

ESTER ELVIRA CELLA

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

CUIABÁ-MT

2013

ESTER ELVIRA CELLA

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

Monografia apresentada À PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' –
Especialização em Direito Processual Civil.

Orientadora: Cláudia Cimardi

PUC – COGEAE - SP

CUIABÁ-MT

2013

ESTER ELVIRA CELLA

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

Monografia apresentada À PUC/COGEAE,
como exigência parcial para aprovação no
Curso de Pós-Graduação 'Lato Sensu' –
Especialização em Direito Processual Civil.

Comissão Examinadora:

Orientadora: Prof. Cláudia Cimardi

Prof.

Prof.

Cuiabá, _____ de _____ de 2013.

Dedico esta monografia ao Senhor, por todos os benefícios concedidos, que me permitiram chegar até aqui, e aos meus pais, Vitório e Carme, pelo exemplo e pelo apoio sempre presente.

“As perguntas específicas devem receber respostas específicas; e se a série de crises que temos vivido desde o início do século pode nos ensinar alguma coisa é, penso, o simples fato de que não há padrões gerais a determinar infalivelmente os nossos julgamentos, nem regras gerais a que subordinar os casos específicos com algum grau de certeza.”

Hannah Arendt, 1966

RESUMO

O presente trabalho versa sobre embargos de declaração protelatórios. O mau uso do recurso pelos operadores do direito, a caracterização deste mau uso e a finalidade original dos embargos são apresentadas neste trabalho. O estudo também mostra as determinações legais sobre os embargos de declaração e as sanções aplicáveis àqueles considerados protelatórios, ilustrando ainda o estudo com jurisprudência.

Palavras-chave: embargos, declaratórios, declaração, protelatórios, recurso.

ABSTRACT

The present work deals with requests for dilatory motions for clarification. The misuse of this resource by the law system practitioners, the characterization of this misuse and its original purpose are presented in this work. The study also shows the legal determinations of motions for clarification and the penalties applicable to those considered dilatory, further illustrating the study of the jurisprudence.

Keywords: motions, declaratory, declaration, dilatory, appeal.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	07
2. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	09
2.1 Origem e finalidade.....	09
2.2 Natureza jurídica dos embargos de declaração.....	16
2.3 Decisões embargáveis.....	20
2.3.1 <i>Da obscuridade, da omissão e da contrariedades.....</i>	<i>24</i>
2.3.2 <i>Do prequestionamento.....</i>	<i>25</i>
3. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS.....	33
3.1 Do princípio da lealdade processual.....	33
3.2 Dos efeitos da interposição dos embargos.....	36
3.3 Dos embargos de declaração protelatórios.....	41
3.4 Da multa para os embargos considerados protelatórios.....	48
3.5 Do entendimento jurisprudencial.....	52
3.5.1 <i>Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso.....</i>	<i>53</i>
3.5.2 <i>Da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.....</i>	<i>55</i>
3.5.3 <i>Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....</i>	<i>57</i>
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	60
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	64

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre os Embargos de Declaração protelatórios no Processo Civil, instituto previsto nos artigo 538 e seu parágrafo único do Código de Processo Civil - Lei 5.869/1973, com redação alterada pela Lei 8.950/1994. O artigo regulamenta a sanção para os embargos declaratórios oponíveis com propósito protelatório manifesto.

A análise da existência e características dos embargos de declaração com propósitos protelatórios no direito brasileiro são o objetivo da presente pesquisa. Como objetivos específicos estão a análise da origem e finalidade dos embargos de declaração, sua natureza jurídica, seu cabimento e espécies de decisões embargáveis, bem como explicar os embargos de declaração protelatórios e sua cominação de multa através de exemplificação de decisões.

Há necessidade incontestável da compatibilidade dos ritos processuais de nosso ordenamento com a finalidade de justiça manifestada pelo devido processo legal e seus princípios. O processo judicial é determinado pela lei e o juiz responsável por seu direcionamento, conforme preconiza o artigo 125 do Código de Processo Civil. As decisões manifestadas no processo devem ser claras, devem contemplar as questões levantadas pelas partes e seu dispositivo deve condizer com sua motivação. Sendo os embargos de declaração espécie de recurso surge a preocupação aos operadores do direito quanto ao fim meramente protelatório que lhe pode ser atribuído. Os embargos são recurso que não necessitam de preparo, não pressupõe contraditório, podem, em caráter excepcional, ter efeito infringente e, principalmente, interrompem o prazo para interposição de outros recursos, o que pode retardar toda a marcha processual.

Cabe lembrar que pode existir finalidade de prequestionamento que também pode ser atribuída aos embargos de declaração. Quando utilizados para esta finalidade não há a imposição da multa legal prevista pelo Código de Processo Civil para os embargos de declaração com fins protelatórios. Assim sendo, o intuito procrastinatório dos embargos de declaração não pode ser presumido e, para sua declaração como protelatório e imposição da multa há necessidade de motivação.

O caráter protelatório dá-se, via de regra, quando os embargos são interpostos apenas para a procrastinação do andamento processual. Nestes casos, a alegação de omissão, contradição ou obscuridade, que são os fundamentos para a interposição do recurso em questão, é claramente forjada e promove, ainda que de forma velada, não o necessário esclarecimento à decisão, mas sim apenas a interrupção do prazo processual e a consequente morosidade do feito.

O embasamento da pesquisa será análise bibliográfica e exemplificação jurisprudencial, sendo instrumentos a doutrina processual nacional e as decisões das cortes judiciais brasileiras, com foco nas proferidas pelos tribunais mato grossenses na esfera civil.

A estruturação do trabalho foi feita para, primeiramente, definir o instituto dos embargos de declaração e suas possibilidades de cabimento. A seguir passa-se à análise dos embargos de declaração protelatórios e suas características, para então exemplificar-se sua manifestação no mundo jurídico hodierno do Estado do Mato Grosso, nas esferas da Justiça Cível Estadual e Federal. Seguem-se as considerações finais e as referências bibliográficas.

2. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

2.1 Origem e finalidade

A hipótese mais provável da entrada dos embargos de declaração em nosso ordenamento é a do exemplo da prática jurídica portuguesa. Tais embargos estavam presentes no direito lusitano mesmo antes das ordenações¹ e foram introduzidos em nosso ordenamento através do Regulamento 737 de 1850 (artigos 639 a 645 da Parte Terceira, Título I)².

Segundo KRIGER FILHO:

a expressão embargos de declaração é formada pela justaposição das palavras "embargos", do latim *imborricare* - que significa todo e qualquer impedimento, obstáculo ou embaraço posto em prática por alguém para evitar que outrem possa agir ou fazer alguma coisa que não seja de seu interesse ou lhe contrarie o direito; e "declaração", do latim, *declarare* - que expressa reconhecimento ou afirmação da existência de uma situação de direito ou de fato.³

Conforme ensina KRIGER FILHO⁴: “eram admitidos dentro de 10 dias da publicação da sentença, quando nesta houvesse alguma obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão quanto a ponto sobre que devia haver condenação.”. O mesmo autor identifica ainda os Embargos de Declaração no direito alienígena, e os cita presentes no processo alemão (ZPO, artigo 390), italiano (*Código de Procedimento Procesal Civil*, artigo 287), francês (*Code de Procédure Civile*, artigo 462) e norte americano (através de *motion to vacate the judgment*).

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 139.

² KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Embargos de declaração: no processo cível e arbitral*. São Paulo: EDIJUR, 2002. p. 37.

³ *Idem. Op. cit.* p. 39-40.

⁴ *Idem. Op. cit.* p. 37.

A. C. SILVA⁵, entende os embargos declaratórios como instrumento genuinamente português, tendo surgido anteriormente às Ordenações, e tendo-se nelas estruturado com a compilação das diversas leis da época. Teriam surgido pela dificuldade dos recursos ordinários, e prestavam-se à correção de impropriedades que a decisão judicial pudesse conter.

Em nosso ordenamento, ensina ainda KRIGER FILHO⁶, após a recepção do instituto feita do direito português, com a Promulgação da República foi dada autonomia legislativa aos estados, sendo que alguns Códigos de Processo estaduais ainda previam o instituto. Com a Constituição de 1937 restabeleceu-se a unidade processual, e o Código de Processo Civil de 1939 previu também o instituto. Os embargos de declaração fizeram-se presentes também no Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973) e sua atual sistemática foi alterada e promulgada através da Lei 8.950/1994, com previsão nos artigos 535 a 538 do atual Código.

Diz nosso Código de Processo Civil:

CAPÍTULO V

DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Art. 537. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

⁵ SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 5.

⁶ KRIGER FILHO. *Op. cit.*, p. 38.

Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo. (Redação dada pela Lei nº 8.950, de 13.12.1994)

Conforme a disposição legal os embargos de declaração são cabíveis em caso de: obscuridade, contradição ou omissão. BONDIOLI elenca os embargos de declaração como decorrentes da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal. Explica:

Guardiões de princípios e garantias constitucionais da maior relevância, dentre os quais a inafastabilidade do controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV), o devido processo legal (CF, art. 93, IX), os embargos declaratórios são um relevantíssimo instrumento em prol do aperfeiçoamento dos atos judiciais e, conseqüentemente, da boa aplicação do direito ao caso concreto e da pacificação social.⁷

No mesmo sentido também a lição de FARINA:

o direito de ação, combinado com o princípio do devido processo legal, garantem que esta prestação jurisdicional seja não só obrigatória, como também a "devida". Ou seja, que busque satisfazer as particularidades de cada processo, baseando-se sempre nos princípios constitucionais e garantias trazidas pela Carta Maior.⁸

Sendo as decisões judiciais imperativas, e devendo ser seguidas, servem os embargos de declaração como instrumento para cessar qualquer incerteza. Desta forma, entende-se que as decisões não devem apenas seguir os requisitos formais

⁷ BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. (Coleção Theotonio Negrão). São Paulo: Saraiva, 2005. p. 01.

⁸ FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Hora e a vez da litigância de má-fé*. In: Revista de Processo. v.35. n. 190. p. 339-356. dez. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 341-342.

pois devem, também, ser claras e inequívocas, não restando dúvidas quanto à sua interpretação. Desta maneira o pronunciamento do órgão julgador sobre a matéria submetida a julgamento não pode conter qualquer defeito que venha a causar prejuízo à sua interpretação.

Conforme KRIGER FILHO:

pelo fato dos embargos de declaração possuírem um conjunto de regras e princípios próprios que regem a sua admissibilidade e aplicação, não temos dúvidas em lhes conferir o caráter de verdadeiro instituto, um instituto de direito processual cujo o fim único é, conforme o caso que se trate, adequar o pronunciamento jurisdicional eivado de vício de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, harmonizando a expressão do que restou decidido ao seu conteúdo necessário ou pretendido por aquele que o exarou.⁹

TEIXEIRA FILHO¹⁰ elucida que a finalidade essencial dos embargos de declaração reduz-se em “obter do julgador, independentemente do grau de jurisdição por onde se processa o feito, a declaração do exato conteúdo material da decisão”. São assim instrumento hábil e muitas vezes necessário para a efetividade jurídica das decisões.

Havendo então quaisquer dos elementos elencados no artigo, sejam a obscuridade, que obstaculiza a inteligência da decisão, a contradição, que permite entendimento ambíguo ou incompatível, ou a omissão, quando se deixa de apreciar qualquer item do pedido não atendendo à prestação jurisdicional requerida, ou também a dúvida, como entende a doutrina, cabem os embargos, como meio capaz de prevenir possíveis dificuldades na execução do disposto nas decisões.

Ao sanar tais defeitos, entretanto, podem os embargos de declaração

⁹ KRIGER FILHO. *Op. cit.* p. 47.

¹⁰ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Os embargos de declaração na justiça do trabalho*. 7. ed., São Paulo: LTr, 1999. p. 28.

modificar a decisão. Esta possibilidade é excepcional e prevista por grande parte da doutrina e acolhida pela maioria da jurisprudência. No entendimento de T. A. SILVA, aos embargos de declaração, mesmo se prestando a um aperfeiçoamento das decisões judiciais, cabe-lhe, excepcionalmente, efeito infringente. Em suas palavras:

Os embargos de declaração prestam-se, pois, a uma função de aperfeiçoamento dos pronunciamentos judiciais, embora não se ignore possam ter efeito (secundário) genuinamente revisional, a que se chama efeito infringente ou modificativo do julgado.¹¹

Isto porque, ao sanar qualquer dos problemas que a decisão possa apresentar, não há como lhe negar o raciocínio lógico necessário. Desta forma, os embasamentos da decisão não podem conflitar com o dispositivo. Mesmo excepcional há que se reconhecer tal efeito aos embargos. No entender de BONDOLI:

A agregação de efeito modificativo aos embargos como condição para a efetiva sanção de vício existente no ato decisório não deve ser um óbice para o seu cabimento nem para o seu acolhimento, desde que seja uma decorrência natural da correção da imperfeição.¹²

Assim, entende-se claramente a possibilidade de efeito modificativo ou infringente na decisão dos embargos de declaração. Cabe ressaltar, porém, que os efeitos infringentes não se prestam a rediscutir a matéria, e sim para, na hipótese da contradição, obscuridade ou omissão, quando sanada, vir poder modificar o entendimento exarado pelo juízo.

