

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Leonardo Greco

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Professor Adjunto de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Os embargos de declaração, regulados nos artigos 535 a 538 do Código de Processo Civil, podem ser definidos como o recurso dirigido ao próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão embargada (sentença ou acórdão), com o objetivo de completá-la em algum ponto omissivo, ou esclarecê-la em algum ponto obscuro ou contraditório.

Sua origem, como a de outros embargos, deita raízes no velho direito português. As Ordenações Afonsinas de 1.446 delinearam a sua configuração, que conservaram até o Código de 1973, concedendo a qualquer julgador o poder de declarar e interpretar sua sentença em que houvesse palavras ou conclusão duvidosas¹. Inicialmente sem prazo, esse reexame formal da sentença somente era admitido se esta fosse definitiva, ou seja, se fosse sentença apta a gerar a coisa julgada material, porque as decisões interlocutórias sempre poderiam ser revistas².

A partir do Regulamento 737 de 1.850 o instituto foi delineado como apto a corrigir obscuridade, ambigüidade, contradição ou omissão da sentença, fixado o prazo de dez dias para a sua interposição (arts. 639 a 643)³. A Consolidação Ribas, de 1.876, por seu lado, era expressa em proibir embargos “de quaisquer despachos ou sentenças interlocutórias” (art.1.499). Essas características não variaram até o Código de 73, sendo certo que em toda essa história nunca esses embargos puderam produzir efeitos modificativos, ou seja,

¹ **Ordenações Afonsinas**, Livro III, título LXXVIII, n° 4, ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, p.305.

² V.SILVA, Antonio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000, p. 25-56.

³ *Idem*, p.59.

alterar o conteúdo da sentença já proferida, o que deveria ser objeto ou de apelação ou de outras espécies de embargos, como os de restituição de menores. O Código de 73 inicialmente deles tratou em duas posições diferentes: nos arts. 464 e 465, dentro da disciplina dos *requisitos e dos efeitos da sentença de primeiro grau*, como um meio de correção dos seus defeitos; e nos arts. 535 a 538, como um *recurso* contra acórdãos de tribunais. Com isso satisfazia às duas correntes antagônicas: a dos que lhe negavam a natureza recursal, porque a impossibilidade de modificar a sentença significaria ausência de efeito devolutivo, essencial a qualquer recurso; e a dos que a defendiam. A reforma empreendida pela Lei 8.950/94 unificou o regramento do instituto no título dos recursos, revogando os arts. 464 e 465, e tratando em conjunto dos embargos contra sentença e contra acórdão nos arts. 535 a 538.

A disciplina consagrada na lei parecia deixar claro que a pretensão de esclarecimento ou complementação deveria cingir-se no primeiro grau de jurisdição às sentenças, ou seja, de acordo com o art. 162, §1º, na redação da época, às decisões que encerrassem o processo, com ou sem o julgamento do mérito, não obstante existissem divergências doutrinárias a esse respeito. Não caberia, nem haveria necessidade de prever a sua aplicação às decisões interlocutórias, que sempre poderiam ser esclarecidas, interpretadas ou complementadas pelo seu próprio prolator, enquanto não estivesse esgotada a sua jurisdição.

Coerente com essas características, reconhecia a doutrina, à falta de uma menção mais categórica do legislador, serem eles sempre dotados de efeito suspensivo, para que o cumprimento da decisão embargada, que sempre finalizava o processo ou um determinado incidente, e, portanto, sem prejudicar a continuidade do processo, ficasse sobrestado até que ela fosse esclarecida ou complementada.

Nos tribunais superiores, todavia, cabia estender os embargos declaratórios a qualquer acórdão, mesmo os que constituíssem meras decisões interlocutórias ou despachos ordinatórios, como os proferidos em agravos, porque em grau de recurso a jurisdição do tribunal se esgota no julgamento da matéria impugnada e delimitada pelo seu efeito devolutivo, não sendo o caso de poder o tribunal colegiado a qualquer tempo reapreciar a sua própria decisão para esclarecê-la ou complementá-la, a não ser nas raras causas da sua competência originária.

A evolução recente da jurisprudência e da doutrina a respeito desse instituto deturpou totalmente as suas características originais, transformando-o numa panacéia para

remediar situações irremediáveis e comprometendo gravemente a coerência do sistema recursal. Inicialmente a pretexto de corrigir simples erros materiais, passaram os tribunais a admitir embargos declaratórios com efeitos modificativos ou infringentes. Os erros materiais são simples defeitos de exteriorização dos atos processuais, sem qualquer reflexo no seu conteúdo, que podem ser corrigidos de ofício a qualquer tempo (CPC, art. 463). Sob a justificativa de supostos erros materiais, que na verdade constituíam erros de julgamento, propiciaram os embargos de declaração a modificação de muitas decisões, numa avaliação discricionária do julgador a respeito da gravidade do equívoco cometido. Posteriormente esses efeitos modificativos passaram a ser admitidos quando resultassem do reconhecimento da existência na decisão de omissão, obscuridade ou contradição, que são os fundamentos que a lei prevê para o acolhimento desses embargos. Mas essa orientação não é adotada em todos os casos. Observa-se claramente que os juízos e tribunais conferem aos embargos efeitos modificativos nos casos que consideram mais graves de erros ou injustiças na decisão. Há uma avaliação discricionária, extremamente nefasta, pela insegurança jurídica que gera, que vai desde a reforma do julgado até o não conhecimento dos embargos por incabíveis, com o risco da perda do prazo para a interposição de outro recurso ou a sujeição a multa por suposta intenção procrastinatória.

