio, isto é, o erro decorrente do silogismo mal feito”.

Os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart⁴², de forma muito precisa, observam que:

“A contradição, à semelhança do que ocorre com a obscuridade, também gera dúvida quanto ao raciocínio do magistrado. Mas essa falta de clareza não decorre da inadequada expressão da ideia, e sim da justaposição de fundamentos antagônicos, seja com outros fundamentos, seja com a conclusão, seja com o relatório (quando houver, no caso de sentença e de acórdão), seja, ainda, no caso de julgamentos de tribunais, com a ementa da decisão”.

Trilhando a mesma linha de raciocínio, os eminentes processualistas citados ensinam que a contradição caracteriza-se através da “incoerência lógica, entre os distintos elementos da decisão judicial, que impedem o hermeneuta de aprender adequadamente a fundamentação dada pelo juiz ou tribunal”⁴³.

Para o ínclito desembargador do Egrégio Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, Oswaldo Rodrigues de Melo, contradição “nada mais é do que a colisão de dois pensamentos que se repelem. É uma afirmação conflitante, quer na fundamentação, quer entre a fundamentação e a conclusão, cujos embargos de declaração visam a um esclarecimento do conteúdo da sentença, não entre a sentença e alguma tese apresentada pelo embargante em seu recurso.”⁴⁴

³⁹ *In* Vocabulário Jurídico/ atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28ª edição. de acordo com a nova reforma ortográfica da língua portuguesa. Editora Forense. RJ. 2009, página 371.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ SILVA, Antonio Carlos. Embargos de declaração no processo civil. 2. ed., rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 105.

⁴² *In* Manual do Processo de Conhecimento, 5ª ed., Revista dos Tribunais, 2005, p. 541.

⁴³ *In ob. cit.*, p. 541.

⁴⁴ EDcl na Apelação Cível nº 2008.019588-4/0001-00, 3ª Turma Cível, j. em 29.09.2008.

O fenômeno da contradição pode ser considerado, para Antonio Carlos Marcato aquele em que estiver presente “incerteza quanto aos termos do julgado, pelo uso de proposições inconciliáveis, podendo acarretar, inclusive, dificuldades a seu cumprimento⁴⁵”.

Por derradeiro, mas nem por isso menos importante, Daniel Amorim entende também que *decisum* contraditório é aquele que possui proposições inconciliáveis entre si, mas complementa dizendo que “a afirmação de uma, logicamente significará a negação da outra”⁴⁶.

Tanto para ele como para Barbosa Moreira, “a contradição pode ocorrer na fundamentação, na solução das questões de fato e/ou de direito, bem como no dispositivo, considerando-se que o dispositivo deve ser a conclusão lógica do raciocínio desenvolvido durante a fundamentação”⁴⁷.

Em vértice paralelo, importante consignar que para a jurisprudência do Tribunal da Cidadania⁴⁸, a contradição que autoriza os embargos é do julgado com ele mesmo, e nunca a contradição com a lei, muito menos com o entendimento da parte.

Em vista do exposto, destaque-se que, na hipótese de presença de contradição no julgado, deve o recorrente, de plano, provar o prejuízo que poderá decorrer caso a contradição não seja esclarecida ou repelida.

Noutras palavras, o recorrente, neste e nos demais casos (obscuridade e omissão) há de provar ou mostrar, de forma incisiva, ao magistrado que está presente o requisito intrínseco para admissão do seu inconformismo, famigeradamente conhecido como interesse recursal, sob pena de não conhecimento dos embargos de declaração.

2.1.3 Omissão

Omissão, na terminologia do inciso II, do artigo 535, do CPC, é a preterição no comando estatal. Indica lacuna. Ocorre quando o pronunciamento judicial deixa de dizer alguma coisa, ou porque se olvidou, ou se descuidou em dizer algo que, necessariamente, deveria ter dito ou decidido.

Com efeito, omissão, do latim *omissio*, de *omittere* (omitir, deixar, abandonar), para De Plácido e Silva⁴⁹ exprime a ausência de alguma coisa, é o que não se fez, o que se deixou de fazer, o que foi desprezado ou não foi mencionado.

⁴⁵ *In* Código de Processo Civil interpretado, São Paulo: Atlas, 2004, p. 1593.

⁴⁶ *In* ob. cit., p. 631.

⁴⁷ *In* ob. cit., p. 631; Código, nota 302, p. 551.

⁴⁸ STJ, 4ª Turma, REsp 218.528-EDcl, rel. Min. Cesar Rocha, j. 07.02.2002, DJU 22.04.2002.

Para o autor⁵⁰, na linguagem técnico-jurídica, a omissão é a inexistência. É um ato negativo ou a ausência do fato. É o silêncio, anotado pela falta de menção. É a lacuna.

Dessa forma, omissa é a decisão que deixa de apreciar quaisquer questões suscitadas pelas partes ou que deveriam ser examinadas *ex officio*, isto é, independentemente de requerimento. No primeiro caso, ocorre omissão direta, isto é, deixou-se de examinar questão relevante trazida por um dos litigantes, cujo pronunciamento deveria ter sido efetuado pelo órgão judicial. Ao passo que, no segundo caso, na omissão indireta, ela não decorre logicamente da ausência de manifestação sobre o pedido ou causa de pedir, mas sim de matéria secundária ao pedido ou causa de pedir. Indiretamente, deveria ter sido objeto de decisão pelo órgão julgante, a exemplo das matérias de ordem pública, apreciáveis de ofício, isto é, independentemente de prévio requerimento pelas partes.

Continuando a linha de raciocínio, Cândido Rangel Dinamarco⁵¹, ao dissertar sobre a omissão, com a precisão que lhe é salutar, ensina que:

“(…) Omissão é a falta de exame de algum dos fundamentos da demanda ou da defesa, ou de alguma prova, ou de algum pedido etc. (decidir sobre a demanda principal sem se pronunciar sobre a acessória, deixar de indicar o nome de algum dos litisconsortes ativos ou passivos etc)”.

Esta é, inclusive, a justificativa que levou Vicente Greco Filho⁵² a assentar que:

“(…) no caso de omissão, de fato, a sentença é complementada, passando a resolver questão não resolvida, ganhando substância, portanto. As questões que devem ser resolvidas pelo juiz são todas as relevantes postas pelas partes para a solução do litígio, bem como as questões de ordem pública que o juiz deve resolver de ofício, como, por exemplo, a coisa julgada”.

Nada obstante, convém assinalar que, para Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim⁵³, a omissão a que se refere os embargos de declaração é “o defeito mais relevante dentre aqueles que ensejam a sua oposição”.

⁴⁹ *In ob. cit.*, p. 978.

⁵⁰ *Idem*, p. 978.

⁵¹ *In Instituições de Direito Processual Civil*. vol. III, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 686.

⁵² *In ob. cit.*, p. 242.

Luis Guilherme Aidar Bondioli⁵⁴ expõe que “o vício da omissão pode dar-se tanto na análise dos fundamentos trazidos pela parte para o acolhimento de uma de suas pretensões como na própria resposta a um dos pedidos formulados”.

Em síntese, pode-se dizer que a omissão presente no julgado constitui uma desatenção do Estado-Juiz para com os limites da tutela jurisdicional posta à sua apreciação.

Com efeito, é certo que o saneamento da omissão, quando evidentemente esta se fizer presente, visa a garantir, sobretudo, a adequação da decisão à causa de pedir e pedido e às questões deduzidas em favor do acolhimento ou da rejeição do pleito inaugural, e também resguardar a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), porquanto o artigo 93, IX, da Magna Carta, exige que todo pronunciamento judicial deve estar devidamente fundamentado.

Resta forçoso concluir, pois, que decisão omissa é pronunciamento judicial sem fundamentação direta ou indireta suficiente e que enseja, portanto, complemento em obediência aos princípios corolários do direito, citados no parágrafo antecedente, sob pena de nulidade.

Entretanto, a omissão contida no comando jurisdicional nem sempre é idêntica, pois pode ser dividida em duas espécies: a ontológica e a relacional⁵⁵.

Haverá omissão ontológica quando a decisão judicial contiver fundamento e dispositivo, mas deixar de decidir sobre ponto relevante. Ou seja, este tipo de omissão poderá ser constatado sempre que não ocorrer análise ou deliberação de questão relevante à solução da controvérsia.

Já a omissão relacional vincula-se ao fato de existir fundamentação suficiente no ato decisório, porém sem o dispositivo de lei correspondente que o associe à direção adotada pelo seu prolator. Isto é, verifica-se tal omissão na ausência de elemento formal, essencial à completude da estrutura lógica da decisão.

Em breves linhas, incorrerá em omissão ontológica o provimento judicial incompleto, ou aquele que deixar de examinar matéria que, necessariamente, deveria ser examinada.

Noutro vértice, sucederá a omissão relacional a decisão em que estiver ausente elemento formal coativo e obrigatório à sua compreensão e cumprimento. Ou seja, decidiu-se sobre tudo mas não se conseguiu compreender, pelo enunciado, o que o julgador quis dizer.

Urge consignar, entretanto, uma questão tormentosa que ronda o vocábulo omissão.

⁵³ *In ob. cit.* p. 1208.

⁵⁴ *In ob. cit.*, p. 119.

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7, p. 416.

É quase certo que os causídicos que atuam em *terrae brasilis* já se depararam com, pelo menos, uma das seguintes ementas abaixo transcritas e que se referem à problemática atinente à omissão em julgados de embargos de declaração. Confira-se:

“O juiz não está obrigado a responder a todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e, tampouco, a responder um a um todos os seus argumentos.”⁵⁶

“Nada há nada para ser esclarecido, considerando que a decisão embargada cuidou de analisar os temas expostos nos autos, cumprindo a prestação jurisdicional, adotando a tese que entendeu viável, não havendo contradição, obscuridade nem omissão (artigo 535, do Código de Processo Civil) passíveis de ensejar a correção do *decisum*.”⁵⁷

“O julgador não tem o dever de discorrer esgotadamente sobre os regramentos legais existentes nem está obrigado a responder a todos os questionamentos das partes se já encontrou motivo suficiente para fundamentar a sua decisão. Ausência de omissão a viciar o julgamento de segundo grau. Violação ao art. 535, II, do CPC que se repele.”⁵⁸

“Não configura omissão ou obstáculo do julgado a falta de menção expressa a dispositivos suscitados pelas partes, se a decisão restou suficientemente fundamentada, haja vista que o juiz não está adstrito ao alegado pelas partes nem se obriga a rebater um a um seus argumentos, quando já encontrou razões bastantes para firmar seu entendimento.”⁵⁹

“Não padece de omissão o acórdão recorrido se o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões pertinentes à resolução da controvérsia, embora sem adentrar expressamente na análise de dispositivos de lei invocados pelo recorrente, notadamente porque o julgador não está adstrito a decidir com base em teses jurídicas predeterminadas pela parte, bastando que

⁵⁶ RJTJESP 115/207.

⁵⁷ Embargos de Declaração nº 991.06.061697-0/50000, da 23ª Câmara de Direito Privado do TJSP, de rel. do Des. Elmano de Oliveira, j. em 26.04.2010, p. no DJ do dia 05.11.2010.

⁵⁸ REsp nº 614.042-0-PR, 1ª Turma, v.u., Rel. Min. JOSÉ DELGADO, j. em 22.2.2005, p. in Boletim do STJ, nº 6/2005, ps. 47-48.

⁵⁹ EDecl no RMS nº 17.228/DF, Sexta Turma, Rel. Min. PAULO MEDINA, j. 06.04.2004.

fundamente suas conclusões como entender de Direito”⁶⁰.

Pela simples leitura das ementas acima transcritas, denota-se que os entendimentos jurisprudenciais sobre o vocábulo omissão, como vício apto a ensejar a oposição dos embargos de declaração, têm desígnio padronizado. E tudo em prol do cumprimento de metas (efetividades quantitativas) as quais, evidentemente, como era de se esperar, ocorrem com o sacrifício da qualidade das decisões.

Desta feita, extrai-se da interpretação das transcrições dos julgados que, para o Estado-Juiz, o que importa é que os temas relevantes da contenda sejam apreciados e não que todos argumentos sejam, um a um, decididos.

Noutras palavras, todas as questões pertinentes à resolução da rusga judicial devem estar suficientemente fundamentadas, enquanto as outras, tidas como acessórias, bastam que tenham sido decididas, ainda que indiretamente, pela solução da controvérsia.

Não há, pois, neste caso, motivo que justifique o provimento dos embargos nos casos de alegação de omissão, quando, a bem da verdade, na ótica do julgador, não existir omissão apta a ensejar o provimento do inconformismo que se não se enquadra nos limites traçados pelo inciso II, do artigo 535, do CPC.

Dessa forma, com esteio no argumento de que é ausente na decisão embargada quaisquer das hipóteses autorizadas do recurso integrativo, notadamente a omissão consistente na falta de enfrentamento de controvérsia já solucionada pela decisão hostilizada é que a rejeição dos embargos é medida que deve ser imposta.

Se o aspecto considerado como omissivo pelo embargante for irrelevante ou não puder influenciar o resultado do julgamento, o inconformismo deve ser conhecido, embora não se possa falar em omissão apta a prover os embargos de declaração aviados em razão de ausência de vício na decisão embargada.

Para Luis Guilherme Aidar Bondioli⁶¹ “não é dever do Estado-Juiz apreciar matéria irrelevante para o julgamento da causa, mas lhe é imposto, ao menos, justificar essa irrelevância ou impertinência, a não ser que tais características saltem aos olhos.”

O que importa, portanto, é que o magistrado decida a questão posta à sua análise e não todos os argumentos e fundamentos trazidos pelas partes. Contudo, há de se respeitar o princípio dispositivo, sob pena de relativização e banalização do vocábulo omissão para os fins a que se destina o remédio aclaratório.