KRIGER FILHO leciona que são os embargos de declaração:

¹¹ SILVA, Ticiano Alves e. *Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial*. In: Revista de processo. v.36, n.201, (nov. 2011). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 395

¹² BONDOLI. *Op. cit.* p. 76

expediente outorgado às partes ou a terceiro interessado para impedir a produção dos efeitos jurídicos de alguma decisão que apresente defeitos de obscuridade, contradição, dúvida ou seja omissa sobre ponto que o órgão jurisdicional deveria se manifestar.¹³

Há previsão também dos embargos de declaração em outras leis além do Código de Processo Civil. Os Juizados Especiais, instituídos pela Lei 9.099/1995, também foram contemplados pelos Embargos de Declaração. Tal lei traz, em seus artigos 48 a 50 sua regulamentação:

Art. 48. Caberão embargos de declaração quando, na sentença ou acórdão, houver obscuridade, contradição, omissão ou dúvida.

Parágrafo único. Os erros materiais podem ser corrigidos de ofício.

Art. 49. Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.

Art. 50. Quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso.

O prazo coaduna com o disposto no Código de Processo Civil, sendo também de cinco dias, e o instituto também se aplica aos casos de obscuridade, contradição, omissão ou dúvida. Os embargos foram também recepcionados pela lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259/2001), que em seu artigo primeiro dispôs:

Art. 1º São instituídos os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto na Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995.

No processo arbitral, instituído pela Lei 9.307/1996, apesar de ausente referência expressa aos embargos de declaração, é possível sua utilização, conforme leciona KRIGER FILHO¹⁴, ao citar o artigo 30 da referida lei. Dispõe a lei de arbitragem:

¹³ KRIGER FILHO. *Op. cit.* p. 43

¹⁴ *Idem.* *Op. cit.* p. 39.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

No ensinamento de KRIGER FILHO:

A lei arbitrar (sic) não denomina a faculdade instituída no artigo 30, II como embargos de declaração, o que não impede, a nosso ver, ao interessado assim chamá-los naquele procedimento quando pretender corrigir algum vício no provimento exarado pelo árbitro.¹⁵

Como ensina o doutrinador, embora não chame a solicitação que pode ser feita ao julgador arbitral de embargos de declaração, pelas características que apresenta, a referida solicitação pode ser assim chamada.

Ainda, presentes estão os embargos de declaração no Código Eleitoral. Este, além da contradição, obscuridade ou contrariedade, traz também a dúvida como ensejador da possibilidade de interposição dos embargos. Conforme VIRGOLINO:

Os embargos de declaração são o meio de impugnação conferido pela lei processual contra decisão judicial que apresenta vício de contradição, omissão e obscuridade - e ainda dúvida, que embora não prevista no Código de Processo Civil (art. 535), é enumerada no Código Eleitoral (Lei 4.737/1965) como hipótese de seu cabimento (art. 275).¹⁶

Além da dúvida, o Código Eleitoral prevê ainda prazo diferente do Código de

¹⁵ *Idem. Op. cit.* p. 39.

¹⁶ VIRGOLINO, Pedro Sobrinho Porto. *Quando os embargos de declaração não interrompem o prazo para interposição de outros recursos*: (distinções e semelhanças entre a justiça eleitoral e a justiça comum). In: *Revista de Processo*, v. 37, n. 208, p. [379]-403, jun. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 380.

Processo Civil para a interposição dos embargos de declaração, e diferente pena caso os embargos sejam considerados manifestamente protelatórios. Vejamos:

Art. 275. São admissíveis embargos de declaração:

I - quando há no acórdão obscuridade, dúvida ou contradição;

II - quando for omitido ponto sobre que devia pronunciar-se o Tribunal.

§ 1º Os embargos serão opostos dentro de 3 (três) dias da data da publicação do acórdão, em petição dirigida ao relator, na qual será indicado o ponto obscuro, duvidoso, contraditório ou omissivo.

§ 2º O relator porá os embargos em mesa para julgamento, na primeira sessão seguinte proferindo o seu voto.

§ 3º Vencido o relator, outro será designado para lavrar o acórdão.

§ 4º Os embargos de declaração suspendem o prazo para a interposição de outros recursos, salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar.

As previsões nos diferentes Códigos mostram a necessidade e aceitação dos embargos de declaração. Sua finalidade específica, a celeridade e a clara necessidade face algumas decisões judiciais o tornam elemento essencial ao processo e à justiça.

2.2 Natureza jurídica dos embargos de declaração

A doutrina não é uníssona sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração. Isto porque há os que defendam ter os embargos de declaração natureza de recurso, sendo esta a posição hoje majoritária, e aqueles que defendem o contrário.

A atual redação dos artigos 535 a 538 do Código de Processo Civil trata os embargos de declaração igualmente tanto em primeiro quanto em segundo grau. E eles estão positivados no título dos recursos, e são assim descritos pelo artigo 496,

IV do Código de Processo Civil. Consoante o princípio da taxatividade¹⁷, pode-se assim conferir aos embargos de declaração natureza de recurso porque o Código assim os determina.

Embora não traga em seu bojo uma definição de recurso, o Código de Processo Civil arrola em seu artigo 496 os institutos que reconhece como recurso. BONDIOLI elucida que a característica comum aos institutos elencados no artigo 496 é a de estender-se na fluência do mesmo processo, prolongando a litispendência e prevenindo a preclusão temporal e a coisa julgada. Conforme elucida:

Esse prolongamento na litispendência é provocado com o claro intuito de que seja reexaminado, na mesma relação jurídica processual, um pronunciamento judicial invariavelmente representativo de um gravame cuja remoção é tencionada por meio desse reexame. Tem o recurso, portanto, uma vocação para o afastamento de sucumbência ou prejuízos.¹⁸

Porém, em que pese à inserção dos Embargos de Declaração no rol do artigo 496 do Código de Processo Civil, arrolando-o como recurso, sua natureza não pode ser assim delimitada, tendo em vista que a interposição de embargos de declaração pode bem como não pode alterar a decisão modificando seu entendimento. Isto porque, em que pese a função inicial dos embargos de declaração seja aclarar a decisão por ponto omissos, contraditórios ou obscuros, pode ocorrer que para que tal esclarecimento ocorra, ocorra também a modificação do entendimento do julgado. Ainda no entender de BONDIOLI:

¹⁷ KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração: teoria geral e efeitos infringentes. Recursos no processo civil*, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32.

¹⁸ BONDIOLI. *Op. cit.*, p. 51-52

os embargos ora atuarão como um recurso, ora serão simples mecanismo para a integração, correção, retificação, complementação e elucidação do ato decisório. Esse estado de coisas reflete na natureza dos embargos, que é, assim, híbrida.

Sendo o recurso meio de impugnação das decisões judiciais, que deve ser utilizado no processo em que prolatada a decisão embargada, vê-se, claramente, esta característica também nos embargos de declaração. BONDIOLI bem elucida:

Assim, quando os embargos tiverem força para produzir como resultado último uma modificação na parte dispositiva do julgado ou no sentido de um ato decisório, com a alteração substancial de um resultado ali expresso de acordo com a vontade do julgador, eles farão as vezes de recurso, alterando a própria ideia veiculada na decisão judicial. Essa força deve ser resultado da conjugação de fatores substanciais (invocação de matéria apta, em tese, a modificar o resultado do julgado) e volitivos (intenção de alteração substancial como consequência final), a serem valorados abstratamente. O vício invocado pelo embargante pode estar tanto nos fundamentos do ato decisório e, conseqüentemente conduzir a mudanças nas suas conclusões, como nas próprias conclusões. A postulação por modificações substanciais fundada em matéria já em tese inapta para tanto (p. ex., mínimo erro material) não é suficiente para o enfoque ontológico dos embargos como um recurso. Já o fato de estarem presentes ou não os requisitos de admissibilidade para o julgamento dos embargos e o seu acolhimento ou não pelo órgão julgador são irrelevantes para a aferição de sua natureza recursal; o que interessa é o seu potencial modificativo, tomando sempre em abstrato. Doutra parte, quando opostos para que o ato se conforme na plenitude à real intenção do julgador ou para que se elucide determinado trecho ou o próprio sentido da decisão ou, ainda, para que se integre ao julgamento a apreciação de pretensão ignorada, os embargos consubstanciar-se-ão num mecanismo para a mera integração, complementação, correção, retificação e elucidação do provimento judicial.¹⁹

BARROSO entende claramente que os embargos de declaração têm natureza de recurso. E declara: "O recurso de embargo de declaração é destinado a eliminar

¹⁹ *Idem. Op. cit.*, p. 58-59

as contradições ou obscuridades ou para suprir omissões na sentença ou acórdão.”²⁰. Cabe ressaltar que para algumas situações é cabível também a utilização do artigo 463, I, do Código de Processo Civil, que em seu inciso I prevê a possibilidade de alteração da sentença “para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo”.

FERREIRA FILHO destaca que:

A divergência, na verdade, como se vê, está na concepção que se tenha de recurso. Não há, com efeito, controvérsia quanto ao objetivo a ser alcançado com os embargos: esclarecer, nos casos de obscuridade ou contradição, e complementar, na hipótese de omissão, a decisão judicial. Se os recursos forem concebidos apenas com o objetivo de invalidar ou substituir a decisão impugnada, os embargos dele ficarão excluídos. Todavia, se forem alargados tais horizontes, para que se incluam nos objetivos dos recursos, além daqueles já referidos, o esclarecimento e a complementação do pronunciamento recorrido, neles os embargos de declaração encontrarão perfeito enquadramento²¹.

Dada a amplitude que pode ser aplicada à ideia de recurso não há como se acatar que não exista nos embargos de declaração natureza recursal. A revisão feita pelo juízo com a proposta dos embargos bem como a possibilidade de alteração da decisão repelem os argumentos de que se pode negar caráter recursal aos embargos declaratórios. No entender de CUNHA:

Não cabe mais, nos dias que correm desqualificar os embargos de declaração de sua natureza jurídica de recurso. Isso já se encontra enraizado, de outra parte, nas próprias disposições constitucionais, que asseguram aos jurisdicionados pronunciamentos claros, precisos, objetivos, devidamente embasados, atendendo, inclusive,

²⁰ BARROSO, Rodrigo da Silva. *O erro material na sentença*: a correção via recurso do art. 535 e ss. e correção via dispositivo do art. 463, I. v. 21, n. 544, p. 54-57, mar. 2009. In: Revista Bonijuris. Curitiba: Bonijuris, 2009. p. 54.

²¹ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de conhecimento, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2000. p. 297.

aos princípios fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal.²²

Conforme citado, consoante a doutrina hoje dominante, é evidente o caráter recursal dos embargos. Neste sentido, não apenas por poder promover a modificação da decisão, mas também pelo princípio da taxatividade já expresso anteriormente, CUNHA completa:

Já está assentado, a nosso sentir, que os embargos de declaração ostentam a natureza jurídico-processual de recurso e tanto assim que é possível a alteração do julgado atacado, oferecendo-lhe os efeitos modificativos. Ademais, os embargos de declaração encontram-se arrolados no título do Código de Processo Civil dedicado aos recursos.²³

Sendo os embargos de declaração cabíveis dentro da mesma relação em que a decisão foi proferida caracteriza-se também o que acontece com a generalidade dos recursos. Como oponíveis contra decisão presente no processo impedem, caso sejam cabíveis, a formação da coisa julgada.

Havendo vício na decisão judicial sanável através dos embargos presume-se, ainda, que sua não interposição permitirá a imutabilidade da decisão, e a decisão assim pode trazer prejuízo à parte interessada. Daí, mais uma vez, torna-se manifesta sua clara natureza recursal.

