

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE E O DOGMA DO CONTRADITÓRIO

Raphael José Gireli Peres

Advogado, Pós-graduado em Direito Processual
Civil – Universidade Federal do Espírito Santo
(Ufes).

Resumo: O presente trabalho vislumbra o caráter recursal dos embargos de declaração, seguindo o posicionamento do legislador (Art. 496, IV do CPC). Apresenta não só a importância dos declaratórios, mas também as suas principais características, tais como conceito, natureza jurídica, de forma que esse remédio será destinado às hipóteses típicas de cabimento, isto é, o esclarecimento de obscuridade, o saneamento de omissão e a resolução de contradição. Nesse sentido, este artigo tem o objetivo de expor os embargos de declaração com efeitos infringentes, procurando as hipóteses que não precisariam, num primeiro momento, ser submetidas à outra parte, visando à maior celeridade e efetividade, assumindo, dessa maneira, o seu caráter diferido.

Abstract: The present work presents the character of the appellate motion for clarification, following the placement of the legislature (Article 496, IV CPC). Presents not only the importance of the declarations, but also its main features, such as a concept, legal nature, so that this drug is intended for situations typical of appropriateness, that is, the clarification of obscurity, sanitation and resolution of omission contradiction. Accordingly, this article aims to explain the motion for clarification with infringing purposes, seeking the assumptions that need not at first be submitted to the other party, aiming at greater speed and effectiveness, assuming in this way, his character deferred.

Palavras-chave: Embargos de Declaração. Cabimentos. Cabimentos atípicos. Embargos com efeitos infringentes.

Keywords: Embargoes Declaration. Appropriateness. Atypical appropriateness. Embargoes with infringing purposes.

1 INTRODUÇÃO:

Os embargos de declaração surgiram como instrumento processual no direito lusitano, com importância reconhecida. Apresentaram-se, inicialmente, após a consolidação de diversas leis, denominadas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, como remédio para adequação das decisões aos mecanismos legais da época.¹

É ponto pacífico, na história do direito lusitano, que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico.²

Os Embargos de Declaração, no regulamento 737, figuravam no Título “Dos Recursos”, abrangendo os artigos 639 e 641 a 643, e o prazo para opor embargos era de 10 dias, contados a partir da publicação da sentença em audiência.

Posteriormente, foram regulados pela Consolidação de Ribas de 1876, e os embargos foram tratados juntamente com outros, tornando confusa a sua interposição. Eram admitidos os embargos contra sentenças definitivas, sentenças proferidas por juiz de paz e sentenças de liquidação quando houvesse alguma obscuridade, ambiguidade ou

¹ “Os embargos, pois, quer pela denominação, quer pelo fim a que se destinam, são, como eruditamente julga Pereira e Sousa, com o *placitum* de Almeida e Sousa, um instituto processual de criação lusa, nascido ao tempo da extinção dos tribunais de Apelação ambulatórios” (COSTA, Moacyr Lobo da; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudos de história do processo: recursos**. São Paulo: Joen, 1996, p. 164).

² COSTA, 1973, p. 5, *apud* MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1990.

contradição, ou quando se tivesse omitido algum ponto sobre que deveria haver condenação.³

Já o código de Processo Civil Brasileiro de 1973 adotou duas posições quanto aos embargos de declaração: estabeleceu, no artigo 464 e 465, que os embargos cabiam contra sentença que contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão e que deveriam ser interpostos no prazo de 48 horas, contadas da publicação da sentença.

Estabeleceu, de outra feita, no artigo 535 a 538, que os embargos de declaração poderiam ser interpostos contra acórdão que também contivesse obscuridade, dúvida, contradição ou omissão, todavia o prazo para sua interposição era de cinco dias.

Atualmente, com as modificações introduzidas com o advento da Lei nº. 8.950/94, os embargos de declaração em primeiro grau de jurisdição foram unificados com os de segundo grau, em seu artigo 535, e são cabíveis quando houver, em uma decisão, obscuridade, contradição ou omissão, admitindo a jurisprudência o cabimento em outras hipóteses (expostas mais à frente), devendo ser interpostos no prazo, também único, de cinco dias.⁴

Assim, este trabalho tem o objetivo de destacar as hipóteses em que os embargos de declaração com efeitos infringentes (modificativos) não precisam de contraditório (submissão à parte contrária). Para isso, apresentar-se-ão os conceitos de embargos de declaração, os cabimentos (omissão obscuridade, contradição), os cabimentos atípicos (erro material e erro de fato), os embargos com efeitos infringentes (que, em regra geral, precisam ser submetidos à parte contrária), procurando apresentar, ao leitor, as hipóteses que não precisariam ser submetidas à outra parte, visando maior celeridade e efetividade e, porque não, mais segurança ao processo civil.