⁶⁰ REsp. 1.042.208/RJ, rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 26.08.2008.

⁶¹ *In ob. cit.*, p. 128.

Daí concluir-se que o cerne da questão, no atinente à omissão, reside justamente em se verificar se existe ou não prejuízo que possa suceder, caso o indigitado vício não seja repellido. Em outras palavras, sempre que a invocada omissão no aresto embargado for prejudicial a uma das partes, haverá de se sanar por meio de embargos de declaração.

Desta feita é que, embora seja cediço que os embargos de declaração não podem conduzir a um novo julgamento com reapreciação do que ficou decidido, não existe óbice para que o suprimento de omissão leve a modificar a conclusão do julgado, por exemplo⁶².

2.2 Erro material

Com efeito, é da dicção do artigo 463, do CPC que, “ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional”. Contudo pode modificá-la “para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo”, por intermédio de “embargos de declaração”.

Acresça-se, ainda, que erro material é aquele perceptível “*primu ictu oculi*” e sem maior exame, a traduzir o desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença⁶³. Ou melhor, é aquele perceptível por qualquer cidadão e que não tenha, por óbvio, correspondido à vontade do magistrado, a exemplo do datilográfico ou aritmético.

Para Luis Bondioli⁶⁴, “o erro material consiste numa dissonância entre a vontade, a intenção do juiz e a exteriorização dessa vontade, dessa intenção num momento isolado do ato decisório, por um descuido mínimo na transposição das suas ideias para o mundo dos fatos”.

Em síntese, o erro material representa desacerto e distração do julgador entre o que se disse e o que se quis dizer através dos símbolos (palavras e números). É o famigerado lapso momentâneo escusável. Geralmente os equívocos materiais não possuem conteúdo decisório propriamente dito, como ocorre, por exemplo, no caso de troca de uma legislação por outra.

Já o erro de cálculo, como o nome mesmo já diz, nada mais é do que o equívoco aritmético. Isto é, um número foi acrescido ou subtraído. Por exemplo, a sentença quis fixar a indenização em R\$ 100.000,00, porém, em razão do erro, fixou em R\$ 1.000.000,00, o que justifica a correção.

⁶² RSTJ 103/187, maioria.

⁶³ STJ, REsp nº 15649/RS, de rel. do Min. Antônio de Pádua Ribeiro, 2ª Turma, j. em 17.11.1993, p. no *DJ* do dia 06.12.1993, p. 26.653.

⁶⁴ *In ob. cit.*, p. 136.

De mais a mais, os erros de cálculo ou as inexatidões materiais possíveis de correção, segundo Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero⁶⁵, são “aqueles manifestos, sobre os quais não pode haver dúvida a respeito do desacerto sentencial”, porquanto o saneamento não pode implicar “novo julgamento da causa”.

Deste modo, com respaldo legal (art. 463, do CPC), visualizado erro material no ato judicial, a correção poderá ser realizada a qualquer tempo ou grau de jurisdição, independentemente de prévia manifestação ou requerimento das partes, consoante uníssono entendimento jurisprudencial⁶⁶.

É que as inexatidões de cálculo ou os erros materiais não transitam em julgado, daí porque podem ser corrigidos em qualquer momento, por simples petição ou por intermédio de embargos e mesmo depois de transitada em julgado a decisão⁶⁷.

Resta evidente, pelo exposto, que se a correção de erros materiais ou de cálculo não está sujeita a prazo determinado, não há justificativa plausível suficiente que não permita expugná-las através da oposição dos embargos de declaração, ainda que eles não sejam conhecidos⁶⁸. Aplica-se, pois, o princípio da transcendência, conforme art. 244, do CPC.

Evita-se, com a correção de inexatidões materiais ou erros de cálculo por meio dos embargos de declaração, o manejo de futura ação rescisória. Justifica-se, portanto, o seu provimento, nesses casos, por amor ao princípio da economia processual⁶⁹ com o propósito louvável de otimizar a marcha processual e prevenir prejuízo aos demandantes.

2.3 Erro de fato

Segundo se extrai da norma insculpida no parágrafo 1º, do artigo 485, do CPC, há erro de fato quando a sentença admitir um fato inexistente ou quando considerar inexistente um efetivamente ocorrido. Há, pois, nesta hipótese, erro de julgamento⁷⁰ ou premissa fática equivocada⁷¹, resultante de um ato ou documento da tutela jurisdicional (art. 485, IX).

⁶⁵ *In ob cit.*, p. 442-443.

⁶⁶ STF, 1ª T., REQO 161.174/SP, de rel. do Min. Ilmar Galvão, j. em 17.10.1995, p. no DJU do dia 1º.12.1995.

⁶⁷ STJ, CE, ED-EResp 40.892-4-MG, de rel. do Min. Nilson Naves, p. no DJU do dia 02.10.1995 e STJ, 1ª T., REsp 941.403/SP, de rel. do Min. Francisco Falcão, j. em 16.08.2007, p. no DJ do dia 17.09.2007.

⁶⁸ RTJ 105/1.047, STJ – Corte Especial: RSTJ107/15; JTA 107/230.

⁶⁹ STJ, 4ª T., EDREsp 259.260/RS, de rel. do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 26.06.2001, p. no DJ do dia 20.08.2001.

⁷⁰ Do latim *error in iudicando*.

⁷¹ STJ, ED no AgRg no REsp nº 1.152.825/RJ (2009/0157523-1), rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 02.08.2012, p. no DJe 08.08.2012.

Depreende-se, então, conjugando-se os parágrafos do dispositivo abordado, que é condição *sine qua non*, em ambos os casos, que não tenha havido controvérsia, tampouco cognição jurisdicional sobre o indigitado fato.

Registre-se, nesse passo, que a jurisprudência, acerca dos pressupostos atinentes à configuração do erro de fato vai além, pois exige, para a sua configuração, o preenchimento de seis requisitos: I – vincular-se a um fato; II – constar dos autos onde foi proferida a decisão; III – ser causa determinante da decisão; IV – a decisão ter suposto um fato que inexistia ou suposto existente fato inexistente; V – não haver controvérsia sobre o fato, e VI – não ter havido pronunciamento judicial sobre esse fato⁷².

Em resumo, o magistrado, no erro de fato, ao proferir a sentença de forma injusta presume ou imagina que determinado fato aconteceu, o que, a bem da verdade, jamais ocorreu, e vice-versa.

De forma precisa e sucinta Antonio Carlos Marcato⁷³, a respeito do problema em análise, assentou que “Erro de fato se dá, por outras palavras, quando existe nos autos elemento capaz, por si só, de modificar o resultado do julgamento, embora ele não tenha sido considerado quando de seu proferimento ou, inversamente, quando se leva em consideração elemento bastante para o julgamento que não consta dos autos do processo”.

Deste modo, a despeito de ser curial que os embargos de declaração se prestam, primordialmente, a sanar omissão, obscuridade, contradição ou erro material, porventura existentes na decisão, não servindo à rediscussão da matéria já apreciada pelo magistrado, nada impede, salvo melhor juízo, que o erro de fato também seja corrigido por intermédio deles, em razão da injustiça que pode suceder caso não seja ele expungido da decisão.

Há, inclusive, como já exposto neste trabalho, elastério jurisprudencial a admitir o saneamento de erro de fato pela via dos embargos aclaratórios, a despeito da inexistência de autorização legal necessária para tal desiderato.

A jurisprudência tem admitido a utilização de embargos de declaração com efeito infringente, de modo excepcional, para corrigir premissa equivocada, lastreada em erro de fato, sobre a qual se tenha fundado, necessariamente, a decisão, quando tal for decisiva para o seu resultado⁷⁴.

⁷² STJ, AR 919/SP, 3ª Seção, j. em 22.11.2006, de rel. do Min. Hamilton Carvalhido, p. no *DJ* do dia 05.03.2007.

⁷³ *In* Código de Processo Civil interpretado. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1480.

⁷⁴ EDcl REsp nº 255.597/SP, Relator Ministro Castro Filho, in *DJ* 16.12.2002.

Segundo preleciona Daniel Amorim⁷⁵ esse é, inclusive, o meio formal mais seguro de alegá-los e saná-los, evitando a surpresa do órgão jurisdicional que, diante de mera petição, entende que a forma adequada de alegação do vício é por intermédio dos aclaratórios.

O rejuízo, com o provimento dos embargos de declaração para a adequação do fato à peculiaridade do caso concreto, visa a permitir que a decisão seja retificada ou até mesmo integralmente substituída. Hipótese em que o próprio prolator poderá verificar e confirmar a procedência da irresignação contida nas razões recursais.

Pretende-se, com isso, de forma infinitamente mais célere e menos burocrática, a ideal prestação jurisdicional. Em contrapartida, a toda evidência, haverá insofismável ganho processual, porquanto o feito tramitará sem longas esperas até que sobrevenha nova decisão por órgão judicial hierarquicamente superior, contribuindo-se, ainda, com o desafogamento do Judiciário.

Em suma, pergunta-se: há necessidade de reforma da decisão originária, a qual contém erro sobre determinado fato, e se é admitida pelo próprio Juízo que a prolatou (art. 463, I, do CPC), por qual razão se deve remeter referida confirmação ao crivo recursal “próprio”? Por que se deve esperar que o órgão recursal hierarquicamente superior reexamine uma determinada sentença fundada em erro de fato, se o próprio órgão que a prolatou pode proceder à esta imediata correção?

Não parece haver sentido submeter a parte prejudicada ao desnecessário lapso temporal até que ocorra decisão do subsequente recurso, sobre questão que pode e deve ser decidida já em seu nascedouro, devendo-se prestigiar o caráter infringente dos embargos de declaração.

Isso porque não se trata de nova chance para reavaliação do fato, decorrente de mau julgamento. Muito pelo contrário. Trata-se sim de nova oportunidade conferida, ao Estado-Juiz, buscando corrigir a sentença que considerou fato inexistente nos autos ou que desconsiderou fato incontroverso.

Afinal, mesmo que os embargos de declaração assumam, por vezes, natureza recursal, eles não se prestam para fazer as vezes de sucedâneos de outros recursos.

Se o erro sobre o contexto factual for aferível, sem maior dilação probatória, não há razão alguma, tampouco justificativa legal, que se sustente *per se*, para não admitir a correção do *error in iudicando* por meio dos aclaratórios, ainda que isso implique, indiretamente, novo julgamento, porquanto a alteração da decisão estará adstrita à matéria constante dos autos.

⁷⁵ *In ob. cit.* p. 632.

2.4 Pronunciamentos judiciais embargáveis de declaração

Em que pese a literalidade do *caput* do artigo 535 e seus dois incisos, do CPC, que revela serem cabíveis embargos de declaração apenas contra sentença ou acórdão, verificando-se, na prática, que tal assertiva não é correta.

Nada obstante ser serviente o recurso aclaratório para repelir imprecisões, corrigindo omissões na sentença ou acórdão, também é ele cabível contra decisões interlocutórias, despachos, decisões monocráticas do relator, até mesmo contra despachos ou decisões irrecuráveis, consoante será esmiuçado a seguir.

Segundo o escorço de Barbosa Moreira⁷⁶, “os embargos de declaração podem caber contra qualquer decisão judicial, seja qual for a sua espécie, o órgão de que emane e o grau de jurisdição em que se profira – não se limitando o cabimento, no primeiro grau, às sentenças, ao contrário do que pode sugerir o teor literal do artigo 535, I, do CPC, e muito menos às sentenças de mérito, como aparentemente resultaria da conjugação entre o *caput* e o inciso II do art. 463, do CPC”.

O mesmo jurista⁷⁷, em outro livro, repisa essa compreensão, estendendo a hipótese de cabimentos dos embargos de declaração para as decisões irrecuráveis, isto é “quaisquer decisões os comportam, seja qual for o grau de jurisdição, inclusive quando o texto legal as declare irrecuráveis”.

Pontes de Miranda⁷⁸ também assevera, com precisão, que “qualquer decisão judicial, seja interlocutória ou sentença, é suscetível de embargos de declaração” e complementa: “se a decisão é irrecurável, a irrecorribilidade somente concerne aos outros recursos e não ao recurso de declaração”.

Abalizada doutrina, liderada por Araken de Assis⁷⁹, entende que os embargos de declaração devem ter a maior amplitude possível, isto é, dentre todos os recursos previstos na legislação, eles são os mais abrangentes, portanto, cabíveis contra todo e qualquer pronunciamento judicial, independentemente da sua natureza.

⁷⁶ *In* O novo processo civil brasileiro. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.155.

⁷⁷ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5. p. 248.

⁷⁸ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. t. VII (atualização legislativa de Sérgio Bermudes) p. 320.

⁷⁹ *In* Manual, n. 66.1.3, p. 584-585.

Contudo, adotando posicionamento mais conservador, restritivo e em vértice oposto ao anteriormente citado, Wellington Pimentel⁸⁰ limita o objeto dos embargos, em primeiro grau de jurisdição, à sentença, por dois motivos:

“A uma porque a lei vigente distingue nitidamente sentença de decisão, conceituando-as expressamente. A duas porque, quanto às decisões, são suscetíveis de agravo de instrumento, recurso que permite ao próprio juiz a reforma da decisão, que é um *plus* em relação à matéria sobre a qual poderá versar os embargos. Torna-se, assim, desnecessária a interposição de embargos de declaração”.

Também considera inadmissível a oposição de embargos de declaração, contra decisão interlocutória, Rogério Tucci⁸¹.

Não obstante o entendimento contrário à problemática sobre a extensão ou até mesmo a possibilidade de manejo dos embargos, para além dos pronunciamentos recorríveis contidos na tessitura do artigo 535, do CPC, o assunto é, hoje, tema pacificado pela jurisprudência⁸².