2.3 Decisões embargáveis

A Lei, em seu artigo 535, I, do Código de Processo Civil, deixa claro o cabimento dos embargos de declaração contra sentenças e acórdãos. Ainda, o

²² CUNHA, Euripedes Brito. *Embargos de declaração*: cabimento e utilidade. In: Revista síntese direito civil e processual civil. v. 12. n. 75. (jan. 2012), p. [110]-119. São Paulo: Síntese, 2012. p. 110

²³ CUNHA. *Op. cit.* p. 111.

artigo 463, II do Código de Processo Civil também trata dos embargos de declaração, e afirma que estes são uma das únicas formas de o juiz poder alterar a sentença depois de publicada. Diz o Código:

Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.

Para ARAGÃO²⁴, os embargos de declaração podem ser empregados tanto para sentenças definitivas quanto terminativas, e ainda as sentenças homologatórias. Quanto às decisões interlocutórias e despachos, abre-se a discussão sobre o cabimento dos embargos. Ainda que os despachos resolvam incidentes, passíveis de gerar gravame às partes, eles não se habilitam a extinguir o processo. Diz o Código de Processo Civil:

Art. 162. Os atos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
§ 1º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.
§ 1º Sentença é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta Lei.
§ 2º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.
§ 3º São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma.
§ 4º Os atos meramente ordinatórios, como a juntada e a vista obrigatória, independem de despacho, devendo ser praticados de ofício pelo servidor e revistos pelo juiz quando necessários. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

Tanto as decisões interlocutórias quanto os despachos são passíveis de

²⁴ ARAGÃO, Egas D. Moniz de. *Embargos de declaração*. In: Revista da Faculdade de Direito. n. 65. p. 59-80. a. 25. São Paulo: UFPR, 1999. p. 63.

impugnação pelas formas previstas no Código se causarem prejuízo ou gravame à parte. Em que pese o Código de Processo Civil prever apenas o cabimento dos embargos de declaração em face de sentenças e acórdãos, sendo esta a interpretação, não caberiam embargos de declaração contra as demais categorias de decisões judiciais elencadas no artigo 162 do Código.

A doutrina majoritária considera serem cabíveis embargos de declaração face também decisões interlocutórias em observância aos princípios constitucionais, sejam eles a inafastabilidade do controle jurisdicional e a fundamentação das decisões judiciais. Desta maneira os embargos de declaração aceitos para outras espécies de decisões judiciais que não sejam sentença e acórdão é a mais correta expressão da vontade constitucional. BONDIOLI inclusive afirma: "Com relação ao rol de provimentos judiciais passíveis de embargos, a maior amplitude possível deve ditar as regras."²⁵

WAMBIER, no mesmo entender, completa:

Todo e qualquer pronunciamento jurisdicional pode ser objeto de embargos de declaração: decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Neste sentido caminha a maioria dos doutrinadores, tendo sido apresentadas algumas restrições inadequadas pelos tribunais. Restrições serão sempre inadequadas em função, justamente, das raízes constitucionais desse recurso. Parte da doutrina sustenta, inclusive, serem cabíveis embargos de declaração de despacho.²⁶

Todas as decisões judiciais dirigidas aos sujeitos processuais devem ser isentas de dúvidas, não apenas quanto ao seu conteúdo, mas também quanto à sua fundamentação. Para ALVIM, "Fundamentar significa dar as razões de fato e de direito que levaram à tomada da decisão. A fundamentação deve ser *substancial* e

²⁵ BONDIOLI. *Op. cit.*, p. 77

²⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 645.

não meramente *formal*.”²⁷ Daí o cabimento dos embargos de declaração.

BONDIOLI fala da delimitação que deve ser respeitada ao cabimento dos embargos declaratórios. A característica célere do instituto fez com que, conforme explica, os embargos de declaração abrangessem, conforme entendimento jurisprudencial, erros materiais e erros evidentes. Diz:

A delimitação das hipóteses de cabimento dos embargos declaratórios deve ser uma preocupação do operador do direito. Sua condição de instrumento célere, seguro e efetivo para a sanção de imperfeições existentes nas decisões judiciais faz com que, na prática forense, as situações passíveis de embargos extrapolassem os casos previstos nos incisos do art. 535 do Código de Processo Civil. Erros materiais e raríssimas hipóteses de erros evidentes, que na maior parte das vezes não consistem em omissões, contradições ou obscuridades e não se encontram abarcadas pelos referidos incisos do art. 535 foram legitimadas pela jurisprudência como *fatti specie* autorizada da oposição de embargos. É a pureza dos conceitos cedendo passo a conveniência das práticas, em prestígio da efetividade e da utilidade do processo.²⁸

Em seu entender, não caberá o dito recurso com fundamento apenas no inconformismo da parte, visto que abarca a celeridade e permite-se a correção de simples erro ou engano facilmente reconhecível.

BARROSO²⁹ faz notar a natureza célere dos embargos, pois devem ser interpostos em 5 (cinco) dias da publicação da decisão e o juiz deve também respondê-los em 5 (cinco) dias. Ressalta ainda que, via de regra, não há vistas à parte contrária mas, contudo, mesmo sem disposição legal, caberá ao juiz ou ao relator abertura de prazo para contrarrazões quando der-se ao embargos efeitos infringentes.

²⁷ ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. v. 1., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 135.

²⁸ BONDIOLI. *Op. cit.*, p. 74.

²⁹ BARROSO. *Op. cit.*, p. 55.

2.3.1 Da obscuridade, da omissão e da contrariedade

As hipóteses de cabimento dos embargos de declaração são elencadas no artigo que os prevê, sendo assim cabíveis em caso de omissão, obscuridade ou contradição. WAMBIER bem leciona:

A obscuridade pode estar tanto no fundamento quanto no decisório, da mesma forma que a omissão. A contradição pode estar nos fundamentos, nos decisórios, pode existir entre os fundamentos e o decisório, ou, ainda, localizar-se entre a ementa e o corpo do acórdão.³⁰

A contradição é a incoerência na decisão. Pode estar presente de forma isolada em qualquer parte da decisão, no conflito entre as razões de decidir com a parte dispositiva, ou ainda, em acórdãos, entre a ementa e o corpo deste. SANTOS bem elucida: "verifica-se a contradição quando o julgado apresenta proposições entre si irreconciliáveis."³¹

Segundo MEDINA (2011), "Há contradição quando a decisão contém, em si mesma, afirmações ou fundamentos que estão em oposição ou que levam a resultados distintos ou inversos."³²

A obscuridade é a falta de clareza do texto da decisão, tanto no dispositivo quanto na fundamentação, de forma que não se possa ter a exata interpretação do pronunciamento. No entender de MEDINA (2011), "Considera-se obscura a decisão

³⁰ WAMBIER. *Op. cit.*, p. 646.

³¹ SANTOS. *Op. cit.*, p. 147.

³² MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 589.

quando imprecisa, de difícil ou impossível compreensão.”³³

Já a omissão refere-se a ponto ou questão levantada pelas partes sobre as quais o juiz não se manifestou sendo que o deveria fazer. Assim, ocorre quando o julgador não se manifesta sobre ponto do qual o deslinde da questão necessitava.

Segundo LEVENHAGEM:

a omissão não é apenas com respeito a alguma matéria suscitada pelas partes e sobre a qual o acórdão ou sentença se tenha silenciado, mas também sobre as quais deveria examinar e pronunciar-se de ofício, como é o caso, por exemplo, de nulidade absoluta.³⁴

São, em síntese, estas as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração. Há, porém, a possibilidade de cabimento dos embargos de declaração para fins de prequestionamento, que não está prevista no Código de Processo Civil.

2.3.2 Do prequestionamento

Fora as hipóteses previstas em lei, cabe ainda o uso dos embargos de declaração com fins de prequestionamento. O prequestionamento é requisito de admissibilidade para interposição de Recurso Especial e Extraordinário, e se justificam para que o juízo "a quo" se manifeste acerca das questões suscitadas pelas partes e imprescindíveis ao deslinde da lide. O prequestionamento tem entendimento sumulado perante os tribunais superiores. Vejamos:

STF - Súmula 282:

³³ *Idem. Op. cit.* p. 589.

³⁴ LEVENHAGEM, Antonio José. Comentário ao código de processo civil. v. III. São Paulo: Atlas, 1996. p. 74-75.

É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

STF - Súmula 356:

O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

STJ - Súmula 211:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*.

STJ - Súmula 98:

Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

Destarte, a interposição dos embargos de declaração para fins de prequestionamento faz-se mister para o andamento do processo, não apenas por ser requisito de admissibilidade dos Recursos Especial ou Extraordinário, mas também para que não reste dúvida quanto ao julgamento do tribunal *a quo*.

Neste entender ALVES, que ao lecionar sobre o prequestionamento em embargos de declaração elucida:

Não há que se olvidar que outra função dos embargos, decorrente do inciso II do art. 535, bem como da necessidade do afunilamento dos recursos junto ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal, seja a de prequestionamento.

É que as causas a serem decididas por essas cortes visam à inteireza do texto constitucional e infraconstitucional propriamente dito. Exsurge daí que os julgamentos referentes a ditas matérias nas instâncias superiores têm como antecedente lógico que a discussão da causa já tenha sido exaurida nas vias ordinárias. E isso inclui os embargos declaratórios.³⁵

No tocante à omissão, MEDINA (2011) bem leciona acerca da particularidade

³⁵ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 407-453.

dos embargos de declaração em se tratando de acórdãos sujeitos a recursos extraordinário e especial. Isto porque, conforme elucida, o dever de fundamentação dos acórdãos pelos tribunais que proferem decisões sujeitas à controle pelos Tribunais Superiores é mais abrangente do que àquele que se impõe ao magistrado no primeiro grau de jurisdição. Assim diz:

Com efeito, decidiu o STJ que "vedada a análise de provas nesta instância especial, devem-se considerar os fatos tal como descritos no acórdão" (STJ, REsp 699.287/AC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2.^a T., j. 13.10.2009), e que deve ser "considerada a versão dos fatos tal como descrita no acórdão impugnado, imutável em sede de recurso especial" (STJ, REsp 1067438/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 03.03.2009; cf. também STJ, REsp 1021299/ES, rel. Min. Nancy Andrighi, 3.^a T., j. 04.09.2008).³⁶

Conforme elucida o doutrinador além do entendimento sumulado os embargos são necessários também para o esclarecimento dos fatos narrados na decisão objeto de recurso aos Tribunais Superiores. Isto porque, vedado nestes tribunais reexame de prova, os fatos narrados pela decisão recorrida é que serão usados para a decisão no tribunal.

MEDINA (2005) novamente elucida:

Daí haver na jurisprudência, diversas concepções acerca do que se deve entender por prequestionamento. *Grosso modo*, podemos sistematizar tais entendimentos em três grupos: a) prequestionamento como manifestação expressa do Tribunal recorrido acerca de determinado tema; b) prequestionamento como debate anterior à decisão recorrida, acerca do tema, hipótese em que o mesmo é muitas vezes considerado como ônus atribuído à parte; c) a soma das duas tendências citadas, ou seja, prequestionamento como prévio debate acerca do tema de direito federal ou constitucional, seguido de manifestação expressa do Tribunal a

³⁶ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 590.

respeito.³⁷

Para ALVIM e ALVIM:

é requisito indispensável à admissão do recurso especial. Este, como se sabe, é recurso de *fundamentação vinculada*. Não se presta à rediscussão dos fatos da causa, nem à reapreciação de provas, diferentemente do que sucede, p. ex., com o recurso de apelação ou com o recurso ordinário. (...) No recurso especial, os fatos devem ser encarados exatamente tais quais os tenha considerado o acórdão recorrido, só se podendo discutir a incidência da lei federal sobre esses mesmos fatos.³⁸

Deve ser cauteloso o operador do direito ao utilizar-se dos embargos de declaração para fins de prequestionamento se velar em sua interposição caráter puramente protelatórios. Na lição de DEMO: É dizer, se a interposição dos embargos consubstanciar uma situação que evidencie o intuito de procrastinar o feito, o argumento de prequestionamento não afasta a aplicação da sanção processual.³⁹

Em que pese a possibilidade de interposição do recurso para fins de prequestionamento, seu bom uso também deve ser respeitado, sendo passível da sanção legalmente prevista se assim não o for.

A dificuldade do operador do direito em manejar os recursos é latente em nossos tribunais. Enquanto o prequestionamento é requisito, sua caracterização pode ser interpretada de diversas formas, bem como a interposição de embargos de declaração para seu cumprimento pode não surtir o efeito desejado. No entender de

³⁷ MEDINA, José Miguel García. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 217-218.