Também quanto às espécies de decisões embargáveis, a jurisprudência evoluiu bastante, passando a considerar abrangidas quaisquer espécies de decisão, sejam interlocutórias do juiz singular, sejam monocráticas dos membros de tribunais. Com isso, os prejudicados por qualquer decisão passaram a dispor de um instrumento de bloqueio do seu cumprimento imediato, pelo efeito suspensivo automático que os embargos produzem.

O resultado dessa evolução é o completo desmoronamento do sistema recursal. De um lado, os agravos contra as decisões interlocutórias não têm normalmente efeito suspensivo, mas os embargos declaratórios têm e, com a sua interposição, o vencido ganha um novo prazo para interpor o agravo, a partir da decisão nos embargos.

Por outro lado, observe-se que, paradoxalmente, enquanto a lei paulatinamente foi reduzindo o âmbito dos embargos infringentes, que são essencialmente modificativos, a jurisprudência foi ampliando o dos embargos de declaração *com efeitos infringentes*, que propiciam o reexame de qualquer decisão pelo órgão que a proferiu, a seu juízo discricionário.

Transformaram-se os embargos declaratórios em um novo juízo de retratação ou de reconsideração, à margem da lei e ao arrepio da disciplina dos demais recursos em espécie,

pois em alguns, como os agravos (art. 529) e em certos casos a apelação (arts. 285-A, § 1º, e 296), esse juízo de retratação já existe.

Na verdade, esse lamentável desvirtuamento dos embargos de declaração nada mais é do que o reconhecimento, pelo próprio Poder Judiciário, da má qualidade da justiça que vem sendo administrada no Brasil como consequência do alegado excesso de processos e de recursos. Reproduzo aqui, a esse respeito, o que escrevi há dez anos, quando se delineou a atual tendência de expansão dos embargos de declaração:

Os embargos de declaração, filho espúrio da teoria dos recursos, até há pouco enfeitados pela falta ou exigüidade de efeito devolutivo, que é o produto mais valioso de qualquer meio de impugnação, revelaram repentinamente uma surpreendente vocação para roubar de outros institutos antes mais cotados a alcunha de remédio heróico, solução para os problemas insolúveis, fruto da virtude mais nobre que se pode desejar de um ser humano, a humildade de reconhecer publicamente o próprio erro e a coragem de corrigi-lo, mesmo com o sacrifício da própria reputação.

Entretanto, esse raciocínio tão simples e tão ético seria incensurável, se a decisão que, apenas uma semana depois da anterior, desdisse tudo o que havia sido dito e desfez tudo o que havia sido feito, não tivesse subtraído do vencedor a vitória e dele retirado o bem ou direito que antes lhe havia reconhecido.

Este, que adormeceu vencedor e despertou vencido, terá boas razões para acreditar que errada esteja a segunda decisão, e não a primeira, e que, ao invés de virtudes e heroísmo, o provimento dos embargos represente o fruto do arbítrio, da má-fé ou da insensatez.

Mas ainda que todos, inclusive talvez o novo vencido, se convençam de que o provimento dos embargos corrigiu uma injustiça, restará a consciência dolorosa de que muitas outras terão se tornado incorrigíveis, pela não utilização ou pelo não provimento do mesmo remédio heróico, sujeito à interposição no prazo exíguo de cinco dias⁴.

Lamentavelmente, não há perspectiva de que a incerteza reinante venha a ser proximamente equacionada, o que nos sujeita, em detrimento da continuidade e da celeridade do processo, a um processo frequentemente truncado que, em lugar de marchar rapidamente em direção ao seu fim, a todo momento caminha para trás, para que o mesmo julgador reaprecie decisões já adotadas. O projeto de novo Código de Processo Civil, oriundo do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Min. Luiz Fux, que atualmente tramita no Congresso Nacional, minorá apenas em parte o problema, ao retirar o efeito suspensivo desses embargos. Entretanto, admite embargos declaratórios

⁴ GRECO, Leonardo. Prefácio. In SILVA, Antonio Carlos. **Embargos de declaração no processo civil**. Rio de Janeiro: ed. Lumen Juris, 2000, p. xvii e xviii.

modificativos, limitando-se a condicioná-los à correção do vício de omissão, obscuridade ou contradição, mas não estabelece se essa modificação deverá ser necessariamente concedida ou não, o que poderá vir a ser interpretado como a manutenção do juízo discricionário da sua conveniência ou oportunidade, a critério do órgão julgador.

1. HIPÓTESES DE CABIMENTO

O artigo 535 do Código institui embargos declaratórios para a correção de omissão, obscuridade ou contradição em sentença ou acórdão. Sentença é qualquer decisão que encerra o processo ou a sua fase cognitiva. E acórdão é o nome das sentenças, decisões interlocutórias ou deliberações meramente ordinatórias proferidas pelos tribunais colegiados. Pelo princípio da taxatividade dos recursos, não caberiam embargos declaratórios contra as decisões interlocutórias dos juízes singulares, contra os seus despachos ordinatórios (art. 504) e contra as decisões monocráticas dos membros dos tribunais que não sejam sentenças, ou seja, que não encerrem o processo ou a sua fase cognitiva. Entretanto, parte da doutrina e a jurisprudência pacífica atual dos tribunais consideram impugnável por embargos declaratórios qualquer decisão, monocrática ou colegiada, de qualquer juízo ou tribunal.

A finalidade dos embargos declaratórios é a correção de omissão, obscuridade ou contradição existente na sentença ou acórdão, o que obriga o embargante a apontar algum desses defeitos e a sugerir de que modo deva ser corrigido.