³ SILVA, Antônio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

⁴ SEHNEM, Felix. **Embargos declaratórios**. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 15. nov. 2009.

2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

A definição da natureza jurídica dos embargos de declaração é marcada por doutrinadores que sustentam ser os referidos embargos recursos e, de outro lado, os doutrinadores que não o consideram como tal. São adeptos da última corrente, Sérgio Bermudes, José Rogério Cruz e Tuci, Antônio da Costa Machado, Reis Friede e outros.⁵ Embora haja intensa discussão acerca da natureza jurídica dos recursos, formalmente, o CPC, em seu artigo 496, IV⁶, o insere no rol recursal taxativamente, princípio da taxatividade.

Humberto Theodoro Júnior⁷ define como sendo embargos de declaração o recurso destinado a pedir ao juiz ou tribunal prolator da decisão que afaste obscuridade, supra omissão ou elimine contradição existente no julgado.⁸

Para Amaral dos Santos⁹, os embargos de declaração são um recurso destinado a requerer ao juiz ou tribunal prolator da sentença ou acórdão que elucide a obscuridade, afaste a contradição ou supra a omissão existente no julgado.¹⁰

Arruda Alvim¹¹ diz que, além de ser previsto no rol de recursos do código de processo civil e o fato de prescindir de alguns dos requisitos dos recursos, em geral, não

⁵ FERNANDES, L. E. S. **Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: RT, 2008.

⁶ Art. 496 do CPC. São cabíveis os seguintes recursos: IV – embargos de declaração (BRASIL. Código de processo civil. In: PINTO, Luiz de Toledo; WINDT, Márcia C. Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vademecum**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 457).

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁸ No mesmo sentido a impugnação, pois “[...] possui um ponto certo e estrito: aquele em que a sentença é omissa, obscura, ambígua ou contraditória” (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 514).

⁹ AMARAL DOS SANTOS *apud* MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2007.

¹⁰ No mesmo sentido, “Entretanto, são também embargáveis de declaração as decisões interlocutórias, embora inexista previsão expressa na lei a respeito. É direito da parte obter do poder judiciário uma decisão, qualquer que seja ela, de clareza cristalina. Iríamos até mais longe, afirmando que, eventualmente, até despachos poderiam, em tese, desde que preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade deste recurso, ser objeto de embargos de declaração” (WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 588).

¹¹ ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

é suficiente para descaracterizar sua natureza, pois não é necessário que todos os requisitos estejam presentes em todos os recursos.¹²

No mesmo sentido, Alexandre Câmara¹³ diz que se trata de remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial impugnada. Inegável, pois, a natureza recursal do instituto. Os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer provimento judicial de conteúdo decisório: sentenças, acórdãos e, apesar do silêncio da lei, decisões interlocutórias.

Os embargos, em regra, entre outras características, não visam a invalidar ou reformar o provimento impugnado, mas, sim, aclarar ou integrar os efeitos do pronunciamento judicial gerados por omissão, contradição e obscuridade¹⁴, além de outros, em momentos excepcionais, tais como erros materiais e erros de fato.¹⁵

Estas são as palavras de Candido Rangel Dinamarco a respeito dos embargos de declaração:

Continuo entendendo que em sua pureza conceitual eles não são um recurso, mas reconheço que essa pureza nem sempre está presente e, sempre que abram caminho a alguma alteração substancial no julgado, eles se conceituam como autêntico recurso.

[...]

Digo que em sua pureza esses embargos carecem de natureza recursal, sendo antes uma providência destinada a corrigir formalmente a sentença, porque não visam e não têm a eficácia de provocar alterações substanciais no decisum. Lidos em harmonia com o disposto no art. 463, caput, do Código de

¹² No mesmo sentido: FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, v. II.

¹⁴ Art. 535 do CPC. Cabem embargos de declaração quando: I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição; II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal (BRASIL, 2011, p. 460).