³⁸ ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Recurso especial e prequestionamento*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 162-163.

³⁹ DEMO, Roberto Luis Luchi. *Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 138.

ALVES:

Com efeito, a teor das Súmulas 282 e 356 do STF, necessário se faz o prequestionamento para interposição de recursos especiais e extraordinários, ventilando-se a *queastio iuris* federal ou constitucional suscitada, sob pena de não conhecimento por aqueles Excelso Pretórios. Aliás, o STJ já vem entendendo mesmo que, na hipótese de interposição de embargos declaratórios e quando o órgão *a quo* não enfrenta explicitamente a matéria ventilada, não se considera cumprido o requisito do prequestionamento, devendo a parte ingressar com recurso especial contra tal decisão, por violação dos arts. 485, II e 535, ambos do Código de Processo Civil.⁴⁰

A jurisprudência de nossos tribunais superiores não é uníssona sobre o prequestionamento via embargos de declaração com fins de prequestionamento. Tal situação dificulta ao operador do direito a interposição do recurso pois este se considerado protelatório acarretará em multa, e se não interposto pode barrar análise de recurso posterior.

Por ser o tema o mais controvertido quando da interposição dos embargos de declaração, vejamos alguns recentes julgados acerca da necessidade de prequestionamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. EFEITO TRANSLATIVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA NOVA. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO PARA CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL E DE OMISSÃO SOBRE O ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. 1. É assente e remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que não admite a incidência de efeito translativo em recurso especial para permitir o conhecimento *ex officio* de questão de ordem pública não prequestionada. 2. De igual modo, não se pode falar em prequestionamento de matéria suscitada apenas em embargos de declaração por tratar-se de questão nova. 3. Por outro lado, omissa é, de fato, o acórdão que reverte o julgamento da origem mas não trata do ônus da sucumbência, que no caso cumpre à Câmara de Vereadores no tocante apenas à restituição das custas do processo,

⁴⁰ ALVES. *Op. cit.* p. 434.

não havendo, no entanto, condenação em honorários por tratar-se de mandado de segurança. 4. É também viável esta via recursal para a simples correção de erro material atinente à nomenclatura do cargo público para o qual deve a parte ser nomeada. 5. Embargos de declaração da Câmara Municipal de Itapevi rejeitados. Embargos de declaração de Célia Gonçalves do Nascimento acolhidos, com efeitos infringentes. (EDcl no Resp 1359516/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 12/09/2013)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MATÉRIA FÁTICA E LEGAL. O recurso extraordinário não é meio próprio ao revolvimento da prova, também não servindo à interpretação de normas estritamente legais. RECURSO EXTRAORDINÁRIO – PREQUESTIONAMENTO – CONFIGURAÇÃO – RAZÃO DE SER. O prequestionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo indispensável a que se diga do enquadramento do recurso extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo recorrente. (ARE 691704 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 03/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-182 DIVULG 16-09-2013 PUBLIC 17-09-2013)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLÊNCIA. DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA Nº 282/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. 1. A tese vinculada ao artigo 188, inciso I, do Código de Processo Civil, relativa ao exercício regular do direito do credor, apontado como violado, não foi analisada pelo tribunal de origem, sequer de modo implícito, atraindo ao caso, portanto, o óbice da Súmula nº 282 do Supremo Tribunal Federal. 2. Considera-se deficiente de fundamentação o recurso especial que não indica os dispositivos legais supostamente violados pelo acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência, por analogia, do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 3. Rever o valor fixado a título de astreintes, quando não irrisórias ou exorbitantes demandaria o reexame de fatos e provas dos autos, a atrair o óbice da Súmula nº 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 319.366/MS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013)

Como visto, a necessidade de prequestionamento da matéria em debate

perante os tribunais superiores se faz mister. Não admitem os tribunais recurso que não atente a este requisito. Assim, justamente por ser requisito para a admissão dos recursos, os tribunais superiores não entendem como protelatórios os embargos de declaração que deixam claro seu intuito de prequestionamento. Vejamos o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 557, § 2º, CPC. ESGOTAMENTO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE. MULTA AFASTADA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 98/STJ. 1. O agravo interno é o meio adequado para se buscar o esgotamento das instâncias ordinárias a fim de viabilizar a interposição de recurso nas instâncias extraordinárias. É descabida, in casu, a multa aplicada com fulcro no art. 557, § 2º, do CPC (REsp repetitivo n. 1.198.108/RJ). 2. É inviável a aplicação de multa se os embargos de declaração foram opostos com o fim de prequestionar a matéria deduzida no apelo especial, e não com o propósito protelatório. Aplicação da Súmula n. 98/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 331.257/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 06/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. RESGATE DE CONTRIBUIÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 98/STJ. SÚMULA 7 DO STJ. 1. Os embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionamento não são protelatórios (Súmula 98/STJ). 4. A conclusão do acórdão impugnado no recurso especial de que ficou demonstrado o resgate integral da reserva de poupança, por ex-participante de entidade fechada de previdência privada, não pode ser revista no âmbito do recurso especial, por demandar o reexame do conjunto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ). 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1232379/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013)

Em que pese apoiar o entendimento nas Súmulas que preservar o direito ao recurso de embargos de declaração com fim de prequestionamento, o STJ já entendendo como protelatórios embargos de declaração opostos em sede de apelação

em matéria que, pela jurisprudência dominante da corte *ad quem*, recurso especial não mudaria o julgamento.

A multa, aplicada ainda pelo tribunal estadual, foi mantida pelo STJ, que desta vez argumentou que nem todos os embargos podem se embasar na Súmula 98:

AGRAVO REGIMENTAL. OFENSA DOS ARTS. 463, II, 535, I, 538, PARÁGRAFO ÚNICO, 18, 162, § 2º, 267, 269 E 522 DO CPC. INEXISTÊNCIA. MULTA DO ART. 538 DO CPC. MANUTENÇÃO. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. IMPROVIMENTO. 1.- A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 2.- No caso, subsiste a multa, aplicada na origem aos Embargos de Declaração tidos por protelatórios (CPC, art. 538, parágrafo único). O Acórdão embargado no Tribunal de origem era perfeitamente ajustado à orientação pacífica deste Tribunal, de modo que, não havendo, a rigor, nenhuma possibilidade de sucesso de recurso nesta Corte, não havia como imaginar #notório propósito de prequestionamento (Súmula STJ n. 98) para recurso manifestamente inviável para esta Corte. Em verdade, o sistemático cancelamento da multa em casos como o presente, à invocação da Súmula STJ n. 98, frustra o elevado propósito de desincentivar a recorribilidade inviável, seja no Tribunal de origem, seja neste Tribunal. 3.- A conclusão do Colegiado Estadual está em consonância com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que cabe o recurso de Apelação quando o benefício da assistência judiciária gratuita é feito em autos apartados. Aplicável, portanto, à espécie, o óbice da Súmula 83 desta Corte, inviabilizando o recurso por ambas as alíneas autorizadoras. 4.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 85.284/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2013, DJe 05/09/2013)

Por este entendimento pode-se compreender as dificuldades enfrentadas pelos operadores do direito. Em agravo regimental a multa por considerados protelatórios os embargos de declaração foram mantidos porque a corte entendeu que não mudaria a decisão proferida em sede de apelação.

3. DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

3.1 Do princípio da lealdade processual

Antes de se falar dos embargos de declaração protetatórios propriamente ditos é preciso relembrar que o processo é regido por princípios que devem permear todos os seus atos. Os princípios do processo podem ser informativos ou fundamentais, estes também chamados de princípios gerais do processo civil. Conforme ensina WAMBIER:

A primeira categoria – princípios informativos – contém regras de cunho generalíssimo e abstrato, e se aplica a todas as regras processuais, tanto às de índole constitucional quanto àquelas que estão nas normas ordinárias, independentemente de tempo e lugar. A categoria relativa aos princípios fundamentais, diferentemente da primeira, alberga um grupo de princípios menos abstratos, menos gerais, mais contextuais, e que se referem a um determinado ordenamento jurídico, levando em conta, inclusive, suas especificidades e características. Alguns deles, em razão da relevância de que se revestem, têm assento na Constituição Federal, situando-se como bases sobre que se constrói todo o sistema normativo processual e infraconstitucional.⁴¹

Os princípios servem assim como norteadores do processo, e também embasam a lei que o regulamenta. Dentre os princípios, damos ênfase no presente trabalho ao princípio da lealdade processual, pois se relaciona diretamente ao tema dos embargos de declaração protetatórios.

As disposições legais que preservam a lealdade processual e a boa-fé são desdobramentos de uma vontade social para com o processo. No claro explanar de MENDES:

Como parte da pragmática jurídica, podemos perceber que os objetivos que normalmente estão fixados para o ordenamento

⁴¹ WAMBIER. *Op. cit.*, p. 65-66.

jurídico não são arbitrários ou aleatórios, mas dependem das circunstâncias e das condições prévias da sociedade como um todo, cabendo ao legislador, *de lege ferenda*, adequar convenientemente o direito às realidades emergentes.⁴²

O princípio da lealdade processual está previsto no Código de Processo Civil, artigo 14:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...)
II - proceder com lealdade e boa-fé; (...)

Sendo a índole do processo eminentemente dialética, não se pode esperar que as partes ajam com inverdade ou deslealdade, empregando artifícios contrários ao bom andamento do processo. Diz ainda WAMBIER:

O comportamento das partes e de todos os envolvidos no processo deve respeitar os preceitos relativos à boa-fé, repugnando ao sistema o comportamento desleal. Se o processo tem como um de seus escopos a realização do direito no caso concreto, não se pode alcançar esse objetivo por meio de trapagens e comportamentos levianos.⁴³

O direito estrangeiro também preserva a lealdade processual, assim como o bom desenvolvimento do processo. No ensinamento de TORRES e RAGONE:

El proceso, com instituto constitutivo del Derecho Procesal junto com lá acción y la jurisdicción, debe velar em definitiva por el tiempo, el costo y su resultado em los marcos de la instrumentalidad y el contradictorio. El primer marco, em tanto las normas procesales no son un fin en sí mismo, sino que está preordenadas a la realización del derecho substantivo y – através de esse y primordialmente por el prisma de las Constituciones – e de la Justicia de la causa com

⁴² MENDES, Antonio Celso. *Direito, linguagem e estrutura simbólica*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1994. p. 65.

⁴³ WAMBIER. *Op. cit.* p. 69-70.

razonabilidad temporal.⁴⁴

Os embargos de declaração protelatórios são contrários à lealdade processual, e considera-se seu uso contrário a todo ordenamento processual. Se considerados protelatórios os embargos de declaração têm punição prevista nos artigos dos embargos, justamente por serem contrários à lealdade processual e por prejudicarem o andamento do processo.

Ainda TORRES e RAGONE:

La relación procesal comprende a diversos tipos de imperativos (deberes, cargas, obligaciones) para el vínculo de las partes entre sí y entre éstas y el órgano jurisdiccional. Ahora bien, no siempre las partes asumirán una conducta cooperativa, muchas veces por el contrario asumen conductas obstructivas o de omisión para la normal prosecución de proceso. De no verificarse una conducta cooperativa deben preverse mecanismos substitutivos para evitar el estancamiento del proceso, lo que finalmente se traduce en la imposibilidad de obtener una debida tutela jurisdiccional.⁴⁵

Há punições em nosso ordenamento para a litigância de má-fé, justamente para preservar a lealdade processual. Conforme FARINA:

Litigância de má-fé é, em uma análise global do sistema processual, aquele que se utiliza da máquina estatal a fim de obter vantagens indevidas, ou que, durante o decurso do processo, aplica manobras processuais para protelá-lo, atrasando o feito e sobrecarregando o sistema jurisdiccional como um todo. O art. 17 do CPC determina em quais hipóteses reputa-se litigância de má-fé. Tais hipóteses são taxativas, embora algumas tragam uma amplitude bastante significativa em seu bojo. Outras previsões se encontram ao longo do Diploma Processual Civil, ou em lei esparsas, como ocorre com a previsão específica de litigância de má-fé no Sistema Brasileiro da Concorrência.⁴⁶

⁴⁴ TORRES, Fernando Orellana; RAGONE, Álvaro Pérez. *La conducta cooperativa de las partes en el proceso civil y la rebeldía: hacia su adecuada regulación en la nueva justicia civil chilena*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. n. 1. Curitiba: SER/UFPR, 2004. p. 122.

⁴⁵ *Idem*. *Op. cit.*, p. 123.

⁴⁶ FARINA. *Op. cit.* p. 323.