Para Daniel Amorim⁸³, não há fundamento que permita que pronunciamentos omissos, contraditórios ou obscuros, que não sejam sentenças ou acórdãos e, portanto, estejam fora das decisões legalmente previstas no citado artigo, como sendo passíveis de impugnação pela via dos embargos de declaração, não possam ser impugnados pelas partes que pretendem afastar tais vícios no caso concreto.

Referido processualista⁸⁴ complementa, na mesma obra, que “por vezes, a incompreensão de um pronunciamento judicial pode inclusive impedi-lo de atingir sua finalidade, além de uma decisão omissa ser óbvia denegação da atividade jurisdicional, o que em nenhuma hipótese pode ser aceito”.

Noutras palavras, não há mais sentido algum, nem tampouco substrato jurídico justificado, quiçá aceitável, que sustente ou possa embasar, com contundência, a

⁸⁰ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. IV. p. 550.

⁸¹ *In* Curso de Direito Processual Civil. São Paulo: Saraiva, 1989. v. III. p. 389.

⁸² REsp 0037252-SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio Teixeira, j. 13.12.93, v.u., DJ 28.2.94, p. 2893; REsp 48727-SP, 3ª T., Rel. Min. CLAUDIO SANTOS, j. 23.8.94, v.u., DJ 17.10.94, p. 27892; REsp 111637 - MG, 4ª T., Rel. Min. Sálvio Teixeira, j. 24.2.97, v.u., DJ 24.3.97, p. 9032. Amplíssimas referências jurisprudenciais e doutrinárias nesse sentido são encontráveis em Barbosa Moreira, *Comentários* cit., n. 298, esp. notas de rodapé 4 e 6, p. 552-553.

⁸³ *In* ob. cit., p. 629.

⁸⁴ *Idem*.

impossibilidade de utilização dos embargos para atacar decisões que não sejam acórdãos ou sentenças.

O direito é dinâmico e, como tal, deve prestigiar a celeridade em detrimento da forma, motivo pelo qual os embargos são utilizados para corrigir omissões, contradições e obscuridades em qualquer pronunciamento judicial, seja ele um despacho⁸⁵, decisão interlocutória ou monocrática, sentença, acórdão ou até mesmo uma decisão irrecurável.

Ademais, é bem por isso que não há como se afastar a pertinência e o cabimento dos embargos de declaração para atacar imprecisões, omissões ou contradições nas outras decisões além de sentenças e acórdãos, sobretudo se levar em consideração que eles visam ao aperfeiçoamento e integração das decisões judiciais como um todo.

⁸⁵ Contrariando, inclusive, a disposição literal do artigo 504 do CPC.

CAPÍTULO III – EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E SEUS ASPECTOS FORMAIS

3.1 Efeito devolutivo

O efeito devolutivo impõe à máquina jurisdicional, representada pelo Juízo e não pela identidade física do magistrado, a obrigação de reapreciar a matéria tratada nos autos, a grosso modo, com novo pronunciamento sobre ela. Isto quer dizer que a devolução da matéria recursal equivale ao sumário, bem como as restrições a que se deve ater o órgão jurisdicional ao realizar a análise e julgamento do recurso correspondente. Neste caso, deverá ser prolatada nova decisão respeitando-se os limites e pedidos constantes do recurso aviado, fora do qual não poderá o julgador manifestar-se, com exceção às matérias de ordem pública (em primeiro e segundo grau de jurisdição).

Trata-se da consagração do princípio dispositivo, segundo o qual é defeso ao juízo apreciar a lide fora dos seus limites. Referido princípio rege, portanto, os limites e extensão dos embargos de declaração.

Evita-se, com isso, decisão surpresa ou mais desvantajosa do que a própria impugnada, sob pena de se caracterizar a tão conhecida e repudiada *reformatio in pejus*. Ultrapassando o julgamento dos limites das razões recursais, caracterizar-se-á transgressão à literalidade do artigo 535, do CPC, exigindo, daí, anulação da decisão decorrente de *error in procedendo*. Exceção a essa regra ocorre quando se elimina, por exemplo, no julgamento dos embargos, uma contradição.

Vale ressaltar que as matérias atinentes às condições da ação, bem como as de regularidade e validade do processo (de ordem pública), como as encampadas pelos artigos 267, 301, parágrafo 4º, e 516, todos do CPC, contra as quais, via de regra, não se opera a preclusão, são passíveis de reexame, independente de terem sido aventadas nas razões do recurso, ou seja, devem ser analisadas *ex officio* desde que, evidentemente, os embargos de declaração opostos tenham aptidão para reabrir o julgamento.

Neste caso específico, haverá, por obrigação lógica e em respeito a requisito necessário, coativo e absoluto para o desenvolvimento válido, regular e eficaz do processo, exigência, por iniciativa própria e independentemente de prévio requerimento da parte *ex adversa*, de deliberação sobre essas matérias (de ordem pública) pelo órgão responsável pelo julgamento do inconformismo.

Contudo, como já se disse, os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada limitada e, portanto, se contrapõem aos demais recursos tidos como de livre arguição, fundamentação ou crítica, a exemplo do Recurso de Apelação.

Isto significa que as hipóteses de cabimento dos recursos de fundamentação vinculada são, de forma precisa e um tanto quanto restritiva, definidas pela legislação correspondente, no caso, pelo artigo 535, do CPC.

Assim é de grande relevo consignar que os embargos de declaração não devolvem, integralmente, ao órgão julgador, a matéria posta nos autos. Via de regra, impossível é a análise no remédio aclaratório, por exemplo, de fatos ou do próprio contexto probatório, visto ser conferido por lei (art. 535, do CPC), tão-somente ao referido recurso, enfrentar omissão, obscuridade ou contradição do julgado. Surge das hipóteses do citado artigo, portanto, a ideia, ou melhor, o enquadramento dos embargos de declaração como sendo recurso de fundamentação vinculada limitada.

Chiovenda⁸⁶ bem esclarece tal aspecto ao enfatizar que, no caso em apreço, “não deve nem pode o juiz intrometer-se mais na lide”. Daí conclui-se pela limitação da insurgência dos embargos às hipóteses contidas na lei de regência.

Contrariando o posicionamento da iterativa doutrina (Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha⁸⁷) José Carlos Barbosa Moreira⁸⁸ e Cândido Rangel Dinamarco⁸⁹ asseveram “não haver efeito devolutivo nos embargos de declaração em razão de referido recurso ser dirigido e julgado pelo mesmo Juízo que proferiu a decisão atacada”. Não há, portanto, segundo eles, motivo suficiente para se transferir ou devolver a matéria, na correta acepção jurídica do termo, a outro grau de jurisdição, pois é no mesmo grau que se realiza a interposição, bem como o julgamento do inconformismo.

Tal entendimento, em que pese ser defendido com veemência por dois juristas pátrios, não se sustenta por seus próprios fundamentos. É que, do efeito devolutivo, decorre logicamente a impossibilidade de se operar o fenômeno processual da preclusão da matéria embargada.

Se não houvesse, então, reconhecimento do efeito devolutivo com a simples interposição dos embargos de declaração, seria o mesmo que afirmar que a matéria da decisão

⁸⁶ *In* Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 230.

⁸⁷ *In* Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnações às Decisões Judiciais e Processos nos Tribunais. 11 ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013, p. 204. V. 3.

⁸⁸ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 230-231.

⁸⁹ *In* Os efeitos dos Recursos. Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis. Nelson Nery Junior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2002, p. 31.

embargada estaria preclusa, isto é, não poderia novamente ser aventada em recurso próprio com efeito devolutivo a ele inerente. Por via de consequência, ocorreria, também no caso discutido, formação da coisa julgada, o que se revela, na prática forense, ser de todo incorreto.

Deste modo, não há justificativa tampouco fundamento jurídico consistente para infirmar a assertiva de que os embargos de declaração ostentam efeito devolutivo, ainda que de forma limitada.

Por derradeiro, é correto afirmar, em síntese, que os embargos de declaração, segundo Didier Jr.⁹⁰, são revestidos de “efeito devolutivo de argumentação vinculada, somente podendo o embargante alegar omissão, obscuridade e ou contradição, não se lhe permitindo valer-se de outros argumentos tendentes a obter a alteração do julgado”.

Com efeito, os embargos de declaração só devolvem ao (mesmo) juízo a reapreciação (apenas) da matéria embargada. Contudo, não há óbice para que, quando da análise dessa matéria, ocorra significativa alteração no julgado em vista da repercussão que possa suceder em outros pontos do *decisum* (matéria de ordem pública), embora não explicitamente questionados.

3.2 Efeito suspensivo

A interpretação que se extrai do artigo 497, do CPC, remete à conclusão de que os embargos de declaração ostentam caráter suspensivo da eficácia quanto à decisão recorrida. Há de se assinalar, por oportuno, ser uníssono na doutrina esse entendimento, como verifica-se em Barbosa Moreira⁹¹, Marinoni e Arenhart⁹² e Greco Filho⁹³.

Assim, para a hipótese que nos interessa, como não existe óbice ou disposição legal em contrário no direito positivo vigente, permitindo a suspensão da eficácia da decisão embargada, é de se presumir que os embargos de declaração sejam dotados de efeito suspensivo. Para Didier Jr. e Leonardo Carneiro⁹⁴, “o efeito suspensivo resulta da mera recorribilidade do ato, não decorrendo da interposição do recurso nem de sua aceitação ou de seu recebimento pelo juiz ou tribunal”.

Desta feita, via de regra, todo recurso, no silêncio da lei e dentro do regime processual civil pátrio, é dotado de efeito suspensivo. Entretanto, exceção a essa regra está presente, por

⁹⁰ *In ob. cit.*, p. 205.

⁹¹ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 283 e p. 557.

⁹² *In* Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 574.

⁹³ *In* Direito processual civil brasileiro. v. 2. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 281.

⁹⁴ *Idem*, p. 206.

exemplo, no processo do trabalho, conforme o estabelecido no artigo 899, da Consolidação das Leis do Trabalho. O Recurso Especial e o Extraordinário, por força do contido no artigo 497, do CPC, também não são dotados de efeito suspensivo.

Convém, aqui, rememorar o que se entende por eficácia suspensiva. Para Barbosa Moreira⁹⁵, “o efeito suspensivo consiste em fazer subsistir o óbice à manifestação da eficácia da decisão”. Referido e renomado juriconsulto continua o raciocínio dizendo que “a interposição dos embargos de declaração prolonga o estado de ineficácia em que se encontra a decisão, pelo simples fato de estar sujeita à impugnação através do recurso”.

Na mesma senda, encontra-se Bondioli⁹⁶, para quem “o efeito suspensivo consubstancia-se na aptidão do recurso a conter a eficácia da decisão recorrida até o julgamento da pretensão recursal”.

Assim, pode-se dizer, em termos práticos e em razão do exposto anteriormente, ainda segundo o processualista⁹⁷ citado no parágrafo precedente, que “a decisão sujeita a recurso com efeito suspensivo aflora já com eficácia contida. Tal contenção perdura, no mínimo, até o escoamento do prazo para a interposição desse recurso. E pode ser estendida, com a apresentação do tal recurso, até o julgamento deste”.

Há, pois, via de regra, pela simples interposição dos embargos de declaração, estado de ineficácia do ato embargado.

Contudo, com relação ao efeito suspensivo dos embargos de declaração há, ao menos, uma exceção. É sabido e ressabido, e isso já foi objeto de estudo no presente trabalho, que os embargos de declaração são oponíveis contra todo e qualquer pronunciamento judicial. Deste modo, a eficácia suspensiva a ele atribuída deve acompanhar a regra do recurso que seria cabível da decisão embargada ou que poderá ou deverá ser interposto após o seu julgamento.

Bondioli⁹⁸ relata que, “nas hipóteses em que a decisão embargada for ulteriormente impugnável por recurso desprovido de efeito suspensivo, a extensão da sua recorribilidade produzida pelos embargos não terá qualquer interferência na eficácia do ato embargado, que já estava e continuará liberada.”

Grosso modo, não fosse assim, poder-se-ia dizer que todo e qualquer ato ou pronunciamento judicial embargável de declaração estaria impossibilitado de ser cumprido eficaz e imediatamente. Por esse relevante motivo é que José Miguel Garcia Medina e Teresa

⁹⁵ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 122-123.

⁹⁶ *In* ob. cit., p. 195.

⁹⁷ *Idem*, p. 196.

⁹⁸ *Idem*, p. 198.

Arruda Alvim Wambier⁹⁹ entender ser no mínimo insólita a assertiva de que o efeito suspensivo que recai sobre o remédio em questão é automático, porquanto “os efeitos de quaisquer decisões só se produziriam depois de escoado o prazo dentro do qual os embargos de declaração poderiam ter sido interpostos”.

De outra banda, não se pode dizer, por exemplo, que o efeito suspensivo dos embargos não é automático, mesmo não ostentando o recurso próprio subsequente de referido mecanismo, quando a decisão for, *per si*, dificultosa, quiçá impossível de ser cumprida em razão de falta de clareza ou em decorrência da presença de obscuridade ou omissão que obstrui sua inteligibilidade.

Há, portanto, neste caso, decisão defeituosa com impossível consecução que justifica a concessão do efeito suspensivo até que sejam repelidas incongruências que obstam o seu cumprimento a contento, ainda que o recurso próprio não seja dotado do mencionado efeito.

Revela-se, pois, em razão do antes exposto, ser de todo incorreta a afirmação genérica de que os embargos de declaração são dotados de efeito suspensivo automático. Deve-se levar em consideração, para o seu reconhecimento, ao menos dois requisitos, a) se o recurso próprio oponível contra a decisão embargada tem efeito suspensivo; e b) se o recurso próprio oponível contra a decisão embargada não possui efeito suspensivo, se a decisão embargada está compreensível, de modo a ser cumprida válida e eficazmente, sem que sua efetivação seja impossível ou que cause excessivo gravame a uma das partes.