¹⁵ ASSIS, Arakem de. **Manual dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Processo Civil, os embargos declaratórios não devem importar inovação substancial do julgado, porque, ao publicar este, o juiz terá cumprido e acabado o ofício jurisdicional posto a seu cargo. Eliminam-se contradições, suprem-se lacunas de motivação, mas o decisum permanece o mesmo. O vencido deve continuar vencido e o vencedor, vencedor. Vistos assim, tais embargos caracterizam-se como autêntico meio de correção e integração da sentença mediante seu aperfeiçoamento formal, não meio de impugnação do preceito substancial que ela exprime, ou do significado substancial de seu conteúdo preceptivo.¹⁶

“Há mais meios de impugnação do que recursos, posto que todo recurso seja meio de impugnação”. A locução “meios de impugnação” é aqui empregada com o mesmo significado de remédios processuais, da linguagem de Carnelutti. Abrange todos os recursos, mas não se exaure neles. Exemplos de meios de impugnação sem natureza recursal é a ação rescisória brasileira, a reclamação aos tribunais, os embargos à execução em certa medida e, também na medida do que aqui se expõe, os embargos declaratórios.¹⁷

No entanto, no desenvolvimento do uso dos embargos declaratórios, vê-se que, não raras vezes, eles transcendem essa configuração de pureza e não se voltam, portanto, exclusivamente a esclarecimentos sem a mínima potencialidade de interferir nos rumos do julgamento. Ocorrem situações especiais em que, de alguma forma, eles podem inverter sucumbências, reduzi-las ou alterá-las de algum modo.¹⁸

Segundo Nelson Nery,¹⁹ quer sejam interpostos contra decisão interlocutória, sentença ou acórdão, os embargos de declaração têm natureza jurídica de recurso (CPC 496 IV), sujeitando-se aos requisitos de admissibilidade e à teoria geral dos recursos.

Os declaratórios devem ser, inequivocamente, aclamados como recurso uma vez que são taxativamente indicados no art. 496, IV, do CPC, permitem o reexame da

¹⁶ DINAMARCO, Cândido R. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

¹⁷ MIRANDA, F. Pontes de, *apud* DINAMARCO, 2009, p. 188.

¹⁸ DINAMARCO, 2009.

¹⁹ NERY JÚNIOR, N. **Código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2006.

matéria pelo Poder Judiciário, impedem a formação da coisa julgada, além de serem concebidos pela voluntariedade e dialeticidade. No entanto, é indiscutível que apresentam uma série de características próprias: são de fundamento vinculado, ou seja, seu cabimento fica adstrito à alegação específica de *errores in procedendo*: omissão, obscuridade e contradição não possuem, como todos os demais recursos, a função de anular ou reformar a decisão recorrida, apenas com o objetivo de esclarecê-la ou integrá-la, são ainda julgados pelo mesmo órgão que prolatou a decisão recorrida.²⁰

Essa circunstância, isto é, o fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante, caracteriza-os como recurso.²¹

Nelson Nery²² afirma que os Declaratórios têm finalidade de complementar a decisão omissa ou, ainda, aclará-la, dissipando obscuridades ou contradições. Não têm caráter substitutivo da decisão embargada, mas, sim, integrativo ou aclaratório. Como regra, não têm caráter substitutivo, modificador ou infringente do julgado. Não mais cabem quando houver dúvida na decisão (CPC 535 I).

São recursos de fundamentação vinculada, pois exigem a presença de determinados tipos de vícios ou defeitos na decisão, para que tenha cabimento.²³

Por outro lado, com relação ao efeito devolutivo, ele se faz presente não só quando o processo é encaminhado para apreciação de juízo de nível hierárquico superior, mas também quando for devolvido ao Poder Judiciário para que, novamente, se manifeste por meio do mesmo juízo que proferir a decisão atacada, quanto por outro juízo.²⁴

Esclarece, ainda, mais esse entendimento o jurista Rodrigo Reis Mazzei:

²⁰ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. São Paulo: RT, 2007.

²¹ AMARAL DOS SANTOS, *apud* MIRANDA; PIZZOL, 2007.

²² NERY JÚNIOR, *op. cit.*, nota 19.

²³ JORGE, 2007.

²⁴ FERNANDES, 2008.

Em que pese autorizada doutrina que nega natureza recursal à figura em comento, não temos a menor dúvida de que os embargos declaratórios não de ser classificados como recurso, pois, i) trata-se de ato postulatório que ii) mantendo a litispendência (quer dizer, adiando ou retardando os efeitos da preclusão e/ou coisa julgada), iii) busca corrigir ato judicial.

[...]

Absorver a ideia de que os declaratórios funcionam como recurso de saneamento, com fundamentação, por atacarem vícios formais (erros improcedentes), previamente tipificados, é o ponto chave para compreensão da sua natureza jurídica.²⁵

Destaca, ainda, Simardi Fernandes²⁶ que está incorreto a negativa de efeito devolutivo desse remédio, porque o fato da devolutividade do processo para nova manifestação do mesmo juízo que proferiu a decisão não caracterizaria o efeito devolutivo. Existe devolução, uma vez que o processo é novamente entregue ao poder judiciário para a manifestação do magistrado.