A meu ver foi desnecessária a expansão recente e ao arrepio do princípio da taxatividade dos embargos declaratórios à impugnação de decisões interlocutórias, pois eventuais omissões, obscuridades ou contradições decorrentes dessas decisões, que não encerram o processo nem sua fase cognitiva, podem ser corrigidas por provocação a qualquer tempo do interessado em petição avulsa ou, até mesmo em muitos casos de ofício, sem suspensão do processo. Se a decisão interlocutória é omissa, sobre o ponto omitido não houve decisão e a matéria poderá ser objeto de futura apreciação; se é obscura ou contraditória, o juiz, a qualquer tempo, pode esclarecê-la, pois ela não encerrou o processo. Por exemplo: se a parte, na petição inicial, postula antecipação de tutela e requer a citação do réu por precatória, mas o juiz defere apenas o segundo requerimento, sem manifestar-se sobre o primeiro, essa omissão pode ser alertada ao juiz por simples petição, sem que ocorra preclusão. Pode também o juiz decidir a tutela antecipada em decisão posterior, pois

já requerida. Desse modo, evita-se que a oposição desnecessária dos embargos de declaração suspenda o processo e interrompa o prazo para outros recursos que possam ser cabíveis no curso do processo. Acredito, portanto, que a interpretação da lei nesse ponto deveria ser restritiva e rígida, não cabendo embargos contra decisão interlocutória, porque bloquear a continuidade do processo, impedindo a prática dos atos subseqüentes, é um efeito extremamente danoso. Todavia, não é esse o rumo pelo qual enveredou a nossa jurisprudência.

Já nos acórdãos dos tribunais, não cabe distinguir entre os que constituem sentenças e os que constituem decisões interlocutórias ou até mesmo simples despachos ordinatórios. Normalmente os acórdãos dos tribunais em agravos de instrumento, salvo quando extinguem o processo, são decisões interlocutórias. Estão sujeitos a embargos declaratórios como quaisquer outros acórdãos. O inciso I do artigo 535 não faz distinção entre acórdãos proferidos no curso do processo e aqueles que julguem a apelação. Serão em todos os casos cabíveis os embargos de declaração, inclusive naqueles em que o acórdão embargado reexamine uma decisão interlocutória.

Ainda cumpre analisar se cabem embargos de declaração contra os despachos unipessoais de membros dos tribunais. Ora, se esses despachos unipessoais encerram o processo ou a atividade cognitiva do processo, eles são sentenças e, portanto, comportam embargos de declaração. Assim, por exemplo, caberão embargos de declaração em face da decisão do relator que negar seguimento à apelação com base no artigo 557 do Código de Processo Civil. A meu ver, nesses casos, antes da interposição do agravo interno, poderá a parte interessada embargar de declaração a decisão do relator. A praxe forense mostra, inclusive, que os tribunais muitas vezes recebem esses embargos de declaração como se fossem agravo interno, com fundamento na fungibilidade dos recursos, o que não me parece correto, porque os juízos *ad quem* são diferentes: nos embargos de declaração é o próprio prolator do despacho que deverá, se for o caso, esclarecer ou complementar a sua decisão; no agravo interno, será o colegiado a que aquele estiver subordinado, que deverá reapreciar a sua decisão. Além disso, o pedido de esclarecimento ou de complementação da decisão pelo próprio prolator não se confunde com o pedido de reforma dessa decisão pelo colegiado.

Em suma, acredito que contra os despachos unipessoais dos membros dos tribunais que correspondam a decisões que encerram a atividade cognitiva do processo cabem também embargos de declaração.

2 – JUÍZOS *A QUO* E *AD QUEM* NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

O juízo *a quo* nos embargos de declaração é o juiz que proferiu a sentença ou o órgão do tribunal que proferiu o acórdão. O juízo *ad quem* é igualmente o próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão cujo esclarecimento ou complementação se pede. Assim, percebe-se que nos embargos de declaração coincidem o juízo *ad quem* e o juízo *a quo*.

Trata-se do mesmo órgão jurisdicional, e não do mesmo juiz pessoa física. Assim, se os embargos forem opostos contra a sentença, poderão ser julgados por outro magistrado que ocupe naquele momento o órgão jurisdicional. É preferível que os embargos sejam julgados pelo mesmo juiz pessoa física, mas se o magistrado não está mais no exercício da função jurisdicional no órgão em que proferiu a decisão, ou se ele não tem mais jurisdição (em razão de aposentadoria, por exemplo), os embargos poderão ser julgados por outro juiz que se encontre em exercício no mesmo órgão jurisdicional. Nos tribunais, Barbosa Moreira recomenda que, se possível, o relator dos embargos seja o mesmo do acórdão embargado⁵.

3 - PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DE ADMISSIBILIDADE

Os pressupostos específicos de admissibilidade dos embargos de declaração exigem que: (a) a decisão recorrida seja uma sentença ou um acórdão; e (b) o embargante indique na decisão ponto omissivo, obscuro ou contraditório, cuja complementação ou esclarecimento requeira.

Quanto ao primeiro pressuposto, já nos manifestamos acima. A decisão embargada pode até mesmo ter sido proferida no julgamento de anteriores embargos declaratórios.