3.3 Efeito interruptivo do prazo

Outro aspecto de grande importância vem à tona quando se trata de embargos de declaração refere-se ao efeito interruptivo de sua interposição, insculpido no artigo 538, do CPC.

Ressalte-se que o simples manejo dos embargos de declaração, desde que admissíveis e aviados no tempo aprazado – porquanto recurso manifestamente inadmissível ou intempestivo não produz efeito –, é suficiente para interromper o prazo de interposição de outros recursos cabíveis contra a mesma decisão. E isso é válido para todo os que compõem a tutela jurisdicional, sejam eles o sujeito passivo ou o ativo da lide. Não ocorre controvérsia alguma no plano doutrinário ou jurisprudencial a esse respeito.

⁹⁹ *In ob. cit.*, p. 210.

Há de se assinalar, ainda, que o efeito interruptivo é considerado genérico, isto é, aplica-se à decisão como um todo e não só à parte impugnada nas razões dos embargos de declaração.

Em vértice diametralmente oposto, nos Juizados Especiais Cíveis, por força da regra específica contida no artigo 50, da Lei Federal nº 9.099/95¹⁰⁰, os embargos de declaração opostos contra a sentença suspendem o prazo para interposição do recurso inominado. Já se os embargos de declaração forem tirados contra acórdão proferido pela turma recursal, terão eles o mesmo efeito interruptivo previsto na legislação processual civil ordinária¹⁰¹.

Reconhecido, então, o efeito interruptivo com a interposição dos embargos de declaração, é correto afirmar que todos os litigantes envolvidos na contenda terão, de forma integral, devolução do prazo recursal após a intimação da decisão dos embargos, ainda que eles não sejam conhecidos¹⁰² ou providos¹⁰³. Isto é, recomeça-se a contagem, integralmente, do prazo para interposição do outro recurso subsequente cabível na espécie contra a decisão embargada.

Nada obstante, curioso caso foi decidido pelo STJ em 26 de junho de 2003, no julgamento do REsp nº 444.162/GO, de relatoria do Ministro Paulo Gallotti, para quem “os embargos declaratórios interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes, inclusive para novos embargos declaratórios.

Destarte, para o STJ, sendo os embargos de declaração considerados, na correta acepção jurídica do termo, um recurso, a expressão “outros recursos”, presente no *caput* do artigo 538, do CPC, deve ser vista e aplicada da forma mais abrangente e ampla possível, também para albergar a possibilidade de interposição de embargos pelo embargado e atacar a decisão primitiva, após a publicação da decisão dos embargos do embargante.

Segundo prelecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁰⁴, não parece que, no caso discutido, o STJ tenha conferido melhor aplicação e interpretação do disposto no artigo 538, do CPC, visto que há na jurisprudência da aludida corte farto entendimento contrário ao esposado¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

¹⁰¹ STF, AI nº 451.078, de rel. do Min. Eros Grau, j. em 31.08.2004.

¹⁰² STJ, 1ª T., AgRg no Ag 908.190/RS, de rel. do Min. Francisco Falcão, j. em 06.12.2007, p. no *DJ* do dia 24.03.2008.

¹⁰³ STJ, 4ª T., AgRg nos EDcl no Ag 916.675/SP, de rel. do Min. Fernando Gonçalves, j. em 13.05.2008, p. no *DJ* do dia 02.06.2008.

¹⁰⁴ *In ob. cit.*, p. 212-213.

¹⁰⁵ EDcl nos EDcl no REsp nº 717.621/SP, re rel. do Min. Humberto Martins, j. em 12.06.2007, p. no *DJ* em 22.06.2007; REsp nº 509.616/SC, de rel. do Min. Franciulli Netto, j. em 02.10.2003, p. no *DJ* de 29.03.2004; EDEDCC nº 36.933/SE, de rel. da Min. Nancy Andrigui, j. em 24.03.2004, p. no *DJ* de 19.04.2004.

Tempos depois, isto é, em 07 de junho de 2006, visando melhor interpretar e aplicar o dispositivo comentado, o Tribunal da Cidadania pacificou entendimento jurisprudencial diverso do outrora apontado, através de sua Corte Especial, quando do julgamento do REsp nº 330.090/RS, de relatoria do Ministro Barros Monteiro.

Vale, portanto, a oportuna transcrição do julgado em comento:

“PROCESSO CIVIL. PRAZO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. O prazo para a oposição dos embargos de declaração é comum a ambas as partes, esgotando-se tão logo decorrido o prazo de cinco dias contado da publicação do julgado; consequentemente, ainda que opostos embargos de declaração por uma das partes, o curso desse prazo não se interrompe, devendo a outra aproveitá-lo se o acórdão se ressentir de um dos defeitos previstos no art. 535, I e II, do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão. Recurso especial não conhecido.

Assim é que, segundo os juristas¹⁰⁶ citados, “não restam dúvidas de que a interrupção do prazo vale para ambas as partes. Entretanto, a prevalecer o entendimento de que a interrupção alcançaria também a possibilidade de haver novos embargos contra a decisão originariamente embargada, chegar-se-á à ilação de que ao embargante não se interrompe o prazo para novos embargos contra a decisão originária, dada a preclusão, mas para a parte contrária haveria tal interrupção”.

Noutras palavras, não pode o embargante renovar, mais uma vez, os embargos tirados contra a decisão primária. Contudo, pode ele opor novo aclaratório visando, apenas e tão-somente a integração do julgado embargado, sob pena de se afrontar a isonomia.

Isto porque é correto afirmar que é defeso, tanto ao embargante quanto ao embargado, opor, após a decisão dos embargos, novo remédio aclaratório para atacar a decisão originária, em razão do fenômeno processual da preclusão temporal.

Nesta senda, aliás, se posiciona o STF sobre o tema:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO CONTRA ACÓRDÃO PROLATADO EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO. PRAZO. LIMITES. Os embargos de declaração não interrompem o prazo para a oposição de embargos

¹⁰⁶ *In ob. cit.*, p. 213.

declaratórios à decisão já embargada pela parte contrária. Jurisprudência da Corte. É possível opor-se embargos de declaração contra acórdão prolatado em embargos declaratórios, evidentemente limitados à matéria veiculada no próprio acórdão embargado. Se o seu objetivo claro é o de remontar-se ao primitivo acórdão então embargado, trazendo matéria já preclusa, na tentativa de, com isso, suprir omissão de sua parte, que não o impugna no momento adequado, impõe-se a sua inadmissibilidade. Embargos rejeitados.”¹⁰⁷

Como se vê, os embargos de declaração, a despeito de possuírem natureza integrativa aclaratória, não afrontam o princípio da unirecorribilidade. Desse modo, contra as decisões judiciais, sempre será possível, simultaneamente, tanto o manejo dos embargos de declaração, como o do recurso correspondente, necessário à análise do pedido de cassação ou substituição da decisão recorrida.

Na hipótese de interposição de outro recurso por uma das partes, antes da publicação da decisão dos embargos opostos por outro litigante, é exigência perante o STJ¹⁰⁸, em se tratando da via especial (Recurso Especial), que haja ratificação por àquele em caso de manutenção da decisão recorrida, ou complementação do recurso em caso de modificação pela decisão dos embargos¹⁰⁹, sob pena de ser considerado intempestivo o seu inconformismo.

Trata-se da consagração da tese do recurso prematuro, segundo o qual recurso ajuizado antes da prolação da decisão dos embargos, que não é ratificado após o seu julgamento, deve ser concebido como *ante tempus*, ou seja, intempestivo.

Vale ressaltar que, havendo necessidade de complementação ou de ratificação das razões recursais, o prazo para a sua realização é o mesmo do próprio recurso que se pretende adaptar. Computa-se, neste caso, o início da ciência inequívoca dos termos da decisão que acolheu ou desacolheu os embargos de declaração e deve restringir-se às modificações introduzidas pela decisão embargada. Não se abre, portanto, prazo para alegação de matéria nova.

¹⁰⁷ 1ª Turma, RE nº 209.017 ED-ED/RS, de rel. do Min. Ilmar Galvão, j. em 16.06.1998, p. no DJ do dia 11.12.1998.

¹⁰⁸ Súmula 418: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

¹⁰⁹ STJ, Corte Especial, REsp 776.265/SC, rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 18.04.2007, p. no DJ do dia 06.08.2007.

Em síntese, segundo Teresa Arruda Alvim Wambier¹¹⁰, “exceção-se do alcance da preclusão consumativa a circunstância de haver, supervenientemente, decisão integrativa aclaradora ou modificativa da que já tenha sido impugnada”. Isso significa que matéria que não sofreu alteração do julgado dos embargos e não havia, por óbvio, sido inserida no recurso original, não poderá integrar, pela via da complementação, o recurso que visa a cassar ou substituir a decisão primitiva. É seguro dizer, pois, que a intenção do legislador, neste caso, almeja, sobretudo, prestigiar os mais diligentes e evitar complementações extemporâneas dos mais acomodados.

3.4 Efeito infringente e modificativo do julgado

É da praxe forense que os embargos de declaração também são oponíveis fora das hipóteses legais e taxativamente previstas (art. 535, do CPC).

Nada obstante seja da natureza dos embargos de declaração única e tão-somente a adequação da decisão lançada, repelindo imperfeições atinentes a qualquer tipo de obscuridade, contradição ou omissão, por vezes, com sua interposição e acolhimento, podem ocorrer alterações da decisão.

Isto porque, em que pese os embargos de declaração serem inaptos a invalidar, cassar ou substituir a decisão embargada, nada impede que eles produzam alteração, no todo ou em parte, da decisão embargada, como uma consequência natural da correção do vício.

Ou seja, excepcionalmente, podem referidos embargos assumir caráter infringente, ou, então, modificativo do julgado. Daí, pois, que as hipóteses típicas de cabimento do recurso tomam lugar, quando necessário, para, muitas vezes, de forma substancial, provocar uma ou mais alterações na decisão embargada. É o famigerado efeito excepcional do qual se revestem os embargos de declaração, cuja infringência deverá ser reconhecida quando for manifesto o equívoco¹¹¹.

Prima facie, convém diferenciar efeito modificativo de efeito infringente do julgado, terminologias diuturnamente confundidas e aplicadas de forma incorreta pelos operadores do direito no cotidiano forense.

Por efeito modificativo, deve-se entender aquele atribuído aos embargos de declaração, nos casos em que o saneamento de incongruências, nas hipóteses típicas de cabimento do referido recurso (obscuridade, contradição, omissão), provoque uma alteração

¹¹⁰ In Os agravos no CPC brasileiro. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 467.

¹¹¹ STJ, 4ª T., REsp 1.757-SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. em 13.3.90, DJU do dia 9.4.90, p. 2.745.

no julgado. Há, pois, nessa modalidade de embargos, umbilical relação com o artigo 535, do CPC.

Vale gizar que a pretensão do embargante, neste caso, não deve ser a de rediscussão, cassação ou substituição da decisão embargada, ainda que tenha havido alteração jurisprudencial a respeito da matéria recorrida¹¹². Mas sim a de afastar a omissão, a correção da contradição, ou o clareamento da obscuridade que, com o provimento dos embargos, acaba, inevitável e indiretamente, por modificar o julgado, ainda que de forma superficial.

Desta feita, pode ocorrer, com o acolhimento dos embargos, na tentativa de aprimoramento da prestação jurisdicional, alteração do substrato da decisão como um todo. Diz-se, pois, neste caso, que os embargos de declaração ostentam caráter modificativo do julgado. Ou seja, com o saneamento da imperfeição, o resultado dos embargos modifica a decisão primeva.

Daniel Amorim Assumpção Neves¹¹³, com a pertinência que lhe é peculiar, assevera que, embora o efeito do provimento dos embargos neste caso seja atípico, porquanto somente ele se afasta da estrutura básica dos embargos de declaração, tal atipicidade é uma decorrência lógica e natural da possibilidade de enfrentamento de novas questões no recurso.

Em suma, assim é que, em obediência à lei e à intenção do legislador, às vezes, apreciando a ocorrência de omissão, obscuridade ou contradição, o órgão julgador altera, acrescenta ou remove sucumbências da decisão recorrida, com expressa autorização legal, para melhor representar suas ideias¹¹⁴.

Para finalizar, é importante frisar que a possível modificação do julgado não pode ser objeto do recurso, mas tão-somente mera consequência do provimento recursal. Diz-se, portanto, que o efeito modificativo é secundário e não primário.

Noutro vértice, bom que se consigne que o efeito infringente do julgado, o qual pode, em algumas exceções, revestir atipicamente os embargos de declaração, não guarda alguma relação com o artigo 535, do CPC, diferente do que ocorre no efeito modificativo.

Embora seja público e notório, entre os diversos operadores do direito, que os embargos de declaração não se destinam a rediscutir ou reexaminar matérias ou provas, incumbência, em tese, atribuível somente aos recursos de fundamentação livre, parte da doutrina e jurisprudência criaram, à margem das hipóteses tradicionais e da lei, famigerada

¹¹² STJ, 2ª T., EDcl no REsp 624.704/RS, rel. Min. Humberto Martins, j. em 15.05.2008, p. no *DJ* do dia 28.05.2008.

¹¹³ *In ob. cit.*, p. 638.

¹¹⁴ TJMG, 18ª Câmara Cível, EDcl nº 1.0024.00.077504-9/008, rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. em 6.4.2009, p. no *DJe* do dia 29.4.2009.

exceção: possibilidade de apontamento no julgado que se pretende modificar, de presença de inexistências materiais¹¹⁵ ou de erro de fato¹¹⁶.