Ao discorrer sobre a teoria da litigância de má-fé, FARINA ainda elucida sobre a preocupação constante em diversas legislações para resguardar o bom andamento do processo:

Ela nasce da preocupação presente em todas as legislações, seja de forma positivada ou como praxis processual, em resguardar o processo em seu aspecto prático, na aplicação da boa-fé e na lealdade processual, a fim de se alcançar a justiça e a verdade real.⁴⁷

A má-fé é artifício contra a justiça e o bom andamento do processo. É instrumento ardil que não coaduna com a ética dos operadores do direito. Por este motivo não apenas os embargos meramente protelatórios mas também outras formas de litigância desleal também são punidas pelo ordenamento jurídico.

3.2 Dos efeitos da interposição dos embargos

O artigo 538 do Código de Processo Civil determina que os embargos de declaração, quando interpostos, interrompem o prazo para outros recursos, por qualquer das partes. Consoante BARROSO:

Uma vez interpostos os embargos de declaração, consideram-se interrompidos todos os prazos para os demais recursos. A interrupção dos prazos para outros recursos se faz necessária, pois, da reavaliação da sentença, surgirá nova decisão (procedente ou não), e desta será dado prazo para recurso.⁴⁸

Mister assim se faz a interrupção do prazo pois, conforme ensina BARROSO, os embargos de declaração podem fazer surgir nova decisão. Ilógico, portanto, seria, permitir recurso contra a decisão anterior aos embargos de declaração, pois a

⁴⁷ *Idem. Op. cit.*, p. 343.

⁴⁸ BARROSO. *Op. cit.*, p. 55.

modificação eventualmente advinda poderia prejudicar o feito. CUNHA concorda:

Em destaque, logo se pode salientar: o recurso de embargos declaratórios apresenta como efeito prático mais assente a interrupção do curso processual, suspendendo o prazo para interposição do recurso subsequente. Nesse passo, em cabendo a interposição de um recurso posterior, o recurso ordinário, por exemplo, interposto o recurso de embargos declaratórios, interromperá o prazo para interposição do recurso ordinário, no exemplo agora dado, e o prazo respectivo só começará a ser contado depois da publicação (intimação) do resultado do recurso de embargos declaratórios.⁴⁹

O prazo para interposição de recursos após interpostos embargos de declaração só começará, como bem explícito, após a publicação do resultado destes. A sanção de qualquer dos vícios da decisão, ou ainda o efeito infringente que pode ser dado a tais embargos, faz com que novo prazo comece a fluir, desde seu início, oportunizando as partes seu devido direito de recorrer. Ainda conforme CUNHA:

De outra parte, como saber qual a solução que o recurso de embargos declaratórios terá? Impossível saber. E o entendimento levado a podar o efeito impeditivo em razão da interposição do ED resultaria em absoluta insegurança jurídica, e esta não é e nem poderia ser a destinação da norma jurídica, que existe exatamente para garantir a boa aplicação da norma jurídica em favor do Direito. Não poderia e nem pode uma possível insegurança traduzir o destino das regras do Direito, postas no mundo jurídico exatamente para oferecer segurança jurídica aos cidadãos.⁵⁰

A interrupção é necessária, portanto para a segurança jurídica do processo. A Lei dos Juizados Especiais, como vimos no capítulo anterior, dispõe de forma diferente, apenas suspendendo o prazo. MEDINA (2011) também faz essa observação:

⁴⁹ CUNHA. *Op. cit.*, p. 112.

⁵⁰ *Idem. Op. cit.* p. 113.

Os embargos de declaração, nos termos do art. 538, caput, interrompem o prazo da interposição de outro recurso cabível contra a decisão, por qualquer das partes. Diferentemente, o art. 50 da Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) dispõe que “quando interpostos contra sentença, os embargos de declaração suspenderão o prazo para recurso”.⁵¹

Além dos Juizados Especiais, a Lei Eleitoral também prevê apenas a suspensão, e não a interrupção do prazo. Porém, valendo-se o julgador da disposição de interrupção adotada pelo Código de Processo Civil a jurisprudência do pretório eleitoral entende também pela interrupção do prazo para interposição de outros recursos, e não pela suspensão. Assim ensina VIRGOLINO:

Apesar de o Código Eleitoral prever que os embargos suspendem o prazo para a interposição de outros recursos, a jurisprudência do TSE, valendo-se da disposição contida no Código de Processo Civil, fruto da reforma de 1994, passou a se manifestar no sentido de que os embargos interrompem o prazo para novo recurso.⁵²

Voltando ao processo civil, esclarece-se que a interrupção do prazo terá efeito para ambas as partes pois, do contrário, a parte não embargante seria prejudicada.

Diz MEDINA (2011):

O dispositivo deixa claro que a interrupção beneficia qualquer das partes do processo e não somente o embargante. A interrupção ocorre ainda que os embargos não sejam conhecidos ou que sejam providos. O que a norma garante é o efeito interruptivo pela tão só oposição dos EDcl.⁵³

Cabe ressaltar que o efeito interruptivo terá efeito sobre as outras possibilidades de recursos cabíveis, mas não influirão no prazo para interposição

⁵¹ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 593.

⁵² VIRGOLINO, Pedro Sobrinho Porto. *Quando os embargos de declaração não interrompem o prazo para interposição de outros recursos*: (distinções e semelhanças entre a justiça eleitoral e a justiça comum). In: *Revista de Processo*, v. 37, n. 208, p. [379]-403, jun. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 384.

⁵³ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 594.

deste mesmo recurso pela parte adversa. Assim, o prazo para interposição de embargos de declaração é comum para as partes e, sendo estes interpostos por qualquer delas, a interrupção valerá apenas para as outras espécies de recurso.

VIRGOLINO elucida:

O efeito interruptivo incide em relação a outras espécies de recursos cabíveis contra a decisão embargada, não influenciando no prazo para oposição de embargos de declaração pela parte adversa (ou demais legitimados) em relação ao provimento embargado.⁵⁴

O efeito interruptivo do prazo não ocorrerá, entretanto, caso os embargos de declaração sejam opostos fora do tempo. Se intempestivos, o prazo correrá para ambas as partes. Assim, a parte que teria o prazo interrompido pela interposição de embargos pela outra deve atentar para esta interposição pois o prazo fluirá normalmente se houver intempestividade. Segundo VIRGOLINO:

Não se pode confundir o exercício da faculdade (direito) processual de impugnar a decisão por meio dos embargos, com a regularidade em si desse exercício. É o primeiro que determina a incidência do efeito interruptivo e não o segundo.⁵⁵

O Superior Tribunal de Justiça já confirmou este entendimento. VIRGOLINO explica:

O STJ já decidiu que os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para outros recursos. A Corte Especial, em outros precedentes, firmou entendimento de que apenas no caso de intempestividade dos embargos não haverá efeito interruptivo. Ditos precedentes são fundamentais em três premissas: (1) no fato da lei não exigir que o recurso seja conhecido para provar o efeito interruptivo (art. 538 do CPC); (2) na necessidade de preservar esse

⁵⁴ VIRGOLINO. *Op. cit.*, p. 385.

⁵⁵ *Idem. Op. cit.*, p. 391.

efeito como meio de resguardar a segurança jurídica, já que, na maioria das vezes, o embargante não tem como saber de antemão se o recurso será admitido; (3) na preclusão temporal operada pelo decurso *in albis* do prazo dos embargos, o que, excepcionalmente, justifica a não produção do efeito interruptivo.⁵⁶

Ainda, segundo o ensinamento de VIRGOLINO o fato de a lei prever a interrupção do prazo mesmo se não for conhecido o recurso é decorrência da segurança jurídica que deve permear o processo. Não tendo a parte como prever a efetiva decisão judicial, não se pode condicionar o efeito ao conhecimento do recurso, mas apenas a seu recebimento.

O autor ainda completa lecionando que “Os embargos de declaração somente não produzirão efeito interruptivo quando houver preclusão para o exercício dessa faculdade processual a impedir a prática do ato processual de oposição do recurso”.⁵⁷ O não reconhecimento do recurso porque intempestivo não dará ao recurso o então poder de interromper o prazo. E completa: “Operada a preclusão, não se estará diante de mera irregularidade no exercício do direito de recorrer, mas sim de perda desse direito”.⁵⁸

VIRGOLINO é ainda magistral ao ensinar sobre a intempestividade:

O decurso *in albis* para recorrer (fato jurídico) resulta na preclusão temporal do direito de interpor o recurso e também conduz à intempestividade do ato impugnado realizado a destempo. Também haverá preclusão quando não preenchido o seguinte pressuposto de admissibilidade: inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer. (...) Tratando-se de embargos de declaração intempestivos o recurso não terá o condão de interromper o prazo recursal, não influenciando na contagem do prazo para ingresso com outro recuso por quaisquer das partes.⁵⁹

⁵⁶ *Idem. Op. cit.*, p. 390-391.

⁵⁷ *Idem. Op. cit.*, p. 391.

⁵⁸ *Idem. Op. cit.*, p. 392.

⁵⁹ *Idem. Op. cit.*, p. 392-393.

Há que se considerar ainda a hipótese de uma das partes interpor recurso e outra interpor embargos de declaração. Caso esta hipótese ocorra, após o julgamento dos embargos, a parte que interpôs recurso deve reiterá-lo. Neste entender, MEDINA (2011):

Caso uma das partes tenha interposto outro recurso, e a outra oponha embargos de declaração, exige-se que, após o julgamento destes, aquele que opôs o outro recurso manifeste-se, reiterando-o.⁶⁰

Como elucidado, o efeito da interposição dos embargos de declaração tempestivamente é causa da interrupção do prazo para interposição de outros recursos e este é, antes da decisão que possa advir desses embargos, seu maior efeito. Esta interrupção do prazo pode ser usada com deslealdade para obstar o célere andamento do processo, e por este motivo mister se faz o estudo dos embargos de declaração com intuito meramente protelatório.

3.3 Dos embargos de declaração protelatórios

A doutrina e a jurisprudência vêm entendendo que para a declaração de caráter protelatório o propósito deve ser manifesto. Sendo a deslealdade processual repelida por todo o ordenamento, assim também o são os embargos de declaração protelatórios.

O esmero dos operadores do direito deve sempre ser no sentido da celeridade processual evitando expedientes que deturpem o bom rumo do processo. Ao serem considerados protelatórios os embargos mostram seu mau uso. Conforme

⁶⁰ MEDINA (2011). *Op. cit.* p. 594.

elucida BONDOLI, "oposições descabidas de embargos atravancam e tumultuam o feito, postergando a efetivação dos direitos."⁶¹ Porém, é preciso que para serem assim declarados seu caráter seja evidente, não podendo ser presumido.

Para tanto, com entende a doutrina, os embargos de declaração quando interpostos pela parte devem ser devidamente fundamentados. No entender de BARROSO: "A demonstração concreta das razões do recurso é requisito sine qua non para seguimento dos embargos".⁶²

O artigo que trata dos embargos de declaração prevê como punição para os que forem considerados protelatórios multa, que vai de 1% (um por cento) a 10% (dez por cento) do valor da causa. Como explica BARROSO:

Assim o legislador previu que, quando os embargos forem tidos como meramente protelatórios e sem fundamentação adequada, caberá ao juiz ou ao tribunal condenar o embargante ao pagamento de multa não superior a 1% sobre o valor da causa ao embargado. Ou até 10% do valor da causa se a medida protelatória for reiterada; nesse caso o embargante terá que depositar o valor da multa para interpor qualquer recurso nesse processo.⁶³

Neste entender, a medida punitiva não deve iniciar superior a 1%, e sua majoração, até 10%, só pode ser realizada se reiterado o ato, ou seja, se interpostos novos embargos de declaração sobre a mesma decisão. O operador do direito deve atentar para a celeridade e lealdade processual ao interpor embargos declaratórios. BONDOLI elucida que não pode o juiz decidir novamente em sede de embargos quanto a matérias que não sejam cabíveis a este recurso. Assim diz:

Descabe pedir que o juiz decida em sede de embargos novamente sobre matéria acerca da qual ele não se omitiu sobre ponto algum e

⁶¹ BONDOLI. *Op. cit.*, p. 01.

⁶² BARROSO. *Op. cit.*, p. 55.