Com relação ao segundo, observe-se que o defini como a *alegação* pelo embargante de omissão, obscuridade ou contradição, cujo esclarecimento ou complementação seja necessário. O pressuposto de admissibilidade não é a *existência* na decisão de um desses defeitos, mas a sua alegação pelo embargante. A *existência* é o mérito dos embargos de declaração, mas para que eles sejam admissíveis basta que o embargante aponte qualquer

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 560.

desses defeitos, ainda que o juiz ou tribunal venha a entender que tais vícios não existam. O clima de diálogo, que o contraditório participativo exige que se estabeleça entre o juiz e as partes, impõe que o litigante não se sinta temeroso de perder o prazo para um subsequente recurso, se alguma dúvida assalta o seu espírito a respeito do teor ou alcance da decisão. O esclarecimento ou a complementação devem ser requeridos. Se o juiz ou tribunal entender que não há omissão, contradição ou obscuridade a prover, conhecerá dos embargos, mas os rejeitará ou negará provimento. Somente na hipótese de o embargante não ter alegado qualquer omissão, obscuridade ou contradição, se os embargos forem intempestivos ou se lhes faltar algum outro pressuposto geral, é que o juiz ou tribunal deverá formular um juízo de inadmissibilidade, caso em que, não conhecidos os embargos, não terão produzido o efeito suspensivo, nem interrompido o prazo para a eventual interposição de outro recurso. Poder-se-ia retrucar, nesse caso, que esse entendimento, bastante tolerante quanto ao juízo de admissibilidade, implicaria numa evidente *auto-legitimação*, ou seja, que bastaria ao embargante alegar a existência de um desses defeitos para ter o direito de provocar a suspensão do processo ou do cumprimento da decisão embargada, prejudicando, assim, a parte contrária. Quando a decisão embargada é monocrática, eventual abuso do embargante pode ser rapidamente remediado pela imediata decisão dos embargos. Mas quando ela é colegiada, seu julgamento vai depender de nova reunião do colegiado, o que pode bloquear por vários dias o cumprimento da decisão embargada. A rejeição monocrática dos embargos contra a decisão colegiada (CPC, art. 557), salvo nos casos de manifesta inadmissibilidade, como veremos adiante, é desaconselhada pela melhor doutrina, pois a necessidade de esclarecimento ou de complementação da decisão deve ser, se possível, apreciada pelo mesmo colegiado que a proferiu.

Seria possível instituir um limite a essa auto-legitimação por meio da razoabilidade. Se manifesta a inexistência de omissão, obscuridade ou contradição ou a inconsistência da sua argüição, não seriam os embargos admissíveis. Mas a razoabilidade é um conceito relativamente indeterminado, cuja aplicação pode ser diversa por um ou outro julgador. E o nosso Código, diferentemente do que dispunha o Código de 39⁶, atribuiu à sua falta uma conseqüência bem menos enérgica, qual seja, a imposição de multa pelo caráter meramente procrastinatório dos embargos (CPC, art. 538, parágrafo único). Assim, não vejo como

⁶ Dispunha o § 5º do art. 862 do Código de 1.939: “§ 5º Os embargos declaratórios suspendem os prazos para outros recursos, salvo se manifestamente protelatários e assim declarados na decisão que os rejeitar.”

fugir dessa auto-legitimação, sob pena de instituir o arbítrio e a insegurança jurídica na admissão ou inadmissão dos embargos. A única solução para esse problema virá com a aprovação do projeto de novo Código de Processo Civil oriundo do anteprojeto elaborado pela Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Luiz Fux, que retira o efeito suspensivo automático dos embargos declaratórios. Inverte-se o equacionamento do problema da razoabilidade da alegação. Normalmente, os embargos não terão o efeito de um instrumento de bloqueio. Poderá o relator conceder-lhes efeito suspensivo se demonstrada a razoável probabilidade do seu provimento, ou seja, se tiver consistência a alegação de omissão, obscuridade ou contradição. Se os seus fundamentos não tiverem essa mínima consistência, seguirão os embargos sem efeito suspensivo, sem prejudicar a continuidade do processo e a interposição de outros recursos eventualmente cabíveis.

Omissão é defeito de precisão da decisão, que consiste na ausência de pronunciamento do juiz a respeito de alguma questão, alegação, fato ou prova sobre o qual deveria ter-se pronunciado. Ela pode ocorrer em relação a questões preliminares ou de mérito, de fato ou de direito, que estão ou deveriam estar presentes na fundamentação ou no dispositivo. Ela pode dar causa a julgamento *citra petita* (CPC, art. 128), se ocorrer no dispositivo, e pode ter graves consequências especialmente para o réu, se algum fundamento relevante da sua defesa tiver deixado de ser apreciado (art. 474). O próprio juiz pode sofrer consequências desfavoráveis em decorrência de eventuais omissões, por força do artigo 133 do Código. É preciso observar que, muitas vezes, o juiz deixa de pronunciar-se sobre determinada questão, porque expressamente se debruçou sobre outra que guarda com a primeira uma relação lógica de prejudicialidade, de modo que no seu pronunciamento já se encontram implicitamente solucionadas ambas as questões, inexistindo omissão. Conforme já observei alhures⁷, simples omissões do relatório não são passíveis de correção por embargos de declaração, se não tiveram qualquer repercussão na fundamentação ou no dispositivo. A omissão nas decisões interlocutórias muitas vezes ocorre sem que o interessado necessite interpor embargos de declaração porque, como acima exposto, a questão ficou implicitamente decidida, ou porque não ficou, mas nada impede que o juiz venha a decidi-la posteriormente através de outro provimento. A decisão interlocutória é diferente da sentença. Demos dois exemplos: se a parte requereu prova pericial e oral e o juiz no saneador deferiu apenas a prova oral, implicitamente indeferiu a prova pericial, porque o saneador é o momento processualmente adequado para a

⁷ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil; Vol. II.** Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.332.