Mazzei²⁷ disserta sobre a devolução dos declaratórios no sentido de que os embargos de declaração, por serem recursos de natureza vinculada, têm sua motivação de oponibilidade fechada, ou seja, não são todos os deslizes formais que podem ser alvo dos declaratórios, mas apenas e tão somente os previstos no esquadro do art. 535 do CPC.

Reconhece a natureza de recurso aos embargos de declaração o jurista Marcelo Abelha, quando afirma:

A realidade é que nem sempre os embargos de declaração foram tomados como recurso. Sua natureza já esteve associada à

²⁵ MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, J. M. G. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008. p. 59.

²⁶ FERNANDES, 2008.

²⁷ MAZZEI, *op cit.*, nota 25.

hermenêutica e lógica jurídica, à ideia de que se trataria de uma exceção ou impedimento, ainda, de que não seria recurso em sentido técnico e, por fim, de que seria apenas um procedimento técnico. Todavia, a ideia que prevalece na melhor doutrina, atualmente, é a de que os embargos de declaração são uma espécie de recurso.²⁸

Dinamarco²⁹ entende que onde há escopo infringente, os embargos são um recurso, assim ensina que (a) os embargos declaratórios não têm natureza recursal quando destinados, conforme sua concepção pura contida em clássicas definições, a meros esclarecimentos do julgado, sem interferir em seu teor substancial, mas (b) eles são autêntico recurso quando se dá o contrário, a saber, quando são opostos com o objetivo de inverter sucumbências. Repita-se: recurso é um ato de inconformismo, mediante o qual a parte pede nova decisão substancialmente discrepante daquela que lhe desagrada. Só há recurso quando se pede novo julgamento da causa ou de alguma demanda sobre a qual se haja pronunciado o juiz no curso do processo. Em sua feição pura, os embargos declaratórios não veiculam pedidos de novo julgamento, mas eles o fazem quando carregados do intuito de infringência.

Outrossim, parece estar cada vez mais cristalizado o entendimento que atribui aos embargos de declaração natureza recursal, certamente referido recurso possui características próprias. Indiretamente existe, pelo código de processo civil, seu reconhecimento formal quando menciona a expressão “são cabíveis os seguintes recursos”.³⁰

²⁸ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008. p. 548.

²⁹ DINAMARCO, 2009.

³⁰ Art. 496 CPC – São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário (BRASIL, 2011, p.457).

2.1 DO CABIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO:

É necessário que a tutela jurisdicional seja prestada de forma completa e clara. Exatamente por isso, ou melhor, com o objetivo de esclarecer, complementar e aperfeiçoar as decisões judiciais, existem os embargos de declaração.

Assim, parece adequado entender, segundo Marinoni,³¹ que os embargos de declaração são cabíveis, seja qual for o vício (obscuridade, contradição ou omissão), contra qualquer espécie de deliberação judicial, da decisão interlocutória ao acórdão.³²

Segundo Luiz Fux, os antigos denominavam-no “embargos de aclaramento” e acrescenta:

As decisões judiciais têm como finalidade última a definição de direitos e, para esse fim, devem ser claras e precisas, evitando ambiguidades resultantes de sua inteligência. A clareza e a precisão das decisões estão intimamente ligadas à ideia de pacificação ínsita no poder jurisdicional, além de nortear as manifestações de irresignação ou conformidade das partes com a mesma. Não se pode recorrer se não se sabe o alcance do ato judicial e, *a fortiori*, o prejuízo causado pela manifestação jurisdicional. Entretanto, assim como juízes perpetraram erros de injustiça e ilegalidade nas decisões, corrigíveis pelos recursos, podem também incidir no vício *in procedendo* da pouca clareza de suas manifestações judiciais, ensejando dúvidas por força de omissão, contradições ou obscuridade.

Visando a conjurar esses defeitos, a lei permite que o magistrado esclareça o seu ato, uma vez provocado pela parte. [...] inegável

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.

³² “Processo Civil. Recurso especial. Embargos de declaração. Decisão interlocutória. Cabimento. Cabimento. Interrupção do prazo recursal. 1. É entendimento pacífico desta Corte que os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais” (STJ, 1ª T., REsp 762.384/SP, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.2005). No mesmo sentido: STJ, 4ª T., REsp 716.690/SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU 29.05.2006; STJ, 2ª T., REsp 653.438/MG, rel. Min. Castro Meira, DJU07.11.2005 (MARINONI, 2007).