⁶³ *Idem. Op. cit.*, p. 55

foi claro e coerente ao decidir. Sempre que o entendimento do órgão julgador for fruto de uma dentre as possíveis interpretações extraíveis de uma situação fática ou jurídica, inexistirá erro de julgamento e não haverá espaço para embargos de declaração. Ademais, quando o erro de julgamento não se apresentar com toda a evidência, comportando dúvidas quanto a seu caráter manifesto, serão inadequados os embargos, pois não haverá aquela certeza de que eles levarão o juiz a reformular seu entendimento.⁶⁴

Conforme entende BONDOLI, a interposição de embargos declaratórios, para não serem considerados protelatórios, deve estar dentro das possibilidades de seu cabimento, e não apenas se fundamentar na insatisfação da parte com a decisão. A lei prevê diversas possibilidades de recurso possíveis, sendo cada qual adequada às diversas situações possíveis, motivos pelo qual o operador do direito deve eleger o meio adequado, não utilizando os embargos senão para o fim a que se destinam. Diz ainda:

os embargos não se prestam à insurgência pela insurgência. Mesmo nos casos de erro de julgamento, a irresignação tem liame com a ideia de que um simples alerta levará o órgão julgador a reformulação da decisão. Ou seja, é uma insurgência calculada. Toda vez em que o mero alerta não parecer suficiente para a revisão do pronunciamento judicial, restará à parte impugnar a decisão por outros meios. Enfim, as noções de proporcionalidade e razoabilidade devem guiar as partes e o juiz nessas situações, tanto para a prudência na sua oposição quanto para a repressão do mau uso dos embargos.⁶⁵

O caráter protelatório manifesto deve ser ponderado pelo julgador conforme a necessidade e o cabimento dos embargos. A boa técnica jurídica, em que pese abarcar a fungibilidade, não pode olvidar das diversas hipóteses para cabimento de recurso e de seu bom uso. Para DEMO a caracterização do caráter protelatório pode ser considerada nas seguintes situações:

⁶⁴ BONDOLI. *Op. cit.*, p. 75.

⁶⁵ *Idem. Op. cit.*, p. 76

i) o recurso for manifestamente infundado, seja porque a questão aventada não possui um mínimo de respaldo jurídico (é totalmente desarrazoada, v.g., afrontando texto expresso de lei) ou, ainda que o tenha, a tese já foi afastada pela jurisprudência dominante, ou pela doutrina dominante. ii) em sede de 1ª instância, o recurso versar sobre prequestionamento, salvante quando se tratar de decisão passível de ataque via recurso extraordinário propriamente dito. iii) a situação fática descrita no recurso inexistir, negar fato existente ou dar versão mentirosa para fato verdadeiro. Por exemplo, argumentar que o órgão judicial apreciando como apreciou a questão "x" jamais poderá ter chegado à conclusão que chegou, quando a mencionada questão sequer foi objeto de análise. Outro exemplo: pedir para que o órgão judicial se manifeste expressamente sobre determinada questão, supostamente omitida, mas que, em verdade, estava expressamente decidida. Nesses casos os embargos declaratórios interpostos carecem de objeto. iv) objetivar o embargante, unicamente, rediscutir questão já amplamente apreciadas e decididas, ou seja, utilizar-se do recurso para o fim manifesto de rediscutir o mérito do *decisum*.⁶⁶

Pelo entender do doutrinador, a consideração do caráter protelatório dar-se-á em possibilidades facilmente reconhecíveis, visto que nas hipóteses elencadas é de fácil cognição o uso dos embargos de declaração com fim diverso a sua fundamental destinação.

A falta de respaldo jurídico ou a o afastamento da possibilidade aventada pela parte pela jurisprudência majoritária, o suposto prequestionamento sem relação com possível recurso aos tribunais superiores, o intuito de lograr o juízo com questão inexistente ou falsa ou ainda o requerimento de efeito infringente sem o devido cabimento podem ser razões para que o recurso seja considerado manifestamente protelatório. Porém, não há como se taxar hipóteses para a caracterização do cunho protelatório dos embargos de declaração, sendo que para sua caracterização vários elementos devem ser considerados. Isto também porque a deslealdade do operador não pode ser presumida, bem como não se pode cercear a parte nas utilizações de seus mecanismos legais de defesa. VIRGOLINO explica:

⁶⁶ DEMO. *Op. cit.*, p. 139-140.

Não se pode confundir embargos procrastinatórios com recurso inadmissível. O caráter protelatório exige que o recurso tenha finalidade precípua de retardar o feito, elemento este que não se reproduz em toda causa de inadmissibilidade. O recurso pode ser inadmissível e, todavia, não ser protelatório.⁶⁷

Vê-se que o julgador deve ser cauteloso ao declarar como protelatórios os embargos de declaração interpostos por qualquer das partes. DEMO completa:

Geralmente, a caracterização do intuito procrastinatório se faz em cotejo com outros elementos objetivos constates dos autos ou fora deles, que evidenciem não ter o embargante agido ao abrigo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, garantidos constitucionalmente, tampouco com o dever de probidade legalmente imposto (CPC, art. 14).⁶⁸

O direito da parte à manifestação bem como os princípios constitucionais resguardados pelo devido processo legal devem ser sopesados para a caracterização do mau uso de qualquer recurso. É direito da parte a insurgência, e por esta razão sua obstaculização não pode ser desmedida. Desta forma para serem declarados protelatórios os embargos de declaração o julgador deve embasar-se em vários elementos e, principalmente atentar ao direito das partes quanto ao uso possível de seus mecanismos de defesa legalmente previstos. Para VIRGOLINO: “Os embargos de declaração serão manifestamente procrastinatórios quando utilizados com o único fim de ampliar o prazo para interposição de outros recursos ou, simplesmente, adiar o fim do processo”.⁶⁹

No mesmo entender segue DOWER⁷⁰ que afirma que “Os embargos serão manifestamente protelatórios, por exemplo, quando há o intuito de exclusivo

⁶⁷ VIRGOLINO. *Op. cit.*, p. 395.

⁶⁸ DEMO. *Op. cit.*, p. 140.

⁶⁹ VIRGOLINO. *Op. cit.* p.394.

⁷⁰ DOWER, Nélon Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. v. 2; 2. ed. São Paulo: Nelpa, 1997. p. 354.

aproveitamento da interrupção legal da fruição do prazo para outro recurso”. Esta é, ao ver da doutrina, a característica fundamental para a declaração dos embargos de declaração como protelatórios. E a palavra “protelar”⁷¹ tem este claro significado, de adiar, postergar.

Como elucidado anteriormente, a possibilidade do uso de embargos para prequestionamento deve ser sempre analisada. As súmulas elencadas do Superior Tribunal de Justiça deixam claro este entendimento. O intuito de prequestionamento é também mais uma das razões pelas quais o caráter protelatório não pode ser presumido, devendo ser, no caso concreto, analisada a má-fé do operador.

A caracterização do intuito protelatório não pode ser descrita em um manual ou rol definitivo. A situação fática, a real vontade da parte bem como o andamento do processual devem ser considerados. A reprovação do ato do operador não pode embasar-se em poucos elementos, devendo ser considerada primordialmente a intenção, geralmente velada, de postergar todo o feito processual. FERREIRA FILHO sustenta também que “somente no caso concreto é que se pode identificar o caráter protelatório dos embargos, sendo vã a tentativa de defini-lo sem cair em expressões demasiadamente lacônicas”⁷².

Em que se pese todas as ponderações possíveis a serem feitas para a caracterização protelatória dos embargos, VIRGOLINO entende que não há necessidade de comprovação de dolo para tal caracterização. Isto porque, segundo ele, basta que o fim único da interposição do recurso seja retardar o feito, motivo

⁷¹ Protelar: (latim *protelo*, -are). v. tr.: Transferir para uma data posterior. = ADIAR, POSTERGAR, PRORROGAR. In: DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=protelar>>. Acesso em 14/08/2013.

⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 330.

pelo qual deve ser analisada a possibilidade de vantagem a ser auferida pela parte com o retardo. Assim explica:

não há necessidade de provar o dolo do embargante. Basta que da análise do recurso se conclua que a impugnação não se presta a outro fim senão retardar a marcha processual. Desse modo, é importante aferir se o recorrente pode nutrir algum benefício com a procrastinação do feito.⁷³

FARINA é muito lúcido ao explicar acerca da utilização dos recursos. São suas palavras:

Os atos processuais dos quais as partes se utilizarem devem ser manuseados por elas a fim de garantir um procedimento célere, completo, e isento, assim como o julgador, que não só dará o veredicto sobre o direito material, mas administrará o desenrolar do feito, deverá trazer ao processo a isonomia entre as partes, a garantia inafastável ao contraditório e a legalidade. Temos portanto uma via de mão dupla, na qual o Estado garante um aparato judicial que seja isento e célere, e os jurisdicionados, mediante seus procuradores, se utilizam dele de forma leal, desenvolvendo uma contenda livre de manobras maliciosas e que não se afaste do objetivo precípua e tão importante do processo, qual seja solucionar lides, buscar a verdade real, e garantir o direito material de cada um.⁷⁴

O processo é instrumento das partes, e seu mau uso deve ser repellido. Por esta razão o mau uso dos embargos de declaração deve ser também repellido. Com difícil caracterização, são diversos os elementos a serem elencados pelo julgador para sua declaração como protelatórios, devem ser analisados no caso concreto, levando-se em conta, principalmente, mas não exclusivamente, o dever de lealdade das partes e a possível vantagem a ser dolosamente auferida.

Por ser contrário ao direito, se considerados protelatórios há sanção prevista em nosso ordenamento, sendo a elencada no artigo a multa de até 1% (um por

⁷³ VIRGOLINO. *Op. cit.*, p. 395.

⁷⁴ FARINA. *Op. cit.*, p. 342.

cento) inicialmente, a 10% (dez por cento) do valor da causa, conforme já anteriormente elucidado. Consoante VIRGOLINO:

A consequência jurídica do reconhecimento do caráter manifestamente protelatório dos embargos de declaração somente recai sobre o embargante, haja vista a sua natureza de sanção (penalidade). Em relação ao embargado, os embargos de declaração operam, regularmente, o efeito de interromper o prazo para interposição de outros recursos. Distinta é a hipótese em que houver preclusão do direito de recorrer, pois aqui os embargos não serão aptos a produzir o efeito típico interruptivo, o que afetará a posição de ambas as partes, embargante e embargado.⁷⁵

A lição do doutrinador elucida que a consequência do mau uso do recurso recairá sobre a parte que o interpôs, sendo que para a parte de boa-fé ou prejudicada não será punida por tal atitude e aproveitará, inclusive, do efeito interruptivo dos embargos.

Quanto à sanção aplicável, cabem também considerações, que veremos a seguir.

3.4 Da multa para os embargos considerados protelatórios

A sanção prevista pela lei para os embargos de declaração considerados protelatórios é a multa, prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil. Conforme anteriormente explicitado, a multa iniciará em não mais que 1% (um por cento) do valor da causa, podendo chegar a 10% (dez por cento) se houver reiteração dos embargos considerados protelatórios. Diz MEDINA (2011):

Considerados protelatórios os embargos de declaração, haverá fixação de multa para o embargante, a ser entregue ao embargado.

⁷⁵ VIRGOLINO. *Op. cit.*, p. 395.

Diz o art. 538 que, nos primeiros embargos protelatórios, a multa será de 1%; nos segundos, a multa deve ser elevada a até 10%.⁷⁶

Em outros momentos da legislação a sanção para os embargos considerados protelatórios foi a não interrupção do prazo, o que na grande maioria das vezes fazia com que a parte perdesse o prazo para eventual apelação ou recurso aos Tribunais Superiores.⁷⁷

A aplicação da multa é hoje a sanção cabível, e a declaração de que os embargos de declaração são protelatórios deve ser devidamente fundamentada pelo julgador. Isto porque a boa-fé do operador é sempre presumida, e a sanção deve dar-se somente ao mau uso do recurso. O simples fato de os embargos de declaração terem sido rejeitados, por não serem conhecidos ou mesmo por serem improvidos, não é característica bastante para que sejam declarados protelatórios. FERREIRA FILHO leciona que “O que se deve punir é o abuso, e não o uso”⁷⁸.

Ainda DEMO:

Assim, se a parte deliberadamente embarga com o intuito evidente e exclusivo de procrastinar o feito, o Juiz, fundamentadamente (CF/88, art. 93, inc. IX), declara o caráter procrastinatório dos embargos e aplica a sanção processual de multa ao *improbis litigator* (CPC, art. 538, parágrafo único).⁷⁹

A repreensão à interposição do recurso deve ser dissociada do propósito de esclarecimento pretendido pela parte, sendo punível apenas a conduta eivada de má-fé. Destarte, para a imputação da multa o julgador deve externar as razões de seu convencimento, não podendo considerar protelatório o recurso sem fundamentar suas razões, não apenas em respeito ao devido processo legal, donde se extrai que

⁷⁶ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 595.