deliberação a respeito das provas a serem produzidas (art. 331, § 2º); se antes do saneador o autor requereu a antecipação da tutela e o juiz no saneador sobre ela não se pronunciou, apesar de ser esse o momento ideal para resolver todas as “questões processuais pendentes”, pode ser que ainda não tenha o julgador se convencido de algumas das circunstâncias necessárias à concessão da medida, mas nem por isso a tutela poderá ser considerada implicitamente rejeitada, nem haverá necessidade de embargos de declaração, pois, de ofício, porque já anteriormente provocado pelo autor, ou mediante nova provocação deste em petição avulsa, poderá o juiz vir a apreciar a questão em outra decisão. É diferente quanto à sentença. Se até o advento da sentença final o juiz tiver deixado de examinar alguma questão anteriormente suscitada, e não sendo possível considerá-la implicitamente resolvida, no sentido que mais se harmonizar com o conteúdo da própria sentença, estaremos diante de verdadeira omissão. Como a sentença esgota o exercício da jurisdição pelo órgão julgador, esse poder somente poderá voltar a ser exercido se contra ela for interposto algum recurso. Daí a conveniência de prever embargos de declaração contra a sentença e a sua desnecessidade em relação a decisão interlocutória do juiz singular. Barbosa Moreira recorda, com propriedade, que não existe omissão a ser suprida por embargos declaratórios, se a apreciação de determinada matéria dependia de provocação da parte, que não ocorreu⁸. Assinale-se, todavia, que a omissão existe se a parte arguiu determinada questão ou determinado argumento e a decisão não o apreciou. Consoante temos acentuamos, o dever de fundamentação das decisões judiciais não se esgota em simples discurso justificativo *ex post* que, ainda que coerente, não dê resposta a todas as alegações das partes. Se as alegações são relevantes, devem ser respondidas. Se não o são, o julgador deve informar porque as considerou irrelevantes⁹. Hipótese muito frequente de embargos declaratórios fundamentados em omissão da decisão são os interpostos para caracterizar o requisito do prequestionamento da questão de direito federal na admissão do recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça e do recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Obscuridade é a falta de clareza que impede a compreensão exata do conteúdo da decisão e pode ocorrer no exame de questões de fato ou de direito, processuais ou de mérito, tanto as contidas na fundamentação, como no dispositivo.

⁸ Ob. cit., p.554.

⁹ **Instituições**, vol. II, pp. 332-334.

Antes da reforma promovida pela Lei 8.950/94, o Código de Processo Civil se referia a “dúvida ou obscuridade”. Contudo, o artigo 535 foi alterado de modo a eliminar a palavra *dúvida*. Os tribunais, após a referida alteração legislativa, seguindo uma tendência formalista na interpretação das regras do sistema recursal, em muitas decisões deixaram de conhecer de embargos de declaração porque o embargante alegava uma “dúvida” na compreensão da decisão embargada. Em minha opinião, o não conhecimento nesses casos foi um exagero, pois *dúvida* é efeito, enquanto *obscuridade* é causa, não constituindo fundamentos diferentes.

Contradição é a existência de pronunciamentos supostamente antagônicos ou incompatíveis e também pode ocorrer em questões de qualquer natureza, enfrentadas na fundamentação ou no dispositivo. A contradição que pode ser corrigida por embargos de declaração, sem efeitos modificativos, é apenas aquela que deriva de simples defeito de clareza, gerado pela linguagem em que se dá a exteriorização da decisão. Se a contradição for real e o julgador a constatar, para corrigi-la, deverá dar efeitos modificativos aos embargos, alterando no todo ou em parte a fundamentação ou o dispositivo. Quando ainda não se admitiam, como a meu ver não deveriam ser admitidos, embargos declaratórios modificativos que, além da taxatividade, violam os princípios da diversidade do órgão e da unirrrecorribilidade, era meu entendimento o de que em caso de contradição real, o julgador, apesar de reconhecê-la, deveria rejeitar os embargos declaratórios, patenteando a nulidade da decisão e ensejando a sua reforma por meio de algum outro recurso subsequente¹⁰.

A ementa, que é o resumo do acórdão, e que atualmente o integra (art.563), enseja algumas questões relativas à admissibilidade dos embargos de declaração. Para equacioná-la, temos de definir se a ementa é requisito essencial, integrante do conteúdo necessário da decisão, ou simples requisito útil, que visa a facilitar a sua divulgação e compreensão. No primeiro caso, a sua falta ou a sua imperfeição poderiam constituir nulidades supríveis por meio de embargos de declaração. Barbosa Moreira parece abraçar esse entendimento, admitindo embargos de declaração por falta de ementa (omissão) e de contradições de afirmações desta com as constantes do acórdão ou, até mesmo, entre duas ou mais afirmações da própria ementa¹¹. Divirjo. A ementa foi criada para facilitar a divulgação e a

¹⁰ No sentido de admissão de efeitos modificativos para solucionar contradição já se manifestara, na vigência do Código de 39, Luís Machado Guimarães, por muitos considerado o maior processualista brasileiro do seu tempo, citado por José Carlos Barbosa Moreira (ob.cit., p.562, nota 31).