É que, encampados pelos corolários do direito, representados pela celeridade, efetividade e duração razoável do processo, têm-se admitido embargos de declaração para além das hipóteses insculpidas no artigo 535, do código dos ritos. Daí, pois, a terminologia infringente, serviente para, além das previsões tradicionais, corrigir ou repelir erro de fato ou inexatidão material presentes na decisão combatida.

Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim¹¹⁷ bem esclarecem o fenômeno infringente do julgado. Explicam que “por vezes, o julgamento dos embargos de declaração acarreta a inversão do desfecho consagrado no pronunciamento originário. Nessas situações, ocorre modificação qualificada, a qual recebe o nome de “efeito infringente”.

Grosso modo, neste tipo de embargos, o que se busca é a extirpação de decisões teratológicas, as quais, na prática, são representadas por decisões ululantes, sem sentido algum, totalmente equivocadas ou em descompasso com o contexto fático-jurídico da tutela jurisdicional.

Segundo Daniel Amorim¹¹⁸, nesses casos, os vícios absurdos referem-se ao seu conteúdo ou são gerados pela falsa percepção da realidade pelo órgão prolator da decisão embargada, tais como o erro manifesto de contagem de prazo, ausência de intimação de uma das partes, revelia decretada devido à contestação estar perdida no cartório ou não ter sido juntada nos autos etc.

Assim, reconhecida a teratologia da decisão embargada, será ela, obrigatoriamente, anulada ou reformada. Por tal razão, essa hipótese faz recair, sobre os embargos de declaração, o rótulo de atípicos completos, porquanto as únicas semelhanças do remédio aclaratório são o nome e o prazo para seu aviamento.

Ainda segundo o elastério do processualista¹¹⁹ citado anteriormente, a justificativa pela qual se deve, neste caso, ser permitido o desvirtuamento da finalidade precípua dos embargos de declaração é muito prática, simples e “cinge-se à necessidade de conceder às partes instrumentos aptos a extirpar o absurdo jurídico do processo de forma rápida, barata e simples possível, o que se mostra benéfico ao sistema jurídico”.

¹¹⁵ Art. 463, I, do CPC.

¹¹⁶ Art. 485, IX, do CPC.

¹¹⁷ Idem, p. 1.205.

¹¹⁸ Idem, p. 638.

¹¹⁹ Idem, p. 639.

Assim como a doutrina, a jurisprudência do STJ também admite, de forma excepcional, embargos de declaração com efeito infringente do julgado nas hipóteses levantadas neste tópico¹²⁰.

Em que pese ser de todo louvável a possibilidade de manejo dos embargos de declaração com efeito infringente para afastar decisões desconexas, segundo Daniel Amorim¹²¹ “corre-se o perigo de vulgarização dos embargos de declaração, servindo tal entendimento como incentivo às partes embargarem em vez de ingressarem com o recurso cabível, sob a pálida argumentação de que a decisão é teratológica”.

Não há de se falar em desvirtuamento do instituto ou da finalidade a que se destinam os embargos de declaração. Muito pelo contrário. O raciocínio tem de ser justamente o inverso. O processo deve, sempre que possível, obedecer rigorosamente aos ditames e procedimentos previstos na lei, sob pena de nulidade. No caso em concreto, não há justificativa jurídica plausível alguma tampouco razão suficiente que impossibilite a modificação do julgado através dos embargos de declaração.

Parte-se da premissa de que o processo deve ter começo, meio e fim. E mais, vinculado à regra de obediência aos mandamentos constitucionais indissociáveis do processo civil contemporâneo, em que se deve conferir maior celeridade transcendendo o rigorismo exacerbado da lei ou formas processuais específicas, é que se mostra preferível a utilização dos embargos de declaração com efeito infringente para reformar ou anular a decisão embargada.

A aplicação é, neste caso, deveras prática, benéfica, célere e o melhor, não custa nada ao jurisdicionado. Por esse motivo deve ser compartilhada e efetuada por todos os operadores do direito que coadunam com o corolário máximo do atual Estado Democrático do Direito, qual seja, duração razoável do processo e economia dos atos processuais.

Não há sentido algum que justifique a necessidade de interposição de outro recurso (apelação ou agravo, por exemplo) para atacar a decisão, se ela pode ser embargada com efeito infringente, cujo resultado prático, em caso de provimento, é muitas vezes idêntico ao obtido com a análise e provimento daquele.

Não há explicação, apenas por amor ao rigor da lei, que sustente a movimentação da máquina estatal judicial, quando se pode, grosso modo, resolver o problema de forma muito

¹²⁰ STJ, 1ª T., ED nos ED no AgRg no Ag nº 314.971/ES, de rel. do Min. Luiz Fux, j. em 24.11.2004, p. no DJ do dia 31.05.2004.

¹²¹ Idem, p. 639.

mais rápida, prática e sem o dispêndio de numerário, aparato e de corpo judiciário escassos, em razão da sobrecarga que tanto aflige o Poder Judiciário.

Não se amolda, portanto, ao princípio da celeridade, tão almejado contemporaneamente, a ideia segundo a qual o vício de julgamento, atacável por embargos de declaração com efeito infringente, capaz de se render à anulação ou modificação do julgado, por outro recurso ou meio autônomo de impugnação, não pode ser expungido no próprio bojo do processo mediante o acolhimento dos embargos.

Há mais com o que se preocupar. O tempo pode ser empreendido com tarefas outras que realmente justifiquem a sua necessidade.

Até porque, para Maurício Pessoa¹²², “no direito em geral, e no processo em particular, é sempre imprudente, e às vezes muito danoso, levar às últimas consequências a aplicação rígida de qualquer princípio”.

No mesmo diapasão, ensina Barbosa Moreira¹²³, para quem é “desnecessário frisar que princípios processuais estão longe de configurar dogmas religiosos”.

Se deve reconhecer, portanto, que sempre que possível, o princípio da instrumentalidade das formas deve ser aplicado visando, sobretudo, a amenizar prejuízos às partes e, outrossim, para obedecer à consecução dos fins a que se destina o próprio processo, sem, contudo, burlar ou causar confusão à marcha processual.

O efeito infringente do julgado, reconhecido nos embargos de declaração, é um importante mecanismo da instrumentalidade do processo e que caminha, inexoravelmente, para a efetivação do direito processual e material. Por este motivo, deve continuar a ser aplicado, evitando-se o prolongamento desnecessário da tutela jurisdicional com interposição de recursos extremamente burocráticos, rigorosos e dispendiosos.

3.5 Prazo

A oposição dos embargos de declaração deve ser realizada em até cinco dias, cujo *dies a quo* se dará no dia útil subsequente ao da publicação da decisão que se pretende embargar, conforme artigo 536, do CPC.

Entretanto, se o jurisdicionado estiver representado por defensor público, o prazo será em dobro conforme determina o artigo 5º, parágrafo 5º¹²⁴, da Lei nº 1.060¹²⁵ de 05 de

¹²² *In ob. cit.*, p. 120.

¹²³ *In ob. cit.*, p. 327.

fevereiro de 1950. O mesmo se estende às Fazendas Públicas (Municipal, Estadual e Federal) e ao Ministério Público, neste caso, por força do disposto no artigo 188¹²⁶, do CPC.

Para os advogados atuantes na esfera privada, o prazo somente poderá ser contado em dobro, pelo estabelecido no artigo 191¹²⁷, do CPC, havendo diferentes procuradores nos autos. A multiplicidade de procuradores, necessariamente defendendo partes adversas (litisconsortes), é, pois, neste caso, condição *sine qua non*¹²⁸ para a concessão da *benesse*, ou seja, do prazo duplicado.

Como existem exceções, serão exemplificadas ao menos duas delas.

Com efeito, em julgamento isolado, quando da análise do AgRg nos EDcl no EDcl no Ag autuado, sob o nº 743.651 do Distrito Federal, de relatoria do eminente Ministro Ari Pargendler, disponibilizado no *DJe* em 07 de abril de 2009, a 3ª Turma do STJ assim se posicionou sobre a (im)possibilidade da outorga do prazo em dobro ao embargante nos embargos de declaração. Confira-se:

“Ainda que os litisconsortes sejam representados por diferentes procuradores, cada qual tem o prazo de 5 (cinco) dias para opor os embargos de declaração, os quais não se sujeitam ao regime do artigo 191, do Código de Processo Civil”.

Embora o precedente citado no parágrafo anterior não justifique o motivo pelo qual os embargos aclaratórios não podem ou não se amoldam ao regime do prazo em dobro, e como se trata de julgamento isolado, inclusive em descompasso com a iterativa jurisprudência firmada pelo STJ, não há razão alguma para deixar de aplicar o artigo 191, do CPC, nos embargos de declaração.

Continuando, se mostra, no mínimo, impertinente, quiçá *contra legem* referido entendimento quando, na hipótese, o legislador constituinte tenha inserido os embargos de

¹²⁴ Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

[...]

§ 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se lhes em dobro todos os prazos.

¹²⁵ Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

¹²⁶ Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público.

¹²⁷ Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos.

¹²⁸ Para De Plácido e Silva (ob. cit., p. 1294) *sine qua non* é a imposição, pelo que, sem que se registre a condição instituída, não é possível a realização ou a legitimidade do que se quer.

declaração no rol dos recursos, de modo que a eles se aplica o benefício do prazo em dobro, porquanto legalmente previsto a todos os recursos, sem exceção alguma.

Não há, portanto, justificativa plausível que sustente, por seus próprios fundamentos, a impossibilidade da concessão do prazo em dobro para os embargos de declaração.

3.5.1 Prazo em dobro e o e-processo

Com a implementação do processo judicial eletrônico (PJ-E) nos grandes e principais Tribunais pátrios, surgiu entendimento jurisprudencial oposto ao atualmente estabelecido pelo Código de Processo Civil no que diz respeito ao prazo em dobro para recorrer.

Isto é, há quem entenda que o prazo em dobro foi revogado de forma tácita, devendo sua aplicação, nos feitos virtuais, ser repelida. Esta conduta, ou melhor, este entendimento vem, dia após dia, crescendo para o desespero dos menos avisados. Ou seja, há quem acene pela aplicação do prazo simples para interposição de recurso, mesmo se existirem procuradores distintos representando cada qual um consorte diferente, em se tratando de procedimento pela via eletrônica.

O maior Tribunal de Justiça do país, ou seja, o do Estado de São Paulo, através da sua 30ª Câmara de Direito Privado, nos autos do Agravo de Instrumento distribuído sob o número 0084668-50.2013.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Marcos Ramos, julgou, em 31 de julho de 2013, e publicou, em 12 de agosto de 2013, a seguinte decisão sobre o tema:

“EMENTA: Ação de obrigação de fazer Decisão que indeferiu o pedido da agravante no tocante à contagem de prazo em dobro, nos termos do art. 191 do CPC e decretou sua revelia - Parcial reforma - Necessidade - Processo eletrônico - Protocolo, distribuição e juntada de petições eletrônicas que poderão ser feitos automaticamente, sem intervenção da unidade judiciária – Resolução nº 51/201 do TJSP - Magistrado do processo que determinou o aditamento do mandado para citação da agravante - Prazo para apresentação da contestação que deve ter início no dia subsequente ao da certidão eletrônica que informou a juntada/devolução do mandado Aplicação do art. 191 do CPC - Desnecessidade - Processo eletrônico - Conteúdo à disposição das partes 24 horas por dia - Precedentes jurisprudenciais do TRF.

Como fundamentação para justificar seu posicionamento visando reconhecer a não aplicação do artigo 191, do CPC, aos processos que tramitam de forma eletrônica, o Tribunal Bandeirante valeu-se de um precedente oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que assim se posicionou:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PRAZO EM DOBRO. ART. 191 DO CPC. LITISCONSÓRCIO COM DIVERSIDADE DE PROCURADORES. PROCESSO ELETRÔNICO. DESNECESSIDADE. O artigo 191 deve ser interpretado de forma teleológica, isto é, de forma a atender à finalidade da norma, respeitando os princípios da utilidade, igualdade e da ampla defesa. Assim, a regra contida no art. 191 do CPC é inaplicável ao processo eletrônico, posto que não se fazem mais presentes as restrições para vista dos autos.¹²⁹”

Por seu turno, o festejado professor Flávio Luiz Yarshell¹³⁰, sempre com a acuidade que lhe é salutar, ao discorrer sobre julgados que afastam a aplicação do artigo 191, do CPC, nos processos judiciais eletrônicos, assinalou que:

"Com a devida vênia, interpretação dessa natureza é equivocada e gera insegurança incompatível com o que legitimamente se espera do processo judicial. Regras sobre prazos são parte importante da disciplina da relação jurídica processual e, portanto, estão sujeitas ao princípio da legalidade. Se a lei que regulou o processo eletrônico nada estabeleceu a respeito, não é lícito ao intérprete presumir regra que restrinja de prerrogativa até então vigente.

As normas processuais sobre prazos – de cuja falta de observância podem decorrer prejuízos relevantes para as partes, sem falar na responsabilidade funcional dos advogados – devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais da segurança e da confiança legítima. Inteligência que simplesmente tenha por implicitamente derogada a regra do art. 191 do CPC não se coaduna com tais postulados e,

¹²⁹ TRF 4ª Região – 3ª Turma - Agravo de Instrumento nº 503563-1.2013.404.00 do Paraná, de Rel. do Des. Fed. Fernando Quadros da Silva, j. em 15.05.2013.

¹³⁰ Processo eletrônico e prazos processuais: vigência plena da regra do art. 191 do CPC. Artigo publicado na Carta Forense em 02 de abril de 2013.

portanto, não se harmoniza com o conteúdo do devido processo legal (CF, art. 5º, inciso LIV)."