é o cabimento desse recurso contra qualquer manifestação judicial. Trata-se de um expediente de hermenêutica judicial ou interpretação judicial autêntica, porquanto engendrada pelo próprio produtor da dúvida, equivalendo a um pedido de esclarecimento.³³

Nesse passo, acerca dos embargos de declaração, pode-se dizer, com tranquilidade, que tal recurso é cabível contra toda e qualquer decisão, seja ela acórdão, sentença ou decisão interlocutória, pois a utilização do termo “sentença”, no art. 535 do CPC, não deve ser literalmente interpretada, já que é dever do Estado a entrega da justa e efetiva tutela jurisdicional. Dessa forma, se a entrega da tutela considerada como um todo é eivada de obscuridades, omissões e contradições, estará ferindo o art. 5º, XXXV da CF./88. Assim, limitar os embargos de declaração à sentença seria admitir que, em decorrência de uma tutela jurisdicional falha, por erro da justiça, a parte estaria sendo prejudicada e, em qualquer pronunciamento com conteúdo decisório, é possível a utilização dos embargos de declaração.³⁴

2.2 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O CONTRADITÓRIO:

Simardi Fernandes salienta que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que deve existir contraditório quando os embargos tiverem caráter infringente, pois o embargado, se não for ouvido, não terá a oportunidade de influenciar na formação do convencimento do magistrado. Este poderá alterar o pronunciamento atacado, levando em conta tão-somente as razões do recorrente.³⁵

Já Dinamarco, no mesmo sentido, fala que a reforma do processo civil defende a ideia de que é absolutamente ilegítima a modificação do julgado por meio dos embargos de declaração quando não é dada ao embargado a possibilidade de responder ao recurso.

³³ FUX, 2008, p. 864.

³⁴ RODRIGUES, 2008.

³⁵ FERNANDES, 2008.

Não tem receio de afirmar que isso viola a garantia do contraditório, constitucionalmente consagrada.³⁶

O julgador, uma vez percebendo que a supressão do vício poderá gerar a modificação do julgado, deverá abrir oportunidade para manifestação da parte contrária, estabelecendo o contraditório, até para evitar surpresas por parte do embargado que, intimado da decisão, tomará conhecimento da sua vitória, mas, um pouco mais à frente, em razão da reforma do pronunciamento por meio dos embargos, ficará sabendo que, afinal, acabou saindo derrotado.³⁷

Vicente Miranda diz que a decisão destinada a integrar, ou a complementar, ou a declarar a decisão declaranda trará consequências sérias para o processo, porque sanará eventuais defeitos do julgado, mas poderá, também, a pretexto de declarar, modificar algum ponto essencial da sentença ou da decisão, sendo o julgador induzido em erro pela habilidade da parte recorrente. A presença obrigatória de outra parte, no processamento do recurso, alertará o julgador para tais fatos e circunstâncias e poderá demonstrar a inadmissibilidade do recurso e sua improcedência.³⁸

Daí a necessidade e conveniência de ser aplicado a tal recurso o princípio do contraditório. Se “o contraditório”, na feliz expressão de Ada Pellegrini Grinover, “[...] consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar”, deveria outorgar-se à outra parte a ciência do recurso interposto e a possibilidade de contrariá-lo.³⁹

Deveria, portanto, o legislador, em obediência ao princípio do contraditório e ao da igualdade de tratamento das partes, tornar obrigatória a participação da parte contrária ou das outras partes no processamento de tal recurso.⁴⁰

³⁶ DINAMARCO *apud* FERNANDES, 2008.

³⁷ TUCCI *apud* FERNANDES, 2008.

³⁸ MIRANDA, 1990.

³⁹ GRINOVER *apud* MIRANDA, 1990, p. 81.

⁴⁰ MIRANDA, 1990.

Na seara jurisprudencial, o Supremo Tribunal⁴¹ atacou essa posição no julgamento dos EDcl em RE 144.981-4/RJ, em que se decidiu que “A garantia constitucional do contraditório impõe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo”.

Aliás, conforme acima referido, percebe-se, na jurisprudência mais recente, a forte tendência de se ouvir o embargado, quando os embargos podem apresentar efeitos infringentes.⁴²

Cintra, por sua vez, externa opinião intermediária. Afirma que, por já ter sido objeto do contraditório a matéria decidida, não se faz necessária nova audiência do embargado. Contudo, sustenta que, se a matéria objeto dos embargos de declaração ainda não foi debatida pelas partes, no curso do processo, aí, sim, será indispensável a audiência do embargado, sob pena de violação do princípio constitucional do contraditório.⁴³

⁴¹ “Embargos de declaração – aclaratórios acolhidos com efeito infringente – Ausência de intimação dos embargados – Cerceamento de defesa – Ocorrência – Nulidade do acórdão decretada. 1. É necessária a intimação prévia da parte adversa para o acolhimento de embargos declaratórios com caráter infringente. 2. Embargos de declaração acolhidos”. STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl no REsp 670.137/RN. Rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 17.09.2007, v.u. (FERNANDES, 2008, p.119).