¹¹ Ob. cit., p.556-557.

publicação dos acórdãos, sem influir no seu conteúdo. Sua elaboração nos tribunais está habitualmente confiada a auxiliares dos julgadores, que extraem das decisões as proposições que consideram mais importantes, sem outra preocupação que não seja a de facilitar a comunicação social da decisão ou a sua publicação. Se a ementa integrasse a decisão, deveria ser exposta, discutida e votada junto com ela. Trata-se de requisito útil, não necessário da decisão, não integrando o conteúdo do ato de vontade do Estado. Se omissa, obscura ou contraditória, pouco importa. A clareza e precisão do acórdão devem ser buscadas no seu próprio teor e não na ementa. Reconheça-se, entretanto, que há acórdãos tão pobres de fundamentação que o intérprete tenta encontrar na ementa meios de compreendê-lo. Nesse caso, a obscuridade é do acórdão, e não da ementa. Mas se o acórdão for absolutamente claro e preciso e a ementa dele divergir, não há o que complementar ou esclarecer. Vale o acórdão.

Importante é observar que a omissão, a obscuridade ou a contradição apontadas pelo embargante devem ser defeitos da própria decisão embargada. A omissão de apreciação de uma questão anteriormente preclusa, a contradição da decisão com outra anterior do mesmo ou de outro juízo ou com algum fato do próprio processo, não são defeitos supráveis por embargos de declaração. Podem constituir erros de julgamento, corrigíveis por outros meios, por outros recursos, ou, em certos casos, por ações autônomas de impugnação, como a ação rescisória.

É preciso destacar que não é necessária a sucumbência para haver interesse na oposição dos embargos de declaração, pois a alegação de falta de clareza já é um prejuízo *de per se*; a parte não precisa ter tido seu pedido rejeitado para interpor tal recurso.

4. EFEITOS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Como os embargos de declaração visavam apenas a completar ou esclarecer a decisão embargada, não se prestando ao reexame daquilo que fora decidido, alguns autores, que relacionam o efeito devolutivo à possibilidade de alteração da decisão por um órgão jurisdicional diverso, entendiam que os embargos declaratórios possuíam apenas efeito suspensivo. Acredito, porém, que, seguindo esse raciocínio, teríamos de questionar se os embargos de declaração são ou não recurso.

A redação original do Código de Processo Civil de 1.973 evitou essa celeuma: tratou dos embargos de declaração contra sentença no Capítulo da própria sentença (Livro I, Título VIII, Capítulo VIII) e dos embargos de declaração contra acórdãos dos tribunais no Título destinado aos recursos (Livro I, Título X, Capítulo V), atendendo, assim, tanto àqueles que entendiam que os embargos de declaração são um recurso, como àqueles que lhe negavam essa natureza.

Com a reforma promovida pela Lei 8.950/94, foram revogados os artigos 464 e 465, que tratavam dos embargos de declaração contra sentença, e o Código passou a tratar dos embargos de declaração contra sentença ou acórdão nos artigos 535 a 538, localizados no título dos recursos.

Na Europa, existem sistemas processuais que não consideram institutos correspondentes aos nossos embargos de declaração um recurso, mas um incidente de interpretação ou esclarecimento da decisão, sem caráter de recurso¹². No sistema brasileiro, entretanto, eles são um recurso e, por isso, com efeito devolutivo. O conceito de efeito devolutivo no nosso sistema é mais amplo do que o adotado em outros sistemas, significando o poder de reexaminar a decisão e voltar a pronunciar-se sobre a causa ou sobre determinada questão, não necessariamente por órgão diverso e com o poder de alterar a decisão. Os embargos de declaração também devolvem ao juízo *ad quem*, que é o próprio juízo *a quo*, o reexame da decisão, com a peculiaridade de ser nesse caso um reexame limitado, porque, em regra, não pode acarretar a reforma ou a modificação do conteúdo da decisão, restringindo-se ao seu esclarecimento ou complementação. Entretanto, como já vimos, em caráter absolutamente excepcional, no seu julgamento, como conseqüência da complementação da decisão no ponto omissis ou do esclarecimento da obscuridade ou da contradição, o julgador altera ou modifica a decisão embargada. Nesses casos, pode dizer-se que os embargos perdem o seu originário caráter de instrumento integrativo da decisão embargada, interpretando-se o teor da sua decisão conjuntamente com aquela, para adquirirem autonomia como provimento jurisdicional dela desvinculado e, muitas vezes, com ela incompatível.

Com essa nova dimensão do efeito devolutivo dos embargos de declaração, cumpre examinar se neles poderá o embargante alegar as matérias de ordem pública previstas no § 3º, do artigo 267, do Código de Processo Civil, como a falta de condições da ação ou de

¹² V., por exemplo, o art. 669 do Código de Processo Civil português e o § 320 do Código de Processo Civil alemão.

pressupostos processuais. A doutrina dominante sustenta que tais matérias podem ser alegadas em sede de recursos ordinários, de modo que constituiriam uma exceção à vedação aludida.

Contudo, entendo que o juiz não pode conhecer das referidas matérias em sede de embargos de declaração, salvo se puderem ser apreciadas como consequência da omissão, da obscuridade ou da contradição da decisão apontadas pelo embargante.

Em resumo, pode dizer-se que os embargos de declaração têm efeito devolutivo, porque devolvem ao juízo o poder de reexaminar sua decisão. Contudo, esse reexame não confere ao juiz o poder de alterar a decisão, mas apenas de esclarecê-la ou complementá-la, salvo se o suprimento da omissão ou a correção da obscuridade ou contradição o exigirem.