⁷⁷ DEMO. *Op. cit.*, p. 137.

⁷⁸ FERREIRA FILHO. *Op. cit.*, p. 330.

⁷⁹ DEMO. *Op. cit.*, p. 137.

as decisões devem ser motivadas, mas também porque é dever do julgador fundamentar tal declaração, haja vista não se poder presumir a má-fé do operador do direito. MACHADO completa: “Além disso, é mister que da decisão também constem explicitamente os motivos que levaram o juiz ou o tribunal a essa convicção. Tal exigência decorre diretamente dos princípios do contraditório e da persuasão racional”⁸⁰.

Se houver convencimento do juízo sobre o caráter protelatório dos embargos de declaração, a sua decretação pelo juízo não pressupõe a audiência do embargante. Elucida DEMO:

Caracterizado o evidente intuito protelatório, o Juiz, fundamentadamente e independente de audiência do embargante, pode (e deve) aplicar a ofensa ao princípio dispositivo, já que prevalece o interesse público na conduta das partes consoante os ditames teleológicos do processo.⁸¹

Neste entender também MEDINA (2011):

O tribunal deverá pronunciar-se expressamente sobre a caracterização ou não dos embargos como meramente protelatórios para que possa aplicar a multa. A imposição da multa deve ser feita *ex officio*, independentemente de provocação da parte contrária ou do interessado.⁸²

Destarte, a aplicação da multa é *ex officio*, não sendo necessária a manifestação da parte que a provocou. Isto porque no caso de sua aplicação a motivação dá-se em repelir conduta desleal ao processo, e a audiência da parte que sofre a sanção poderia retardar ainda mais o prosseguimento do feito. A prática dos embargos de declaração com fins não respeitáveis deve ser repelida pelo

⁸⁰ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 53.

⁸¹ DEMO. *Op. cit.*, p. 141.

⁸² MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 594.

ordenamento, e sendo sua caracterização específica e fundamentada, têm-se que sua repulsa deve ser de logo praticada, até mesmo para desestimular tal atitude desleal por todos os demais operadores do direito. DEMO ainda diz:

Não há necessidade de oportunizar a defesa ao embargante ímprobo, em face da notoriedade do intuito protelatório dos embargos de declaração, tomada como pressuposto lógico para a aplicação da pena pecuniária. É dizer, surgindo do exame dos embargos, no caso concreto, a convicção sobre o caráter manifestamente protelatório, autorizada está a aplicação da multa. (...) O litigante de má-fé deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos órgãos do Poder Judiciário, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo. A multa, portanto, busca imprimir uma maior celeridade ao processo de administração da justiça, em ordem a conferir efetividade à resposta jurisdicional do Estado.⁸³

A multa tem caráter repressor e também desestimulador da conduta desleal. Porém, nada impede que além da sanção prevista no artigo 538 do Código de Processo Civil a parte que age de má-fé seja ainda responsabilizada por eventual dano que sua conduta venha a gerar. Neste sentido está MEDINA (2011), que afirma que "Além da multa, o litigante de má-fé pode, pelo mesmo fato (recurso protelatório), ser condenado a indenizar as perdas e danos, nos termos do CPC 18, V, coment. CPC 17 VII e 18."⁸⁴

A imposição da multa deve respeitar os limites impostos na lei, não excedendo seu percentual. Deve-se ainda atentar ao fato que a primeira punição não deve exceder a 1% (um por cento) do valor da causa, podendo então, claramente, ser inferior a isto. Não apenas a fundamentação do caráter protelatório mas também a cominação de multa deve ser fundamentada, como explica DEMO: "A

⁸³ DEMO. *Op. cit.*, p. 141.

⁸⁴ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 594.

dosimetria da multa, respeitados os limites de 1% e de 10% (primeira e segunda partes, respectivamente, do parágrafo único do art. 538 do CPC), deve também ter fundamentação.⁸⁵ E completa:

Andante, tendo a multa em questão eminentemente função inibitória, posto que visa a impedir o abuso do direito de embargar de declaração, o *quantum debeatur* sancionatório será proporcional à dimensão da irregularidade do exercício do direito de embargar, é dizer, à injustiça, ao abuso processual da oposição à normal marcha do processo. Dessa maneira estar-se-á neutralizando a atuação censurável do *improbus litigator*.⁸⁶

Com a imposição da multa pelo legislador a jurisprudência vem entendendo, seguida pela doutrina, que para a interposição de novos recursos a multa deve ser paga. MEDINA (2011) afirma que "Enquanto não pagar a pena, depositando o valor da multa, não poderá interpor novos recursos no processo."⁸⁷ Porém, conforme elucida que "O condicionamento da interposição de qualquer recurso ao depósito da multa do art. 538 só é admissível quando se está diante da segunda interposição de embargos de declaração protelatórios",⁸⁸ conforme entende também a jurisprudência por ele citada.

3.5 Do entendimento jurisprudencial

Para demonstrar a caracterização do caráter protelatório dos embargos de declaração pelo jurisdicionado o presente estudo traz breves considerações sobre decisões que consideraram protelatórios os embargos de declaração.

⁸⁵ DEMO. *Op. cit.*, p. 141.

⁸⁶ *Idem. Op. cit.*, p. 141.

⁸⁷ MEDINA (2011). *Op. cit.*, p. 594.

⁸⁸ *Idem. Op. cit.*, p. 595.

As decisões selecionadas servem para ilustrar o presente estudo. A primeira em decisão exarada pelo Tribunal de Justiça Estadual do Estado do Mato Grosso, e a segunda na decisão do Tribunal Federal da 1ª Região. A terceira é do Superior Tribunal de Justiça. Em todas os embargantes foram condenados à sanção prevista no parágrafo único do artigo 538 do Código de Processo Civil.

3.5.1 Da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Mato Grosso

O critério de seleção da jurisprudência foi a decretação da multa aplicável aos embargos de declaração considerados protelatórios no ano de 2013, em matéria cível. A intenção é meramente ilustrativa, para demonstrar as razões alegadas pelo julgador ao declarar o caráter protelatório ao recurso.

O acórdão escolhido foi o publicado em 25/02/2013 nos autos 0005985-16.2013.8.11.0000-5985/2013, da Sexta Câmara Cível, de relatoria do Desembargador Juracy Persiani.

A ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES – REPRODUÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS DE RECURSO ANTERIOR – IMPOSSIBILIDADE – PREQUESTIONAMENTO IMPOSSÍVEL – EMBARGOS PROTELATÓRIOS – MULTA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. “(...)1. Não merecem ser conhecidos embargos de declaração que apresentam razões completamente dissociadas da realidade dos fatos e dos fundamentos lançados no julgado embargado. Precedentes.” (EDcl no AgRg no Ag 1406796/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTATURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011, in www.stj.jus.br). “Esta Corte já decidiu que não se prestam os embargos declaratórios para forçar a admissibilidade de recurso extraordinário, desde que não se tenha constatado omissão na decisão embargada” (STJ; EDcl no RMS 16702/DF; 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 21-02-2006; DJU 27-03-2006, p. 301; in

www.stj.gov.br). A oposição de embargos de declaração com arrazoados divorciados da decisão embargada com caráter manifestamente protelatório enseja a multa processual (538, Par. único, CPC). ED, 5985/2013, DES.JURACY PERSIANI, SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data do Julgamento 20/02/2013, Data da publicação no DJE 25/02/2013.

Na decisão em análise o julgador entendeu que a interposição dos embargos de declaração foram protelatórios porque as razões apresentadas pela parte foram apenas reprodução do recurso anterior. Assim, pelo entender do Desembargador, não houve associação entre as razões apresentadas no recurso e a decisão que se pretendeu atacar.

Usando ainda precedentes do Superior Tribunal de Justiça decidiu o julgador por negar provimento ao recurso, e ainda, considerou a interposição dos embargos como meio de se forçar a admissibilidade de recurso a Tribunal Superior, daí mais uma vez reconhecendo sua intenção meramente protelatória.

A interposição da multa baseou-se na previsão legal, do artigo 583, parágrafo único do Código de Processo Civil, condenando o embargante ao pagamento de 1% (um por cento) do valor da causa.

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça citados no acórdão foram: EDcl no AgRg no Ag 1406796/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTATURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011; EDcl no RMS 16702/DF; 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 21-02-2006; DJU 27-03-2006, p. 301; EDcl no AgRg no Ag 1406796/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011; EDcl no RMS 16702/DF; 5ª Turma; Rel. Min. Felix Fischer; Julg. 21-02-2006; DJU 27-03-2006, p. 301; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 1330676/DF, Rel. Ministro TEORI

ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 29/11/2011, todos disponíveis no site do Tribunal (www.stj.jus.br).

Os embargos não foram conhecidos, em decisão unânime.

3.5.2 Da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região

A jurisprudência selecionada do Tribunal Regional Federal da primeira região refere-se a embargos de declaração interposto em contra decisão exarada em mandado de segurança. A decisão foi publicada em 29/05/2013, no processo 0000212-67.2006.4.01.3000/AC, de Relatoria da Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, da 3ª Turma Suplementar.

Diz a ementa:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROFESSOR. ENQUADRAMENTO. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. LEIS Nº 10.971/04 E 11.784/08. PRESCRIÇÃO. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. REDISCUSSÃO. PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. O acórdão embargado manifestou-se expressamente sobre todas as questões suscitadas pelas partes, concluindo de modo parcialmente desfavorável à pretensão da embargante, o que não torna o julgado omissivo ou contraditório, como alegado no recurso. 2. Se houve determinação para pagamento da gratificação desde a data da impetração, em 05.04.06, por óbvio, não se há de falar em prescrição quinquenal pois entre a edição da Lei nº 10.971/04 e a data da impetração, não transcorreu lapso temporal superior a cinco anos. 3. Tratando-se de prestação de trato sucessivo, onde a lesão ao direito se renova a cada mês, igualmente incorrente, no caso, a decadência do direito nos termos do art. 18 da Lei nº 1.533/51, então vigente. 4. O julgador não está obrigado a se manifestar sobre cada argumento utilizado pela parte, muito menos sobre normas (regras e princípios) que considera aplicáveis, bastando que julgue as questões de fato e de direito, indicando os fundamentos que usou para chegar às soluções adotadas, tudo dentro do princípio do livre convencimento motivado (CPC, art. 131). 5. Mesmo os embargos com a finalidade de prequestionamento não prescindem da efetiva existência de omissão ou outro dos fundamentos que autorizam o

conhecimento de embargos de declaração. Nenhum deles está aqui presente. Precedentes. 5. Embargos rejeitados. Revelando-se manifestamente protelatórios os embargos atraem a aplicação do disposto no art. 538, parágrafo único do CPC, pelo que condeno o(a) Embargante na sanção ali prevista. (EDAMS 0000212-67.2006.4.01.3000 / AC, Rel. JUÍZA FEDERAL ADVERCI RATES MENDES DE ABREU, 3ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.501 de 29/05/2013)

Nesta decisão os embargos de declaração pretenderam efeitos infringentes alegando omissão no julgado sobre matéria de prescrição. No entender a relatora convocada os embargos de declaração não devem servir para a rediscussão do julgado, e este, no caso em questão, abarcou todas as questões que deveriam ser ventiladas. Assim, não restou, como pretendeu o embargante, omissão a ser sanada.

Na justificativa para afastar a suposta omissão a julgadora explicou estar claro no recurso as datas da lei e da interposição da ação questionadora, sendo óbvia a não preclusão pois o lapso era inferior a cinco anos – período requerido pelo embargante como preclusivo. Assim, entendeu como mero inconformismo a interposição dos embargos, não lhe cabendo as hipóteses do artigo 535 do Código de Processo Civil. No entender da julgadora, não é omissa o juízo que não se manifesta ponto a ponto quanto à pretensão da parte, bastando julgar as questões de fato e direito de forma fundamentada.

Citou como precedentes decisões exaradas também pelo Superior Tribunal de Justiça: Foram: EDRESP 808.078/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16.05.2006, DJ 08.06.2006 p. 144; REsp 817.193/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.08.2006, DJ 14.09.2006 p. 277. E ainda, o entendimento que afirmou ser dominante no próprio Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na decisão dos EDAC 0069254-

31.2009.4.01.9199/GO, Rel. Desembargadora Federal Monica Sifuentes, Segunda Turma, e-DJF1 p.086 de 27/10/2011.