“Processo civil – Embargos de declaração com efeitos modificativos – falta de intimação do embargado – nulidade de julgamento – Correção do erro. 1. A jurisprudência está sedimentada nesta corte e no STF, no sentido da obrigatoriedade da intimação da parte contrária, em nome do princípio do contraditório, quando aos declaratórios for dado efeito modificativo. 2. Julgamento dos embargos, ao qual foi dado efeito modificativo a partir do voto-vista, sem intimação da parte contrária. 3. Nulidade assinalada em terceiros embargos, demonstrando o recorrente o erro material no julgamento. 4. Embargos de declaração acolhidos para declarar a nulidade do julgamento, a partir da interposição dos segundos declaratórios”. STJ, 2ª T., EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgIn 456.295/PA, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 01.08.2006, v.u. (FERNANDES, 2008, p.119).

“Embargos declaratórios – Efeito modificativo – Vista da parte contrária. Os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal são reiterados no sentido da exigência de intimação do embargado quando os declaratórios veiculem pedido de efeito modificativo”. STF, RE 250.396-7/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.05.2000 (FERNANDES, 2008, p.119).

⁴² FERNANDES, 2008.

⁴³ CINTRA *apud* FERNANDES, 2008.

3 O DOGMA DO CONTRADITÓRIO E OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITO INFRINGENTE:

No transcurso do século XX, outros valores passaram a influenciar a conformação do contraditório, especialmente a necessidade de um ativismo judicial maior, a ânsia de efetividade, a exigir mais do que a simples proclamação formal das garantias processuais e a revitalização do caráter problemático do direito.⁴⁴

O exagerado conceitualismo que dominou a ciência do processo a partir do século XIX e a intensa preocupação garantística, que se avolumou na segunda metade do século XX, haviam levado o processualista a uma profunda imersão em um mar de princípios, de garantias tutelares e de dogmas que, concebidos para serem fatores de consistência metodológica de uma ciência, chegaram ao ponto de se transmutar em grilhões de uma servidão perversa. Em nome dos elevados valores residentes nos princípios do contraditório e do *due process of law*, acirraram-se formalismos que entravaram a máquina e abriram-se flancos para a malícia e a chicana.

Esse é um fruto mal conscientizado do positivismo jurídico, que postula o predomínio da norma como puro resultado do exercício do poder de comandar, para o qual “[...] não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva”. Empolgados pelo fulgor das doutrinas desenvolvidas no período autonomista da ciência processual, pela sofisticada trama de conceitos e estruturas que se aprimoraram ao longo de um século e pela suprema revelação de princípios que as Constituições políticas vão assegurando, somos levados a ver, no direito posto, o caminho único e inalterável para a plena realização da justiça.⁴⁵

Dinamarco, em seu livro “A instrumentalidade do processo”, diz que a ruptura de velhos hábitos, nessa preconizada mudança de mentalidade proposta na revolucionária lei especial, pretende demolir somente a estrutura formal do processo

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

⁴⁵ DINAMARCO, 2009, p. 20-21.

tradicional, não para imolar princípios, mas justamente para oferecer melhores condições à sua plena realização.⁴⁶

No mesmo sentido, afirma Cappelletti que nenhum aspecto dos modernos sistemas legais está a salvo da crítica, assim, o acesso à justiça é o mais elevado e digno dos valores a cultivar no trato das coisas do processo.⁴⁷

Outrossim, Dinamarco afirma que a solene promessa de oferecer tutela jurisdicional a quem tiver razão é, ao mesmo tempo, um princípio-síntese e o objetivo final, no universo dos princípios e garantias inerentes ao direito processual constitucional, pois todos os demais princípios e garantias foram concebidos e atuam no sistema como meios coordenados, entre si, e destinados a oferecer um processo justo, que outra coisa não é senão o processo apto a produzir resultados justos⁴⁸.

Um exemplo claro disso é a sentença que se omite por completo sobre a prescrição alegada pelo réu e julga procedente a demanda inicial. Ao suprir essa omissão, em sede de embargos declaratórios, o juiz pode, legitimamente e sem a mínima infração ao sistema, acolher a defesa omitida e, ao acolhê-la, alterar radicalmente a conclusão do decisório; extinguindo, pois, o processo com julgamento do mérito a favor do réu e não mais do autor.⁴⁹

É preciso, então, não se ofuscar tanto com o brilho dos princípios nem ver, na obcecada imposição de todos e em cada um, a chave mágica da justiça, ou o modo infalível de evitar injustiças. Nem a segurança jurídica, supostamente propiciada de modo absoluto por eles, é um valor tão elevado que legitime um fechar de olhos aos reclamos por um processo rápido, ágil e realmente capaz de eliminar conflitos, propiciando soluções válidas e invariavelmente úteis.