Ainda deve ser analisado o efeito *suspensivo* dos embargos de declaração (CPC, art. 538). De acordo com o pressuposto da singularidade ou da unirrecorribilidade dos recursos, em regra, qualquer decisão é impugnável somente por um único recurso. Contudo, uma das exceções ao aludido pressuposto é justamente a possibilidade de interposição contra a mesma decisão de embargos declaratórios e de outro recurso. Imagine-se, por exemplo, o caso de uma sentença obscura, contraditória ou omissa, que seja desfavorável ao autor da ação. Ele poderá apelar desde logo, mas também poderá pedir ao juiz que a proferiu que primeiro esclareça o ponto obscuro ou omisso. Opostos os embargos de declaração, será possível, após a publicação da decisão dos embargos, interpor a apelação, cujo prazo de interposição restou interrompido pela oposição dos embargos (CPC, art. 538).

Embora a lei processual seja omissa, a caracterização desses embargos como um recurso ordinário, levou a que a doutrina e a jurisprudência sempre lhe atribuíssem o efeito de suspender o cumprimento da decisão embargada ou a produção dos seus efeitos. A justificativa para esse entendimento é o de que, reinando alguma incerteza sobre o teor ou o alcance da decisão, não deve ela ser executada, nem deve o processo ter continuidade sob o a sua égide, enquanto não esclarecida ou complementada por meio da apreciação dos embargos declaratórios. Essa orientação, aparentemente correta, é absolutamente imprópria e cruel nos embargos declaratórios contra decisão interlocutória, porque acaba por propiciar a interposição desse recurso com intuito manifestamente procrastinatório, como instrumento de bloqueio da continuidade do processo ou do cumprimento da decisão, mesmo inexistindo qualquer probabilidade do seu provimento.

Nos juizados especiais cíveis (Lei n. 9.099/95), priorizando a celeridade processual, a lei dispôs que a oposição de embargos de declaração *suspende* o prazo para recurso (art. 50), o que significa que, publicada a sua decisão, retoma o seu curso o prazo para a interposição do outro recurso cabível, pelo tempo que sobejar.

Já na sistemática do Código de Processo Civil, de acordo com o artigo 538, os embargos de declaração *interrompem* o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Portanto, não apenas o embargante, mas também o seu adversário ou qualquer outro litigante, e até mesmo um terceiro, ganharão um novo prazo integral para interpor o outro recurso cabível contra a mesma decisão, a partir da publicação da nova decisão que julgar os embargos de declaração o que, sem dúvida, como já observado, facilita a sua utilização como instrumento procrastinatório ou de bloqueio.

Para tentar coibir o abuso no seu manuseio, dispôs o parágrafo único do artigo 538: “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”. A parte final desse dispositivo foi introduzida pela Lei 8.950/94.

Em minha opinião, condicionar a interposição de qualquer outro recurso ao depósito da multa é inconstitucional, porque assim se institui um obstáculo econômico ao exercício do direito de recorrer, que nada mais é do que uma das expressões do direito de ação, constitucionalmente assegurado.

A Medida Provisória 2.180-35/2001 dispensou as pessoas jurídicas de direito público do pagamento dessa multa, introduzindo em nosso ordenamento mais um privilégio em benefício da Fazenda Pública.

Como os prazos para a interposição dos embargos declaratórios e de qualquer outro recurso fluem simultaneamente e a interrupção do prazo para outros recursos somente ocorre a partir do oferecimento dos primeiros, é freqüente que, no momento em que apresentados os declaratórios, já tenha sido interposto outro recurso contra a mesma decisão. Parece-me que, nesse caso, deve ficar sobrestado o processamento desse outro recurso enquanto pendentes os embargos de declaração, retomando-se o seu curso a partir da publicação da decisão nos embargos, salvo se a matéria dessa outra impugnação tiver sido integralmente equacionada com o provimento dos embargos de declaração. Caso

contrário, para evitar eventual não conhecimento do recurso anteriormente interposto, será prudente reiterá-lo no novo prazo contado a partir da publicação da decisão nos embargos de declaração.

5. FACULTATIVIDADE OU OBRIGATORIEDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Os embargos de declaração são, em regra, um recurso facultativo. Se no caso concreto existir outro recurso de efeito devolutivo mais amplo que possa ser interposto contra a mesma decisão, não é preciso opor embargos de declaração, bastando alegar-se a ausência de clareza, obscuridade ou contradição da decisão recorrida nesse outro recurso.

Entretanto, os embargos de declaração são necessários para assegurar o prequestionamento das questões de direito federal, constitucionais ou infra-constitucionais, como pressuposto de admissibilidade, respectivamente, dos recursos extraordinário e especial, quando omitidas no acórdão recorrido, pois, não são considerados admissíveis estes últimos recursos quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão de direito federal em que se fundamentam (Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal).

A súmula 356 do Supremo Tribunal Federal, que complementa a de nº 282, também ressalta a importância da oposição dos embargos declaratórios para a interposição desses recursos excepcionais, estatuinto que “o ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos os embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. A partir da Constituição de 1988 e da instalação do Superior Tribunal de Justiça esse entendimento se estendeu à admissibilidade do recurso especial.

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido corretamente que a interposição de embargos declaratórios para assegurar o preenchimento do requisito do prequestionamento da questão de direito federal não pode ser censurada como procrastinatória (Súmula 98).

Entretanto, esse mesmo tribunal passou a ser muito mais rigoroso do que outrora o Supremo Tribunal Federal no preenchimento do requisito do prequestionamento por meio da interposição dos embargos de declaração. Contentava-se a Corte Suprema com o chamado *prequestionamento implícito*. Se a decisão impugnada não cuidava da questão relativa à vigência, à aplicação ou à interpretação da norma de direito federal apontada como violada, o Supremo Tribunal Federal considerava preenchido o requisito do

prequestionamento se interpostos embargos declaratórios contra essa decisão, desde que a matéria tivesse sido anteriormente suscitada no processo, ainda que o acórdão nos embargos declaratórios continuasse a omitir a sua apreciação.