Logo, se extrai, num primeiro momento e em sede de cognição sumária, que, no afã de obter o processo célere, tão almejado no direito processual civil contemporâneo, tanto o TRF da 4ª Região como o TJSP se precipitaram ao aplicar direito diferente do legalmente previsto.

Este não é, portanto, *data máxima vênia*, o melhor entendimento, ao menos não deve ser apostado antes da expressa revogação do artigo de lei que estabelece o prazo em dobro, consoante restará demonstrado.

Convém assinalar que o artigo 191, do CPC, está vigente e disso não há dúvidas. Confrontando os julgados colacionados com o conteúdo do artigo em destaque, a primeira pergunta que deve ser feita é se tal norma continua em vigor, já que o venerável acórdão simplesmente negou vigência a texto expresso de lei de forma incontestes.

Impende gizar que referido dispositivo foi inserido no atual sistema processual em 11 de janeiro de 1973, através do atual CPC, passando a vigorar, em razão da *vacatio legis*, somente em 1º de janeiro de 1974. Mencionado artigo vinha, desde então, sendo (ao menos deveria) aplicado de forma sistemática sem intercorrências.

Nada obstante seja ululante que, quando da promulgação do atual código o cenário – em especial o tecnológico – era bem distinto do que se presencia hoje, notadamente se se considerar que estamos inseridos em plena era digital em que o processo eletrônico é realidade na grande maioria dos Tribunais aqui instalados. Em tese, isto justifica e não torna de todo errado, o entendimento adotado pelos julgados ora questionados. Porém, há de se respeitar a norma legal vigente (art. 191, do CPC).

É forçoso concluir, entretanto, que, de fato, não faz mais sentido a concessão de prazo em dobro para manifestação, ou até mesmo para recorrer nos autos, em se tratando de autos eletrônicos, por ser sabido e ressabido que as partes têm livre acesso à demanda 24 horas por dia.

Contudo, em que pese o processo judicial e o direito consubstanciarem-se em institutos deveras dinâmicos nos quais os entendimentos sobre temas diversos são diuturnamente modificados, há de existir, no caso em apreço, respeito ao processo legislativo.

Isto é, deve ser respeitada a lei e também a intenção do legislador constituinte, sob pena de se fazer presente a insegurança jurídica.

Ademais, mais certo ainda, é deveras prejudicial à prestação jurisdicional, de um modo geral, modificar regra ou adotar novo entendimento sobre matéria pacificada desde a publicação da lei e que é, pois, estável, especialmente se considerarmos que estamos falando de prazos, o que se torna mais grave, porquanto se alterou sobremaneira a sistemática processual vigente, sem nenhum aviso prévio às partes.

Mas não é só. Há lei em vigência afirmando exatamente o contrário. Se é de conveniência que se apliquem os princípios da celeridade e efetividade em prol de um processo com duração mais razoável, que se obedeça também ao processo legislativo, a despeito da massificação das demandas e do fácil acesso à justiça que prejudicam a boa prestação jurisdicional em razão do excessivo acúmulo de processos.

O que não pode acontecer é o Judiciário impor literalmente, ao jurisdicionado, parte hipossuficiente na relação, sua intenção em resolver, de uma hora para outra e de forma incoerente, quiçá desarrazoada, a crescente beligerância social que tanto impede o rápido andamento dos feitos.

Fazer pesar sobre o ombro do jurisdicionado o ônus que é do Estado, no mínimo, é surreal. Se há excesso de trabalho ou de processos pendentes de julgamento, que se criem outros mecanismos para solução do imbróglio que não o da decisão surpresa ou a aplicação de direito diferente do previsto.

Com efeito, a função do Poder Judiciário não é a de legislar. Muito pelo contrário. Essa incumbência é, como bem se sabe, do Poder Legislativo. Então, pode-se afirmar, sem a pretensão de desvelar o óbvio, que o Judiciário tem a missão de aplicar o direito expresso em lei à espécie como meio de pacificação ou solução de conflitos postos à sua apreciação.

Logo, se o Judiciário deve aplicar a lei, legislar não é sua função, e como não houve derrogação do artigo 191, do CPC, o prazo em dobro deve ser conferido a todos, desde que preenchidos os requisitos específicos, seja em autos físicos ou eletrônicos, em respeito ao devido processo legal.

Desta feita, embora as decisões em testilha sejam precedentes persuasivos e não vinculantes, há de se tomar todo o cuidado. Isto porque é de grande alvitre se rememorar que vinculantes são apenas as Súmulas editadas pelo Colendo Supremo Tribunal Federal em virtude do contido no artigo 103-A da Magna Carta e sobre as regras e nos moldes previstos na Lei nº 11.417¹³¹ de 19 de dezembro de 2006.

¹³¹ Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

Fredie Didier Junior¹³² explica que o precedente persuasivo (*persuasive precedent*) não tem eficácia vinculante; possui apenas força persuasiva (*persuasive authority*), na medida em que constitui “indício de uma solução racional e socialmente adequada”. Nenhum magistrado está obrigado a segui-lo; “se o segue, é por estar convencido de sua correção”.

Deste modo, parece indubitável que, aqui, os Tribunais resolveram, infelizmente, legislar. Ou seja, decidiram afastar direito antigo (desde 1973 presente no CPC) sem embasamento algum ou justificativa legal (e não principiológica) que autorize a não aplicação do artigo de lei que rege a matéria e que também se aplica a todos os recursos, sem distinção.

Esse *modus operandi*, um tanto quanto usurpador, é característico dos *decisionismos* e *ativismos* judiciais, veementemente repudiados pelo jurista Lenio Streck¹³³.

Para ele¹³⁴ “da mesma forma em que no nosso cotidiano não podemos sair por aí trocando o nome das coisas e fazendo o que queremos, também no direito não podemos trocar o nome dos institutos e atribuir sentidos às coisas segundo nossos sentimentos pessoais”. E complementa: “... no direito a linguagem não é privada. Não é nossa¹³⁵”.

Noutras palavras, é defeso ao juízo dar interpretação diversa da disposição literal da lei, sob pena de ofensa, no mínimo, à isonomia, à ampla defesa e ao contraditório.

Vale dizer que no atual Estado Democrático de Direito é conferido aos cidadãos, ainda segundo Streck¹³⁶ “o direito à não surpresa, isto é, põe-se, em tese, a cabo, as armadilhas jurídicas, ou melhor, a jurisprudência defensiva cujo intento é obstar seguimento de recursos e tornar, então, o processo mais célere, efetivo em detrimento do *due processo of law*”.

A toda evidência, essa conduta, se perpetuada no tempo, caminhará em sentido totalmente contrário ao que instituirá o novo CPC¹³⁷, porquanto haverá significativa alteração a partir do momento em que ocorrer a imposição de que os tribunais deverão, de forma ainda mais rígida, uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Em suma: infelizmente hoje não existe um padrão (estável, íntegro e coerente) que justifique, de forma contundente e sem desrespeitos a princípios comezinhos do direito, a não

¹³² In Curso de Direito Processual Civil, volume 2, Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. 8ª Edição, 2013. Ed. Jus Podivm. p. 444-445.

¹³³ Como ativismo judicial designamos uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Ativismo_judicial>. Acesso em: 15 de janeiro de 2015.

¹³⁴ Idem.

¹³⁵ In Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em 18 dez. de 2014.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010, do Senador Jose Sarney, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil.

aplicação do prazo em dobro nos e-processos, a despeito do que continua a estabelecer a lei de regência (art. 191, do CPC).

Como bem colocado por Streck:

“Não se pode confiar sentidos às coisas segundo entendimentos pessoais do intérprete porque o mundo a ninguém pertence: nele nos situamos a partir de uma intersubjetividade. Não há um grau zero de sentido! No direito inexistente linguagem privada e, por isso, é insuficiente adotar padrão coerente de decisões se o que se faz está pautado no equívoco.”

Não há dúvida, portanto, nessa linha de raciocínio, que os fundamentos, aqui expostos desautorizam o modo de decidir até então adotado pelo TRF – 4ª Região e demais Tribunais discípulos, ao criar jurisprudência *contra legem*.

O prazo em dobro deve, portanto, salvo melhor juízo, ser mantido aos jurisdicionados que possuam diferentes procuradores nos autos até que o artigo de lei correspondente seja revogado como reza o bom direito, sob pena de se criar, ou melhor, de se proliferar uma cadeia jurisprudencial equivocada lastreada em premissa duvidosa, quiçá ilícita, e em vértice diametralmente oposto à intenção do próprio legislador.

Sendo assim, até que sobrevenha alteração legislativa em sentido contrário, o artigo 191, do Código de Processo Civil, deve permanecer hígido e continuar a ser aplicado e respeitado, inclusive nos autos eletrônicos em prestígio ao postulado constitucional do devido processo legal (*due process of law*).

Ademais, convém notar que é necessário estar bem atento às ações adotadas pelo Judiciário pátrio para que o objetivo tão almejado do processo célere, em observância à duração razoável do processo, seja alcançado sem que com isso ocorram mitigações de preceitos dogmáticos da ciência processual.

Em que pese ser louvável a tentativa de se alterar e adequar o entendimento às peculiaridades da era digital do mundo moderno, não se pode esquecer de que a lei que rege os procedimentos judiciais eletrônicos, qual seja, Lei nº 11.419/2006, não nenhum tipo de ressalva tampouco menção à mudança no sistema da contagem do prazo. A mudança inesperada, e um tanto quanto espantosa da jurisprudência, é deveras prejudicial à própria dignidade da Justiça, quem dirá aos jurisdicionados que estão sendo muito prejudicados, notadamente em razão da insofismável insegurança que isso vem gerando.

Do modo aplicado, a jurisprudência infunde no jurisdicionado desconfiança no Poder Judiciário, levando, em consequência, a Justiça ao descrédito, o que não se pode admitir por razões ululantes.

A bem da verdade, o que se busca é justamente o sentimento contrário, ou seja, devem-se preservar, na medida do possível, correntes majoritárias da jurisprudência que se alinhem com a lei de regência, porquanto umbilicalmente vinculadas à boa política judiciária. Pois, se a conduta proativa for positiva, ela infundirá no jurisdicionado, além de confiança no Judiciário, maior respeito às suas decisões já que o anseio da sociedade é que as decisões judiciais sejam harmônicas em situações idênticas ou semelhantes.

Até porque, para Cruz e Tucci¹³⁸, “não há conspiração maior contra a previsibilidade e a segurança do direito do que as repentinas e inusitadas alterações da jurisprudência”.

Chegou a hora, portanto, de se atualizar. É exatamente por este motivo que devem ser prestigiados os autos eletrônicos. Contudo, de igual maneira, deve ser respeitada a legislação em vigor, sob pena de se criar a tragicomédia do e-processo.

3.6 Preparo e a sua exigência nos embargos de declaração protelatórios

Para Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim¹³⁹, o preparo nada mais é do que o “prévio pagamento das despesas relativas ao processamento do recurso”.

Embora seja público e notório que a atividade jurisdicional em geral envolve custos para aquele que visa a obter acesso à Justiça, existem algumas exceções, como a dispensada aos necessitados¹⁴⁰ na correta acepção jurídica do termo. Eles são isentos do pagamento de taxas, selos, emolumentos, custas e despesas com publicação no diário de justiça, honorários de advogado e peritos etc, consoante mostram os artigos 2º e 3º, da Lei Federal nº 1.060/50, que regulamenta a assistência judiciária gratuita. Ou seja, os que comprovarem serem hipossuficientes farão, então, jus à concessão da *benesse*.

Também são dispensadas do recolhimento do preparo, em atenção à pessoa do recorrente, todas as Fazendas Públicas e o Ministério Público.

¹³⁸ José Rogério Cruz e Tucci *in* Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em 22 jan. de 2015.

¹³⁹ *In* Comentários ao código de processo civil. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1214.

¹⁴⁰ Segundo o § único do artigo 2º da Lei Federal nº 1060/50: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Em síntese, para José Carlos Barbosa Moreira¹⁴¹, o preparo pode ser dispensado, em virtude de lei, em algumas hipóteses, “quer por razões objetivas, vinculadas à natureza do próprio recurso ou do processo em que ele é interposto, quer por razões subjetivas, atreladas à qualidade do recorrente”.

Outra exceção diz respeito à oposição dos embargos de declaração, pois é da redação do artigo 536, do CPC, que referido remédio será oposto independentemente de preparo, ou seja, neste caso, que é o que nos interessa, não há necessidade de recolhimento de nenhuma taxa ou emolumento para que o inconformismo seja apreciado.

Grosso modo, não se pode exigir do jurisdicionado, no caso dos embargos de declaração, o pagamento de numerário como condição serviente à sua interposição.

Basta, entretanto, que os demais pressupostos para a sua admissibilidade, que lhes sejam, por óbvio, aplicáveis, façam-se cumpridos para a devida análise pelo Juízo.

Maurício Pessoa¹⁴² entende que a gratuidade judiciária, no atinente aos embargos de declaração, “é plenamente justificada e decorre de opção de política legislativa. Sendo, pois, julgados pelo mesmo órgão que pronunciou a decisão recorrida, circunstância que os diferenciam de todas as demais espécies, são reduzidas as despesas com seu trâmite, não se justificando o fato gerador da cobrança”.

Fredie Didier Junior e Leonardo Carneiro da Cunha¹⁴³ trilham o mesmo caminho que Maurício Pessoa. Para eles, a cobrança de preparo nos embargos de declaração não se justifica, tornando-se dispensado, pois “não recebem autuação nem geram nova autuação para o processo, sendo dirigidos ao mesmo órgão julgador. Não há fato gerador para o pagamento de custas...”.

Antes de finalizar o tópico, mister se faz gizar outro ponto. Sem a pretensão de incorrer em tediosas repetições e embora não se exija, como já se disse, o preparo nos embargos de declaração, podem eles influenciar o preparo e a interposição dos recursos subsequentes.