Muitas vezes, é preciso sacrificar a pureza de um princípio, como meio de oferecer tutela jurisdicional efetiva e suficientemente pronta, ou tempestiva, muitas

⁴⁶ DINAMARCO, C. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

⁴⁷ CAPPELLETTI *apud* DINAMARCO, 2009.

⁴⁸ DINAMARCO, 2008.

⁴⁹ DINAMARCO, 2009.

vezes, também; é preciso ler uma garantia constitucional à luz de outra, ou outras, sob pena de conduzir o processo e os direitos por rumos indesejáveis.⁵⁰

A regra de ouro para a solução de problemas dessa ordem é a lembrança de que nenhum princípio é absoluto e nenhum deles constitui um objetivo em si mesmo, todos eles, em seu conjunto, devem valer como meios de melhor proporcionar um sistema processual justo, capaz de efetivar a promessa constitucional de acesso à justiça. [...] Reler os princípios não renegá-los.⁵¹

É o caso das medidas cautelares ou antecipatórias, também concedidas *inaudita altera parte*, que trazem em si alguma transgressão à garantia constitucional do contraditório, justamente porque não são precedidas de qualquer manifestação do demandado, mas ninguém ousa repudiar essas medidas urgentes, pois estas são o instrumento adequado e apto a oferecer uma tutela jurisdicional que, se ficar para depois, tornar-se-á impossível, menos útil ou mesmo desprovida de qualquer utilidade.

Certamente, uma boa ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz e, sim, certezas, probabilidades e risco.⁵²

Assim, todo esse questionamento é importante, pois visa a propiciar uma justiça mais ágil, mais rápida e capaz de oferecer uma efetiva tutela jurisdicional em tempo razoável e, para isso, descompromissada dos preconceitos que envolvem os dogmas, principalmente, nesse caso, o contraditório.⁵³

Com a estatização do processo, configura-se uma alteração na perspectiva, à medida que o soberano, príncipe, passa a reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual quando, posteriormente, seriam incrementadas pelas ideologias do iluminismo e pela revolução francesa.

⁵⁰ DINAMARCO, 2009.

⁵¹ *Ibid*, p. 23.

⁵² *Ibid*.

⁵³ DINAMARCO, 2009.

Assim, a concepção do contraditório passa a perder seu originário ponto de contato com o “*naturliche rechtsgrundsatz*”⁵⁴ e deixa de ser visto como necessário e intrínseco mecanismo de investigação da “verdade” formal. Daí a menção a uma simples audiência bilateral, garantia considerada atendida, quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida.

A busca em se fazer uma justiça mais acessível e efetiva revela-se extremamente importante, influenciando a maioria das constituições do mundo ocidental, caracterizadas pelo esforço de integrar as tradicionais liberdades individuais.

Essa nova interpretação atinge o princípio do contraditório num momento em que se intensificam os estudos da lógica jurídica, que passa a constituir todos os momentos relevantes inerentes ao processo, recuperando o valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, fruto da colaboração e cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes. Assim, determina-se uma mudança de sentido, indicando que o princípio deixa de ser meramente formal, no intuito de atender os *Standards* necessários para o estabelecimento de um processo justo para além de simples requisito técnico de caráter não relevante.

À medida que se estabelece cada vez mais o caráter público do processo, insere-se o valor da efetividade com vistas a dar ao litígio uma solução mais rápida e eficiente. Valendo-se dessa nova interpretação, o contraditório encampa seu melhor instrumento técnico na possibilidade de concessão de medidas conservativas ou antecipatórias dos efeitos da futura sentença de mérito, antes do término normal do processo e até, liminarmente, mesmo antes de ser ouvida a outra parte.

Desse modo, o contraditório apresenta-se de maneira renovada e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando como anteparo a possíveis lacunas, peculiaridade do inafastável caráter dialético do processo atual.

⁵⁴ Legalidade máxima.