Evoluindo no sentido de uma exacerbação exagerada desse requisito, veio o Superior Tribunal de Justiça a consagrar no verbete nº 211 da sua Súmula a exigência do chamado *prequestionamento explícito*, segundo o qual é inadmissível “recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*”. Não está ao alcance do vencido obrigar o Tribunal *a quo* a pronunciar-se sobre questão que este considera incabível ou a cujo respeito é seu entendimento que não ocorreu uma omissão indevida.

Nesse caso, exige o STJ que o vencido, após o não provimento dos seus embargos declaratórios, interponha recurso especial alegando não a violação da lei federal que entenda ter sido vulnerada pela decisão recorrida, mas a do art. 535 do Código de Processo Civil, que teria sido violado por não ter sido suprida a omissão a que estaria obrigado o Tribunal *a quo*.

Se o Tribunal Superior entender que o juízo de origem deveria ter suprido tal omissão, dará provimento ao recurso especial para determinar que os autos voltem àquela instância para que sejam novamente julgados os embargos declaratórios na forma da lei. É uma incrível e desnecessária perda de tempo, pois, ainda que o Tribunal *a quo* venha então a pronunciar-se sobre a referida omissão, o que nem sempre acontece, mantendo a decisão embargada, novo recurso especial terá de ser interposto para o que o STJ reaprecie essa questão.

O Supremo Tribunal Federal, embora em geral menos rigoroso do que o Superior Tribunal de Justiça quanto à necessidade de prequestionamento explícito, em algumas decisões também o tem acolhido, exigindo que, na negativa do Tribunal *a quo* em examinar nos embargos declaratórios a questão constitucional sobre a qual o embargante alega ter ele incorrido em omissão, interponha o recorrente recurso extraordinário alegando a negativa de prestação jurisdicional, ou seja, a violação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça também assentou, através de sua súmula 320, que a questão federal ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Tal posicionamento exige que a parte, caso deseje interpor recurso extraordinário ou especial, oponha primeiramente embargos de declaração para provocar a

manifestação dos demais julgadores a respeito da referida questão. Caso a obscuridade, a contradição ou a omissão persistam, deve ser interposto o recurso especial por violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

As súmulas brevemente examinadas mostram como é importante o prequestionamento para efeito de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário e, conseqüentemente, a oposição de embargos declaratórios quando a decisão contra a qual se quer interpor aqueles recursos não tratou da questão relativa à vigência, aplicação ou interpretação da lei federal ou da Constituição, conforme o caso.

Cabe observar, por fim, que a oposição de embargos de declaração com fins prequestionadores não implica o dever do tribunal de manifestar-se sobre toda e qualquer questão que o embargante venha nesse momento a suscitar. Não servem esses embargos declaratórios para arguir *ex novo* matérias não anteriormente propostas. Os embargos movidos para esse fim não se distanciam das hipóteses previstas no artigo 535 – omissão, obscuridade e contradição – e, portanto, somente deverão ser acolhidos se a decisão efetivamente deixou de enfrentar um ponto sobre o qual deveria ter-se pronunciado, porque já debatido nas instâncias anteriores ou imperiosa a sua apreciação de ofício e, portanto, pendente de julgamento no tribunal de origem na ação, incidente ou recurso que lhe cabia decidir.

6. PROCEDIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Por expressa disposição da lei, os embargos declaratórios não estão sujeitos a preparo (CPC, art. 536). Assim, a parte que os opuser está dispensada do pagamento de custas, assim como acontece com o agravo retido (art. 522, parágrafo único).

Os embargos de declaração devem ser opostos, em regra, no prazo de cinco dias, com a necessária indicação do ponto omissivo, obscuro ou contraditório, devendo ser julgados em igual prazo (CPC, art. 536). Tratando-se de embargos opostos a decisão colegiada de um tribunal, o relator os apresentará *em mesa*, ou seja, os levará a julgamento na primeira sessão seguinte à sua interposição, independentemente da sua inclusão em pauta, proferindo voto. Não haverá oportunidade de oferecimento de contrarrazões pelo recorrido, nem sustentação oral pelos advogados (CPC, 537).

Essas duas últimas características, assim como o seu julgamento sem a prévia publicação da pauta, constituem limitações irrazoáveis às garantias constitucionais do

contraditório e da ampla defesa. Minorando em parte esse déficit garantístico, o Supremo Tribunal Federal fixou, entretanto, que se os embargos tiverem efeitos modificativos, deverá ser assegurada a oportunidade de oferecimento de contrarrazões ao adversário do embargante, em respeito ao princípio do contraditório. Na verdade, essa possibilidade, juntamente com a inclusão dos embargos na pauta do órgão julgador e a publicação desta, assim como a garantia aos advogados da apresentação de sustentações orais no julgamento, deveriam ser asseguradas em todas as espécies de embargos de declaração.

Nos embargos de declaração contra acórdão de tribunal colegiado, não é admissível o seu julgamento monocrático pelo relator, com a invocação do disposto no artigo 557 do CPC, seja para negar-lhe seguimento, seja para dar-lhe provimento. A vinculação desses embargos à constatação da existência de omissão, obscuridade ou contradição na decisão colegiada impõe que essa verificação seja necessariamente procedida pelo próprio colegiado que proferiu a decisão. Somente poderia ser admitido o julgamento monocrático, no sentido da negativa de seguimento, se verificada a intempestividade da sua interposição ou a sua inadmissibilidade pela ausência de alegação de qualquer omissão, obscuridade ou contradição.