Entendeu serem então os embargos de declaração meramente protelatórios porque, mesmo para fins de prequestionamento, deveriam caber nas hipóteses previstas no artigo 535 do Código de Processo Civil. Condenou, por fim, o embargante, ao pagamento da penalidade prevista, ou seja, a multa de 1% sobre o valor da causa. A votação foi unânime.

3.5.3 Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

A decisão selecionada do Superior Tribunal de Justiça refere-se embargos de declaração no agravo regimental no recurso especial nº 1.350-692/RS, de Relatoria do Ministro Sidnei Beneti, publicado em 26/03/2013, sendo o embargante a Fundação dos Economiários Federais, e a embargada Carmen Lucia Sara Moura e outro. Diz a ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL. IMPERTINÊNCIA DAS ALEGAÇÕES FEITAS NOS EMBARGOS. CARÁTER PROTELATÓRIO. REJEIÇÃO. PREQUESTIONAMENTO DE ARTIGOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 1.- Os Embargos de Declaração são recurso de natureza restrita, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de Decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão. 2.- Estando o Acórdão embargado devidamente fundamentado, são inadmissíveis os Embargos que pretendem reabrir a discussão da matéria, deduzindo, mais uma vez, argumentos de fundo, há muito rejeitados. Demora injustificada do término do processo devido à insistência da Embargante em entrar com novos recursos infundados. 3.- Quanto ao prequestionamento dos artigos da Constituição Federal para fins de interposição de recurso extraordinário, tem-se que a matéria vai além da previsão legal de Embargos de Declaração (CPC, art. 535, I e II), sendo remansoso o entendimento neste Sodalício no sentido da impropriedade de tal pretensão em sede de Recurso especial. 4.-

Embargos Declaratórios rejeitados com a imposição de multa de 1% sobre o valor da causa corrigido. (EDcl no AgRg no REsp 1350692/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013)

No presente caso o embargante sustentou ser o acórdão omissivo quanto aos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial, e a ausência de amparo para a pretensão dos autores. Requereu com os embargos o prequestionamento.

O julgador entendeu não haver vício na decisão a que se fez recorrer, e ainda, que quanto ao prequestionamento, não deveria ser feito na corte em questão, e sim em corte própria, pois a questão tratada seria de matéria constitucional. O embasamento deu-se apenas por exemplificação feita por duas jurisprudências elencadas no relatório.

Entendeu o Tribunal julgador que a matéria elencada pretendia tão somente a reapreciação da causa, e afirmou:

7- Relembre-se que a interposição de Embargos de Declaração significa providência processual de grande risco para o Embargante, dada a evidente e objetiva procrastinação dele resultante, de forma que a parte, quando os interpõe, deve estar muito segura da existência efetiva de defeitos essenciais no Acórdão embargado – pena de sofrer as consequências da procrastinação, entre as quais o recebimento de multa pelo fato objetivo do retardamento do desfecho do processo, provocado pelo fato do processamento dos Embargos e da complexização do exame exigido para o deslinde do caso. A rigor, para serem acolhidos, os Embargos de Declaração devem apontar defeito no julgamento de gravidade semelhante ao erro material. Têm de ser claros, precisos, firmes na demonstração do defeito jurisdicional alegado, de modo a patentear erro constatável “*ictu oculi*” – de imediato. 8.- Diante disso e da procrastinação objetiva decorrente do embargo, de rigor a imposição da multa de 1% sobre o valor da causa, corrigido desde a data da distribuição, nos termos do art. 538, parágrafo único, do Cód. de Proc. Civil.

Desta feita, entendeu o tribunal como protelatório o recurso interposto, ainda que no acórdão sobre este tenha apenas elucidado a causa baseando-se em

jurisprudência da corte. Como a própria fundamentação do acórdão destacou, é, no direito brasileiro, de grande risco a interposição do recurso de embargos de declaração, pois conforme entender o tribunal, pode haver sanção para este direito de recorrer.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico repele práticas desleais, sendo os embargos de declaração protelatórios uma dessas práticas. A deslealdade processual é prática incompatível com os postulados ético jurídico da lealdade processual. Desta forma, não se pode fazer mau uso do processo para beneficiar a parte, desrespeitando os postulados legais e éticos. A redação do Código de Processo Civil em seu artigo 538, parágrafo único, permite sanção direta aos embargos de declaração com intuito meramente protelatório. Prevê ainda que para a interposição de novo recurso o valor dessa multa deva ser depositado, o que forma então um novo requisito de admissibilidade para o próximo recurso.

Este condicionamento da interposição de novo recurso após os embargos de declaração considerados protelatórios entende-se, pela letra da lei, ser apenas exigido caso haja reiteração da interposição de embargos de declaração considerados protelatórios. Assim, o condicionamento do depósito será apenas caso haja interposição de um segundo embargos de declaração que venha a ser considerado pelo julgador como protelatório. Ressalta-se que, em qualquer das hipóteses, o julgador deverá fundamentar sua decisão, demonstrando as razões de seu entendimento e os motivos porque decretar o suposto caráter protelatório do instituto.

A prática de aplicação da multa bem como o condicionamento de novo recurso ao depósito desta coadunam com a vontade do legislador, também partilhada pelos operadores do direito, de conferir celeridade ao processo garantindo a competente e efetiva resposta jurisdicional do Estado para a sociedade. A sanção funciona assim para repelir ações que não se alinhem à devida ética processual. O

ordenamento jurídico hodierno prevê ainda demais repressões ao litigante de má-fé, a exemplo do artigo 16 e seguintes do Código de Processo Civil.

A multa aplicável ao litigante de má-fé, no caso ao operador que interpõe embargos de declaração considerados protelatórios, pode ser aplicada *ex officio*, em que pese a manifestação da parte contrária ser possível caso a interposição dos embargos pretender efeito infringente, quando o julgador deve permitir a manifestação da parte. Caso os embargos de declaração sejam considerados protelatórios e o julgador não determine a multa, pode a parte contrária interpor novos embargos para requerer sua disposição pelo juízo. Há que se atentar, porém, para a moderação do julgador ao impor tais multas. Isto porque a boa-fé do operador é presumida, sendo que os recursos não podem por simples interposição serem considerados protelatórios. Sendo o direito dependente de interpretação, ao considerar determinado recurso, no caso os embargos de declaração, meramente protelatórios, há que se ter como evidente e motivadora do recurso esta vontade do operador, independente de maiores reflexões ou investigações para se reconhecer essa intenção.

As possibilidades de interposição de embargos de declaração previstas na legislação bem como a necessidade de prequestionamento para o regular processamento de eventual recurso aos Tribunais Superiores faz imperioso o uso do recurso em estudo pelos operadores do direito. Não pode o julgador olvidar ao analisar embargos de declaração às necessidades dos demais operadores do direito que, caso não venham a interpor tal recurso, fazem precluir matéria, o que poderá causar danos à parte posteriormente. Não se pode presumir a má-fé, sob pena de cercear a defesa da parte e não permitir o desenvolvimento completo do devido

processo legal.

Ainda, uma das principais causas dessa necessidade do uso de embargos de declaração é a própria exigência de prequestionamento da matéria, com vistas à interposição de recursos, nomeadamente, o especial e o extraordinário. Logo, mesmo que a parte entenda que a sentença ou o acórdão tenha examinado a matéria, vê-se obrigada a ingressar com embargos de declaração para prequestionar, de maneira expressa, a matéria, sob pena de o recurso que vier a interpor posteriormente ser prejudicado justamente ao argumento de que o tema não foi ventilado na decisão impugnada.

O bom uso do recurso de embargos de declaração deve ser buscado por todos. Não devem as partes dele fazer uso sem fundamento, assim como não devem os julgadores interpretá-los em primeira análise como forma de censura à decisão ou instrumento protelatório. A compreensão da necessidade da interposição dos embargos de declaração pelas partes deve ser cuidadosamente analisada pelos julgadores. A não interposição dos embargos de declaração pode causar danos à parte em momento futuro no processo, e entre o risco de precluir determinada matéria passível de discussão e recurso posterior ou sofrer condenação imposta pelo artigo 538 do Código de Processo Civil, há que se compreender a preferência dos advogados pela segunda opção. O prejuízo posterior pode ser muito maior do que penalidade inicialmente interposta. Neste ínterim, deve o julgador analisar os demais elementos do processo, considerando a real vontade do operador, não presumindo a má utilização.

A redação do Código de Processo Civil traz a hipótese da reiteração dos embargos de declaração procrastinatórios, prevendo inclusive majoração da multa

para até dez por cento do valor da causa. Desta reiteração deve-se entender a nova interposição de embargos de declaração sobre decisão que declarou procrastinatórios os embargos de declaração anteriores; ou seja, reiterados embargos de declaração sobre a mesma decisão. Entretanto, casos os segundos embargos tenham fundamento diverso dos embargos de declaração anteriores, não podem aqueles serem considerados protelatórios. Da mesma forma não se pode considerar reiteração caso haja interposição de embargos de declaração à sentença e, posteriormente à acórdão no mesmo processo. Destarte, deve o julgador atentar minuciosamente ao caso concreto, analisando a peculiaridade de cada caso e situação, para não vir a prejudicar indevidamente a parte.

Frise-se ainda que a Lei 1.060/50, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, não prejudica a aplicação da multa pelo julgador para a parte que atua com má-fé. A isenção garantida pela lei abarca o pagamento de despesas em geral, como custas, emolumentos, publicações em jornais oficiais, honorários de advogado e de perito e demais, podendo ser punidas caso haja mau uso dos instrumentos processuais.

A decretação de qualquer penalidade à parte não pode desarrazoada e deve ser devidamente caracterizada e fundamentada pelo julgador. O mau uso de qualquer instrumento jurídico deve ser reprimido, mas não pode ser presumido, devendo ser analisado de forma cautelosa o caso concreto. A devida prestação jurisdicional e o interesse público são os bens protegidos pela lealdade processual e, caso esta não seja seguida, justa se faz a aplicação de sanção.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *Dos efeitos infringentes nos embargos declaratórios e algumas atualidades em assuntos afins*. In: Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais. Coordenadores Nelson Nery Jr., Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. *Recurso especial e prequestionamento*. In: Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário. Coordenação Teresa Arruda Alvim. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. v. 1., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BONDIOLI, Luiz Guilherme Aidar. *Embargos de declaração*. (Coleção Theotonio Negrão) São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. *Lei 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. *Lei 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados

Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10259.htm>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* 98. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula* 211. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula* 282. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 14/08/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula* 356. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em: 14/08/2013.

CUNHA, Euripedes Brito. *Embargos de declaração*: cabimento e utilidade. In: Revista síntese direito civil e processual civil. v. 12. n. 75. (jan. 2012), p. [110]-119. São Paulo: Síntese, 2012.

DEMO, Roberto Luis Luchi. *Embargos de declaração*: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DICIONÁRIO PRIBERAM DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=protelar>>. Acesso em: 14/08/2013.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. *Curso básico de direito processual civil*. v. 2.; 2. ed. São Paulo: Nelpa, 1997.

FARINA, Fernanda Mercier Querido. *Hora e a vez da litigância de má-fé*. In: Revista de Processo. v.35. n. 190. p. 339-356, dez. 2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. *Embargos de declaração*: teoria geral e efeitos infringentes. Recursos no processo civil, v. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Embargos de declaração: no processo cível e arbitral*. São Paulo: EDIJUR, 2002.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A reforma do processo civil anotada*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MEDINA, José Miguel Garcia. *O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial: e outras questões relativas à sua admissibilidade e ao seu processamento*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Código de processo civil comentado: com remissões comparativas ao projeto do novo CPC*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Antonio Celso. *Direito, linguagem e estrutura simbólica*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração processo civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Ticiano Alves e. *Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial*. In: Revista de processo. v. 36, n. 201, (nov. 2011). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Os embargos de declaração na justiça do trabalho*. 7. ed., São Paulo: LTr, 1999.

TORRES, Fernando Orellana; RAGONE, Álvaro Pérez. *La conducta cooperativa de las partes em el proceso civil y la rebeldía: hacia su adecuada regulación em la nueva justicia civil chilena*. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. n. 1. Curitiba: SER/UFPR, 2004.

VIRGOLINO, Pedro Sobrinho Porto. *Quando os embargos de declaração não interrompem o prazo para interposição de outros recursos: (distinções e semelhanças entre a justiça eleitoral e a justiça comum)*. In: Revista de Processo, v. 37, n.208 , p. [379]-403, jun. 2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.