O contraditório visa a representar, na verdade, o diálogo judicial de forma a garantir a democratização do processo, impedindo que o poder do órgão judicial e a aplicação da norma não redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo ao tecnicismo exagerado, obstruindo, assim, a efetiva e correta aplicação do direito e a justiça do caso concreto. Certamente, os novos fatos sociais que insurgem no ordenamento processual civil contemporâneo exigem, muitas das vezes, a flexibilização desse importante instituto.⁵⁵

Logo, não se pode negar que a necessidade de cooperação das partes com o juiz, e deste com as partes, passou a intensificar a necessidade do contraditório, alargando o seu alcance, ao mesmo tempo em que o forte e relevante movimento da efetividade o faz diminuir, contrapondo-se a permanência do entulho legislativo autoritário, as dificuldades de ordem econômica, política e social por que passa a Nação, à medida que a população recorre, desesperadamente, ao judiciário para solução de litígios complexos. As contradições cada vez maiores entre a velha ordem e as ideias neoliberais, intensificadas pela globalização, pregam a redução do aparelho estatal, mesmo a preço de afrontas ao direito adquirido de grande parcela da população brasileira.

Sem dúvida, todo esse emaranhado de situações complexas descredita a jurisdição e certamente reflete não só na duração do processo, mas também especificamente propiciando a quebra do contraditório. Esse é o atual momento do contraditório.

Nesse passo, vislumbra-se um possível adiamento do contraditório de forma que se observe a proporcionalidade entre o prejuízo processual causado pela inobservância do princípio e o provável prejuízo que a outra parte poderá sofrer sem o deferimento da cautela ou da tutela cuja antecipação se pretende, condicionada ainda à provável existência do direito afirmado, isto é, deverá haver a ponderação entre a garantia do acesso à jurisdição e a garantia do contraditório e ampla defesa.

⁵⁵ OLIVEIRA, 1999.

Mais uma vez, afirma-se ser possível a supressão do contraditório, muito embora quanto mais funda a intervenção da ordem judicial no patrimônio jurídico do demandado, como ocorre na antecipação do efeito executivo ou mandamental para prevenção do dano, mais acurado deve ser o exame dos pressupostos para a concessão da providência não precedida de prévio contraditório.⁵⁶

4 CONCLUSÃO:

Os embargos de declaração são um recurso com características bem peculiares, uma vez que possuem natureza vinculada, ou seja, fechada, é a sua oponibilidade prevista no artigo 535 do código de processo civil brasileiro, admitindo-se, também, o seu cabimento em casos de erros atípicos (erro material e erro de fato).

Constatou-se, ainda, que balizada jurisprudência e doutrina admitem os embargos de declaração com efeitos infringentes ou modificativos que, por sua vez, devem submeter à oitiva da parte adversa.

Acerca do instituto do contraditório, este possui previsão constitucional (art. 5º da constituição federal), que representa, junto com o princípio da ampla defesa, segurança do ordenamento jurídico, justificando, assim, a sua importância.

São exemplos de reflexões exigidas pelo valor atribuído ao contraditório:

- 1 Nos casos de prescrição em que o magistrado, num segundo momento, ao reconhecê-la, percebe que, ao reconhecer a prescrição, a decisão adquirirá caráter infringente. Assim, não será necessária a oitiva da parte contrária.
- 2 Nos casos de tutela de urgência em que se constata que o tutelado está com a vida em risco, a liberdade ou o patrimônio, não parece plausível a convocação da outra parte, excluindo-se, naquele exato momento, o contraditório, não

⁵⁶ OLIVEIRA, 1999.

impedindo que, num momento posterior, seja retomado tal procedimento, mas não há como negar a exclusão do contraditório nesses casos.

Sem dúvida, política processual moderna estabelece que deve haver a participação das partes no processo, refletindo o caráter democrático que envolve o complexo processual, mas, além dos casos em que se observou, se não houver prejuízo para as partes, pode-se e deve-se admitir a “flexibilização” do contraditório, tratando-se, logo, de exceções, não lhe retirando, portanto, o *status* de dogma, mesmo nos casos em que assume um aspecto diferido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

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

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos cíveis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

BRASIL. Código de processo civil. In: PINTO, Luiz de Toledo; WINDT, Márcia C. Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Lívía. **Vademecum**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lições de direito processual civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, V. II.

COSTA, Moacyr Lobo da; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Estudos de história do processo: recursos**. São Paulo: Joen, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FERNANDES, L. E. S. **Embargos de declaração, efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. São Paulo: RT, 2008.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos de declaração e a omissão indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). In: MEDINA, J. M. G. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz. Guilherme. **Processo de conhecimento**. São Paulo: RT, 2007.

MIRANDA, Vicente. **Embargos de declaração no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Gilson Delgado; PIZZOL, Patrícia Miranda. **Recursos no processo civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed. São Paulo: RT, 2008.

NERY JÚNIOR, N. **Código de processo civil comentado**. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do contraditório. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1999.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2009, V. I

SEHNEM, Felix. **Embargos declaratórios**. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3681>>. Acesso em: 15. nov. 2009.

SILVA, Antônio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.