Extraí-se da redação do parágrafo único, do artigo 538, do CPC, a interpretação de que, se os embargos declaratórios forem julgados e considerados protelatórios, além da aplicação de multa que haverão de incidir sobre o valor da causa, de até 1%, e em caso de reiteração de até 10%, o embargante estará sujeito, para interposição do recurso subsequente, à realização desse pagamento, mediante depósito que, por sua vez, deverá ser comprovado no

¹⁴¹ *In* Comentários ao Código de Processo Civil. 11 ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, p. 156.

¹⁴² *In* Embargos de Declaração: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 54-55.

¹⁴³ *In* ob. cit., p. 225.

ato da interposição do novel recurso, sob pena de sua inadmissibilidade em razão da irregularidade.

Destarte, convém assinalar que, para Daniel Amorim¹⁴⁴ “recurso manifestamente protelatório é aquele que não tem fundamento fático ou jurídico sério, sendo perceptível que a sua utilização tem como único objetivo retardar a marcha procedimental”.

Deste modo, a jurisprudência iterativa do STJ¹⁴⁵ entende que o depósito prévio da multa, como condicionante à interposição do recurso subsequente, somente deve ser efetuado no caso da reiteração, ou seja, na hipótese da segunda interposição de embargos de declaração protelatórios, isto é, quando ocorrer a aplicação da multa de 10%.

Registre-se que a multa aplicada ao embargante, nos termos do parágrafo único, do artigo 538, do CPC, é entregue ao embargado, porquanto é ele o prejudicado pelo prolongamento desnecessário do feito em razão do caráter impertinente e caracterizador de assédio ou chicana processual de que se reveste o recurso manejado tido como protelatório.

Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero¹⁴⁶ afirmam, com esteio no artigo 5º, XXXV, da CRFB, que “sendo excessivo o valor da multa – a ponto de comprometer o acesso da parte aos demais recursos -, é possível afastar excepcionalmente a necessidade de seu depósito prévio ao recurso, por afronta ao direito fundamental à tutela jurisdicional”.

Por derradeiro, não se consideram protelatórios os embargos quando forem eles interpostos com o fito do prequestionamento a fim de possibilitar as vias especiais do Recurso Extraordinário ao STF e do Recurso Especial ao STJ, nos termos da Súmula 98¹⁴⁷ do STJ.

3.7 Contraditório

Como se infere da dicção do artigo 537, do CPC, após a interposição, os embargos de declaração deverão ser encaminhados para julgamento: se em primeiro grau de jurisdição, o magistrado deverá fazê-lo em até cinco dias; já no Tribunal, o relator designado deverá inseri-los na pauta subsequente ao do seu recebimento para o devido julgamento, na qual será proferido o voto correspondente.

¹⁴⁴ *In ob. cit.*, p. 636.

¹⁴⁵ “O condicionamento da interposição de qualquer recurso ao depósito da multa do artigo 538 do CPC só é admissível quando se está diante da segunda interposição de embargos de declaração protelatórios, o que não ocorreu na espécie” (STJ. 3.ª T., REsp 710.207/PR, rel. Min. Nancy Andriahi, j. 15.05.2008, DJ 20.06.2008, p. 1).

¹⁴⁶ *In ob. cit.*, p. 570.

¹⁴⁷ Embargos de Declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório, p. no DJ 25.04.1994, p. 9.284.

Pode-se dizer, portanto, que o procedimento dos embargos de declaração, em suas hipóteses típicas (art. 535, do CPC), não franqueia prazo para que o embargado possa responder-lhes. Isto é, o julgamento é realizado independentemente da apresentação da resposta do embargado, sem que isso configure cerceamento de defesa. Noutras palavras, o julgamento, em regra, é efetuado sem maiores formalidades, ou melhor, *inaudita altera parte*.

Para Arruda Alvim, Araken de Assis e Eduardo Arruda Alvim¹⁴⁸, “o sacrifício do contraditório baseia-se na ideia de que os embargos de declaração jamais modificarão o julgado”.

Há, todavia, uma exceção a essa praxe forense, consoante restará demonstrado.

Vislumbrando o órgão jurisdicional a possibilidade de modificação do julgado devido à oposição dos embargos de declaração com efeito infringente, entretentes, há de ser respeitado o contraditório.

No direito contemporâneo, a maciça jurisprudência tem entendido, em obediência aos corolários da ampla defesa e contraditório, aos direitos fundamentais ao processo justo (art. 5º, LIV, da Constituição Federal) e à paridade de armas entre as partes (art. 5º, I, da CF), em suas formas plenas, quando visarem os embargos ao efeito infringente, pela necessidade de abertura de prazo para a parte *ex adversa* se manifestar antes do seu julgamento.

Para Didier e Cunha¹⁴⁹, o contraditório, no caso discutido, visa conferir à parte contrária uma “oportunidade de participar do convencimento do juiz ou tribunal, não vindo a ser apanhada de surpresa”.

A orientação uníssona, tanto do STF¹⁵⁰ quanto do STJ¹⁵¹, é no sentido de que somente deverá ser aberto o contraditório, neste caso, na hipótese de interposição, pelo embargante, de recurso com efeito infringente do julgado. Note-se que a jurisprudência entende que deve ser aberto o contraditório, obrigatoriamente, na hipótese de pedido infringente e não quando o órgão julgador vislumbrar a possibilidade de modificação da decisão outrora lançada.

Com efeito, esse *modus operandi* cauteloso objetiva atender a uma dupla finalidade: a) obedecer aos mandamentos constitucionais, imperativos no atual Estado Democrático de Direito, representados pela ampla defesa e contraditório; b) respeitar a celeridade e efetividade judicial evitando possível anulação do julgado em razão de flagrante prejuízo¹⁵²

¹⁴⁸ *In ob. cit.*, p. 1.216.

¹⁴⁹ *In ob. cit.*, p. 226.

¹⁵⁰ RE 250.396/RJ, 2ª T., rel. Min. Marco Aurélio, DJU 2.05.2000.

¹⁵¹ EDcl nos EDcl nos EDcl nos EREsp 172.082/DF, 3ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU 04.08.2000; EDcl nos EDcl no REsp 878.322/MG, 1ª T., j. 25.08.2009, rel. Min. Luiz Fux, DJe 21.09.2009.

¹⁵² Para configurar a nulidade do julgamento dos embargos haverá de resultar prejuízo, por força da regra do § 1º do artigo 249 do CPC, *in verbis*: O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a forma quando não prejudicar a parte.

(art. 249, § 1º, do CPC), decorrente do cerceamento de defesa compreendido pela ausência de resposta pelo embargado¹⁵³.

É que, para Fredie Didier e Leonardo Cunha¹⁵⁴, em hipóteses assim, “se não for respeitado o contraditório, e se os embargos forem julgados, acolhidos e acarretarem modificação da decisão anterior, entende-se ter havido ofensa ao princípio do contraditório”.

Referidos juristas¹⁵⁵ complementam, com precisão, dizendo que tal situação configura, a bem da verdade, “um *error in procedendo*, devendo ser *anulada* a decisão. Para eles, em outras palavras, significa dizer que “no recurso a ser intentado deve ser postulada a anulação da decisão que acolheu os embargos”.

Em vértice oposto, parcela da doutrina, encabeçada por Maurício Pessoa¹⁵⁶, entende que o julgador não está desonerado de respeitar a oitiva do embargado antes de proferir seu julgamento, ainda que a matéria discutida nos embargos de declaração com efeito infringente já tenha sido objeto de exaustivo debate nos autos.

Para referido professor¹⁵⁷, “como desdobramento natural do contraditório, surge o direito impostergável de apresentar razões que possam exercer influência no convencimento do órgão julgador, especialmente acerca da possibilidade de o remédio, no caso concreto, importar alteração no julgado”.

É justamente por esse relevante motivo que Guilherme Marinoni¹⁵⁸, seguindo o caminho trilhado por Trocker, com maestria que lhe é peculiar, esclarece que:

Segundo Nelson Nery Junior, não haverá tecnicamente reforma da decisão se apenas se modifica ou complementa sua fundamentação, sem alteração substantiva do resultado do processo, isto é, não transformando o vencedor em vencido ou vice-versa. “A desvantagem trazida pela reforma para pior deverá situar-se no plano prático, o que não ocorrerá se o tribunal apenas modificar a fundamentação da decisão recorrida” (Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 157). Forçoso concluir, nessa senda, então, que se a decisão que acolher os embargos apenas enfrentar questões levantadas pelo embargante, sem haver alteração substancial do julgado, não se poderá cogitar a nulidade do quanto decidido por ausência e violação do contraditório.

¹⁵³ TST – Orientações jurisprudenciais da Seção Especializada em dissídios individuais. Precedente nº 142. Embargos declaratórios. Efeito modificativo. Vista à parte contrária. E-RR 91.599/93, SDI-plena. Em 10.11.97, a SDI-plena decidiu, por maioria, que é passível de nulidade decisão que acolhe embargos declaratórios com efeito modificativo sem oportunidade para a parte contrária se manifestar.

STF, AI-AgR 479382/SP, Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJ 19.11.2004; EDAI 144.981, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ 08.09.1995; STJ: AgRg no MS 11.961/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 16.05.2007, DJ 19.11.2007; REsp 1.080.808/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.05.2009, DJe 03.06.2009; EDcl nos EDcl no RMS 21.719/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 04.12.2008, DJe 15.12.2008; EDcl no RMS 21.471/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 10.04.2007, DJ 10.05.2007.

¹⁵⁴ *In ob. cit.*, p. 226.

¹⁵⁵ *In ob. cit.*, p. 226.

¹⁵⁶ *In ob. cit.*, p. 140.

¹⁵⁷ *In ob. cit.*, p. 140.

¹⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros Ed., 1999, p. 258-259.

“O objetivo central da garantia do contraditório não é a defesa entendida em sentido negativo, isto é, como oposição ou resistência ao agir alheio, mas sim a influência, entendida como *Mitwirkungsbefugnis* (Zeuner) ou *Einwirkungsmöglichkeit* (Baur), ou seja, como direito ou possibilidade de influir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado da demanda. De nada adianta, de fato, garantir uma participação que não possibilite o uso efetivo, por exemplo, dos meios necessários à demonstração das alegações”.

Na prática, quando é conferida a oportunidade de resposta ao embargado, verifica-se, com certa antecipação, qual será a decisão. Melhor dizendo, haverá sim alteração do julgado.

Assim, não há sentido, tampouco razão alguma, para se atrasar o andamento do feito, outorgando oportunidade ao embargado para responder ao aresto recorrido, senão para conferir efeito infringente com a conseqüente modificação do *decisum*, ainda que de forma mínima.

Há, neste caso, com grande probabilidade de acerto, uma antecipação, pelo jurisdicionado e seu causídico, do resultado de provimento do recurso.

Por conseguinte e em respeito ao princípio da simetria, o prazo para resposta, no caso tratado, deve ser de cinco dias (art. 536, c/c art. 125, I, ambos do CPC).

Por outro lado, o elastério de Daniel Amorim¹⁵⁹ caminha em vértice diametralmente oposto, ou seja, para ele é desnecessário o contraditório nos embargos de declaração, “porque nesse caso não haverá a alegação de uma nova matéria no processo, mas tão-somente o pedido de saneamento de omissão de uma matéria já alegada e, presumidamente, já impugnada pela parte contrária”.

Seguindo a linha de raciocínio de Sérgio Bermudes¹⁶⁰, Amorim complementa dizendo que “o embargante somente aponta matéria já alegada anteriormente, não havendo razão para abrir prazo para o embargado ser ouvido para repetir a impugnação também realizada anteriormente”.

E finaliza dizendo que a justificativa para a desnecessidade de abertura do contraditório, neste caso, reside no fato de que “ainda que o provimento dos embargos de declaração possa reformar a decisão impugnada, não se tratando de matéria nova no processo” torna-o, pois, dispensável¹⁶¹.

¹⁵⁹ *In ob. cit.*, p. 637.

¹⁶⁰ Bermudes, Sérgio. Efeito Infringente dos embargos de declaração. *Direito Processual Civil: estudos e pareceres*. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70-71.

¹⁶¹ *In ob. cit.*, p. 637.

De qualquer sorte, a presença do contraditório e, logo, da democracia endo processual, expõe verdadeira exigência ética e moral porquanto umbilicalmente ligado ao Estado Democrático do Direito contemporâneo.

3.8 Pedido de reconsideração rotulado de embargos de declaração e a jurisprudência do STJ

Com o crescimento desenfreado (e antes nunca visto) da beligerância e litigiosidade em solo pátrio, como meio de se obstar desvirtuamentos de institutos processuais com contornos hígidos, criou-se jurisprudência defensiva pelo STJ, no que diz respeito aos embargos de declaração.

Assim é que, retornando ao tema atinente aos malefícios e dissabores experimentados pelos jurisdicionados e operadores do direito em geral, que diuturnamente são vítimas da mal vista (e aplicada) jurisprudência defensiva e proativa, citar-se-á um exemplo que vem sendo reiteradamente aplicado no tocante ao remédio aclaratório.

Antes de mais nada, convém gizar que determinados óbices impostos com o intento de diminuir a procrastinação dos processos são bastante louváveis, porquanto frutos de decantação e maturação de ideias que guardam alguma coerência hermenêutica com as regras processuais vigentes.

Todavia, como bem expõe o jurisconsulto José Rogério Cruz e Tucci¹⁶², “há, em significativo número, outras barreiras que mais se identificam à perversidade pretoriana, as quais não têm qualquer razão plausível para subsistirem no âmbito de um ordenamento jurídico civilizado, comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional”.

Dentre elas se destaca, justamente, o entendimento perfilado pelo STJ¹⁶³ no atinente ao não conhecimento de embargos de declaração, travestidos de mero pedido de reconsideração da decisão outrora proferida, e que implica a impossibilidade da interrupção do prazo recursal. Vale, desta feita, a transcrição parcial da indigitada *ratio decidendi*, confira-se:

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO ROTULADO COMO

¹⁶² *In* Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em 22 jan. de 2015.

¹⁶³ AgRg no AREsp 187.507-MG, 1ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 13.11.2012, p. no *DJe* do dia 23.11.2012.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO INTERROMPEM O PRAZO RECURSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. Os embargos de declaração, ainda que rejeitados, interrompem o prazo recursal. Todavia, se, na verdade, tratar-se de verdadeiro pedido de reconsideração, mascarado sob o rótulo dos aclaratórios, não há que se cogitar da referida interrupção. Precedentes" (REsp nº 1.127.839, rel. Min. MAURO CAMPBELL, Segunda Turma, j. em 19.08.2010, p. no *DJe* de 28.09.2010).

Pode-se dizer que a jurisprudência de ambas as Turmas que integram a Primeira Seção do STJ consolidou-se no sentido de que, possuindo os embargos de declaração cristalino rótulo de pedido de reconsideração e sendo assim recepcionados, não há de se falar em interrupção do prazo para a interposição de outros recursos.

O precedente citado, publicado no informativo de jurisprudência do STJ¹⁶⁴ embora não seja vinculante, provoca algumas reflexões. Passa-se, então, a realizá-las.

Em que pese referida jurisprudência ter sido firmada através de tese de especial relevância em julgamento do Tribunal da Cidadania, não deve ser seguida por magistrados de primeiro ou segundo grau, como vem ocorrendo na prática, porquanto não são precedentes vinculativos e também, como adiante se verá, tal entendimento não se coaduna com o melhor direito aplicável à espécie.

Ademais, ao que tudo indica, o STJ resolveu (mais uma vez) usurpar de sua competência legislando, o que não se pode tolerar! Esta é função precípua do Poder Legislativo e não do Judiciário, cujo mister deve se ater apenas à aplicação do bom direito à espécie. Pois judicializada a questão, permanece obrigatória e óbvia, a necessidade de respeito ao artigo de lei aplicável à espécie.

Primeiramente, é de grande alvitre consignar que não há como se atribuir efeito vinculante a referido precedente, já que não possui ele eficácia vinculante e obrigatória. Trata-se, portanto, de precedente meramente persuasivo.

Não obstante, é despiciendo rememorar que vinculantes somente são as súmulas do STF, cuja criação é autorizada pela Ementa Constitucional nº 45 (Emenda do Poder Judiciário). Os demais precedentes, como o tratado no caso, são meramente aconselhativos.

¹⁶⁴ Informativo nº 509 de 5 de dezembro de 2012. O informativo de jurisprudência é uma publicação periódica que divulga notas sobre teses de especial relevância firmadas nos julgamentos do STJ, selecionadas pela repercussão no meio jurídico e pela novidade no âmbito do tribunal.

E não parece, no caso concreto, que o STJ tenha conferido aos operadores do direito um bom conselho, tampouco a correta aplicação do direito!

Segundo o que prelecionam Freddie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira¹⁶⁵, o Juízo, frente a precedente persuasivo¹⁶⁶, não deve vincular a *ratio decidendi* (no presente caso, orientação jurisprudencial do STJ) à matéria posta a julgamento.

Não há como se invocar a orientação jurisprudencial adotada pelo STJ a todo e qualquer “pedido de reconsideração rotulado de embargos de declaração”, pois devem ser consideradas as circunstâncias de fato em que referida orientação jurisprudencial foi construída, para que só seja aplicada a causas em que a base fática seja similar.

Isso significa, a grosso modo, que as peculiaridades de cada caso impedem a aplicação da mesma tese jurídica outrora firmada (*restrictive distinguishing*) pelo STJ, ainda que em casos análogos.

Entende-se, deste modo, como sendo incorreta e, quiçá, írrita e desprovida de legalidade, a decisão que não interrompe o prazo recursal, neste caso, pelos motivos até então expostos. Até porque, gize-se, não há autorização e muito menos previsão legal que justifique ou sustente esse *modus operandi* proativo do Judiciário.

Não bastasse tudo isso, outro argumento também é servil a repelir a tese jurídica anteriormente firmada no invocado precedente jurisprudencial. É que já existe sanção legalmente prevista para tais casos.

É da dicção do parágrafo único, artigo 538, do CPC, que os embargos de declaração, considerados como protelatórios, estão sujeitos à multa de até 1% sobre o valor dado à causa. E, em caso de reincidência o patamar poderá ser elevado até 10%, sendo, neste caso, condição *sine qua non*, para conhecimento do recurso subsequente, o prévio pagamento, com comprovação no ato da interposição do recurso, da aludida multa aplicada.

O arbítrio, bem como a jurisprudência criativa e defensiva, faz, escola, como, mais uma vez se vê, a despeito da existência de regra processual específica para o caso de embargos protelatórios, ou melhor, pedidos de reconsideração nomeados de embargos de declaração.

A opção pelo causídico de manejar recurso protelatório determinaria, quando muito, a aplicação da pena prevista no artigo 538, do CPC, e nunca o não conhecimento do

¹⁶⁵ In Curso de Direito Processual Civil, volume 2, Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. 8ª Edição, 2013. Ed. Jus PODIVM. p. 444-445.

¹⁶⁶ In ob. cit., p. 444-445.

inconformismo com a amarga experiência de aplicação de seus diversos e conhecidos desdobros, a exemplo da não interrupção do prazo para o recurso subsequente.

Os decisionismos e ativismos aqui, mais uma vez, se fazem presentes para, a passos largos, desmoralizar (um pouco mais) o Judiciário brasileiro, o que, por motivos óbvios, não deveria ocorrer num Estado Democrático do Direito cujo sistema jurídico utilizado é o do *Civil Law*.

Certamente, não é por meio da criação de jurisprudência que obstaculize o desvirtuamento do instituto ou finalidade precípua a que se destina o recurso aclaratório, com aplicação de gravosa pena (não interrupção do prazo), que será atendido o princípio fundamental da duração razoável da demanda.

Muito pelo contrário. Por certo é que esse *modus operandi* deveras *contra legem* ensinará, a toda evidência, manejo de outro recurso ou até mesmo de ação autônoma com o propósito de reconhecimento da tempestividade do recurso interposto de forma subsequente à decisão que recebeu os embargos como pedido de reconsideração e que, portanto, não se lhe conferiu a interrupção do prazo a que alude o *caput* do artigo 538, do CPC.

Noutras palavras, depreende-se do citado artigo a ideia de que o efeito interruptivo é irradiado aos embargos de declaração ainda que sejam eles recepcionados como mero pedido de reconsideração da decisão, ou seja, mesmo que haja defeito formal.

O que se nota é que, no caso concreto, quando muito, não deve ser conhecido o recurso sem que com isso se despreze o efeito interruptivo pelo seu simples e singelo manejo.

De todo modo, e estritamente sob a ótica jurisdicional, é ululante que, no atual cenário do direito processual, em que a busca pelo tão almejado princípio da duração razoável do processo seja uma constante, não se deve tolerar, como de fato vem se tolerando, nenhuma decisão imbuída de discricionariedade judicial impressa por seu prolator e arraigada em proativismos descabidos, em dissonância ao devido processo legal que deve ser conferido, tanto quanto possível, aos jurisdicionados.

Pretende-se, com isso, respeitar o direito fundamental do jurisdicionado, frente ao Estado-Juiz, de não ser surpreendido pelo entendimento pessoal do julgador, dando-se, em consequência, resposta e interpretação adequadas aos preceitos constitucionais que regem o processo civil moderno.

Não é demais gizar que, se difundido no tempo, por seus próprios e pífios fundamentos, o precedente em testilha exornará, por completo, o direito constitucionalmente previsto do devido processo legal, necessariamente assecuratório da plenitude de defesa com todos os meios a ele inerentes.

No caso discutido deve-se, salvo melhor juízo, aplicar a máxima “onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir” (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

Independentemente da adjetivação que se confira ao remédio aclaratório, por amor ao princípio da fungibilidade, deve ele ser recepcionado e julgado como tal como meio de garantia do fim social do processo. É defeso, na linha de raciocínio ora exposta, o não reconhecimento do efeito interruptivo a ele inerente sob a insustentável justificativa de tratar-se de pedido de reconsideração, aplicando-se, com isso, o brocardo “restrinja-se o odioso, amplie-se o favorável” (*odiosa restringenda, favorabilia amplianda*).

Até porque, importante consignar que além da possibilidade de o órgão julgador, verificando-se tratar o inconformismo de pedido de reconsideração rotulado de embargos de declaração, aplicar a famigerada multa em decorrência de recurso protelatório (art. 538, § único, do CPC), poderá, concomitantemente, reconhecer o ato como sendo atentatório à dignidade da Justiça reputando-lhe como litigante de má-fé, impondo-lhe a respectiva pena (art. 18, do CPC).

Essas são as únicas penalidades, em respeito ao *due process of law*, que devem ser fixadas na hipótese de se constatar o desvirtuamento do instituto em apreço, nada mais além disso.

CONCLUSÃO

Asseverar que os embargos de declaração devem servir apenas para expungir omissão, obscuridade ou contradição do julgado, em razão da intenção do legislador constituinte que delimitou apenas tais hipóteses, no artigo 535 do Código de Processo Civil, é deveras pueril, quicá incorreto, e não se coaduna com a tão almejada duração razoável do processo.

Isto porque, a despeito dos embargos de declaração constituírem instituto processual de contornos hígidos, com finalidade limitada e caráter integrativo e não substitutivo da decisão embargada, deve-se adequá-lo às novas tendências do direito processual civil contemporâneo, as quais visam, sobretudo, ao aproveitamento dos atos processuais para melhor e eficazmente atender aos anseios dos jurisdicionados, sedentos que são por celeridade.

Contudo, ao permitir ou reconhecer o efeito modificativo ou infringente do julgado nos embargos de declaração, não se pretende deturpar a finalidade precípua a que se destina referido remédio. Muito pelo contrário. Busca-se abrir os olhos dos operadores do direito para uma visão mais ampla e menos restrita de tão importante mecanismo de aprimoramento do ato jurisdicional, visando, sobretudo, à quebra de paradigmas e superação de dogmas retrógrados.

Assim é que, se deve deixar transparecer o efeito infringente e o modificativo do julgado nos embargos de declaração, reconhecendo-os, de forma secundária e indissociável ao princípio da celeridade processual, como um dos pilares do direito.

Definitivamente, é agora, em tempo do advento do novo código de processo civil, o momento de serem considerados, de uma vez por todas, aludidos efeitos nos embargos de declaração como meios aptos ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, extraindo-se, do referido, recurso a maior eficácia, da forma menos rigorosa possível, consolidando-se e estabilizando-se o entendimento sobre o tema abordado.

Diante disso, a tendência oposta à jurisprudência defensiva, que procura dar ênfase a princípios processuais, ao revés de enaltecer excessiva e desnecessariamente a forma, opera com o intuito de aplicar o direito material e processual postulado com parcimônia, razoabilidade e que melhor se amolda ao cenário prático contemporâneo.

Espera-se que o ideário presente na nova lei possa contribuir para o aprimoramento do sistema de distribuição de justiça em nosso país. Evita-se, assim, o exagerado processualismo de forma que o processo e seu uso sejam convenientemente conciliados e difundidos

eficazmente aos jurisdicionados, aplicando-se e prestigiando-se, em poucas palavras, pura e simplesmente, o princípio da instrumentalidade das formas.

Cuida-se, portanto, em relação ao reconhecimento da infringência do julgado nos embargos de declaração, de algo que mais se amolda à ideia de processo justo ou equitativo, ainda que não se preste o citado recurso de sucedâneos de outros recursos.

Pretende-se evitar, com esse *modus operandi* elástico, de imediato e sem maiores entraves burocráticos, desnecessário lapso temporal até que sobrevenha nova decisão que pode ser proferida já nos embargos de declaração com efeito modificativo ou infringente do julgado, obedecendo-se os invocados aos preceitos constitucionais imperativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAÃO, Carlos Henrique; IMHOF, Cristiano. *Código de Processo Civil Interpretado: anotado artigo por artigo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

ALVIM, Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM, Eduardo Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Araken. *Manual dos Recursos*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BERMUDES, Sérgio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, v. 7.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar. *Embargos de Declaração*. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Sobre os Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos tribunais, n. 595, maio de 1985.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Embargos de Declaração: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. 11ª edição revisada ampliada e atualizada. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela*. Volume 2. 8ª Edição. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. Volume III, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Os Efeitos dos Recursos*. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Volume 2. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARCATTO, Antonio Carlos (coord). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª edição. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil: comentado artigo por artigo*. 5ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação: processo civil moderno*. Volume 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 22 edição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira; BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar; FONSECA, João Francisco Naves. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 44ª edição atualizada e reformulada. São Paulo: Saraiva, 2012.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: MÉTODO, 2009.

PESSOA, Maurício. *Embargos de Declaração: teoria e prática*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no processo civil*. 2ª edição, revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SLAIBI FILHO, Nagib; SILVA, Gláucia Carvalho de Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 28ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lenio Luis. *Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-18/senso-incomum-cpc-mecanismos-combater-decisionismos-arbitrariedades>>. Acesso em: 18 dez.de 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos de Declaração: efeitos*. Disponível em: <http://www.academia.edu/231410/Embargos_de_declaracao_efeitos>. Acesso em: 14 out. de 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil anotado*. 14ª edição, revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 50ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Um basta à perversidade da jurisprudência defensiva*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 22 jan. de 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.