

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ticiano Alves e Silva

Mestrando em Direito Processual (UERJ). Professor de Direito Processual Civil. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO).

E-mail: alves.ticiano@gmail.com

Twitter: [@ticiano_alves](https://twitter.com/ticiano_alves)

RESUMO: O artigo analisa o regramento dos embargos de declaração no Novo Código de Processo Civil, destacando as suas principais inovações. Além disso, aponta, criticamente, interpretações a fim de potencializar a aplicação do instituto.

1. INTRODUÇÃO

Conforme o inciso IX do art. 93 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas. A violação de referido direito fundamental processual atrai a aplicação da sanção de nulidade, por força, igualmente, de determinação constitucional.

Porque não se pode ter como fundamentada uma decisão obscura, contraditória, omissa e materialmente errada, o sistema processual brasileiro – desde há muito, por influência do direito português¹ – estatui os embargos de declaração, instituto com natureza recursal² (art. 496, IV, CPC/73; art. 994, IV,

1-Sobre a origem lusitana e evolução histórica dos embargos de declaração, conferir: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração – efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 19-24. No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. vol. 7, ano 5, jan. a jun. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 14 de março de 2010, p. 418.

2-A natureza jurídica dos embargos de declaração é controvertida. Segundo o princípio da taxatividade recursal, é recurso aquilo que a lei federal tipifica como recurso. É o direito positivo que atribui a natureza recursal a determinado meio de impugnação. Nesse sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 297.

NCPC) e de fundamentação vinculada, cuja finalidade é atacar decisões com tais vícios, a serem julgados pelo mesmo órgão jurisdicional do qual emanou o ato.

Fácil perceber, assim, que o recurso de embargos de declaração possui conexão direta com o direito fundamental à motivação, uma vez que é a primeira via de que dispõe a parte prejudicada para obter, mediante integração, reforma ou invalidação do ato judicial, uma decisão que exponha de forma plena suas razões, justificando-se frente a um Estado Democrático.

Além disso, os embargos de declaração combatem a denegação de justiça, quando, por exemplo, é caso de omissão, fazendo cumprir a promessa constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CRFB).

O Novo Código de Processo Civil (NCPC), forte nessas premissas, introduziu sensíveis alterações no regime jurídico dos embargos de declaração, vocacionando-o ainda mais como instrumento capaz de constranger o órgão jurisdicional a proferir uma decisão íntegra e motivada.

2. ATOS JUDICIAIS EMBARGÁVEIS

A redação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) não guarda conformidade com a CRFB. É que, ao apontar os atos judiciais sujeitos à embargabilidade, o CPC/73 limita-se à sentença e ao acórdão, silenciando quanto às decisões interlocutórias.

O NCPC, por sua vez, dispõe expressamente que os embargos de declaração podem ser opostos contra “qualquer decisão judicial” (art. 1.022, *caput*).

Dessa forma, pode-se afirmar que o NCPC afina-se sobremodo com a CRFB, porquanto amplia, textualmente, o rol de pronunciamentos judiciais sujeitos à embargabilidade, para dizer “qualquer decisão”, seja interlocutória ou final, colegiada ou unipessoal, inclusive do relator no tribunal.

Afinal, se *toda* a decisão judicial deve ser fundamentada e completa (não omissa), obviamente *qualquer* decisão é recorrível por embargos de declaração, e não apenas sentenças e acórdãos.

É verdade que a doutrina³ e a jurisprudência⁴ já interpretavam o CPC/73 conforme a CRFB, compreendendo como embargável qualquer decisão

3-Por todos, consultar: DIDIER, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 177 e 178.

4-Nesse sentido: STJ, Corte Especial, ED no REsp 159.317, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 07.10.1998, DJ 26.04.1999. Mais recentemente: STJ, 2ª Turma, REsp 1.017.135, Ministro Carlos Mathias, j. 17.04.2008, DJU 13.05.08.

judicial; porém, o NCPC revela-se didático e preciso ao incorporar, no plano legislativo, referido entendimento, evitando discussões desnecessárias e insegurança jurídica.

Indo mais além, o NCPC traz regramento específico no que tange às decisões unipessoais dos tribunais. A rigor, tais previsões seriam dispensáveis. Afinal, segundo o preceito mais genérico, qualquer decisão é embargável. A dispensa de tratamento tão minudente tem razão de ser.

É que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) não admitem embargos de declaração contra decisões unipessoais. Por outro lado, os citados tribunais admitem, pacificamente, em razão da dúvida fundada, a aplicação do princípio da fungibilidade ao caso, conhecendo dos embargos declaratórios como agravo interno.

Essa orientação, embora seja muito melhor do que a inadmissão pura e simples, não está livre de críticas. O recurso de embargos de declaração é de fundamentação vinculada. O agravo interno, não. Assim, frequentemente, o conhecimento dos declaratórios como agravo interno gera prejuízo à parte, que, certamente, ofereceria impugnação mais ampla, se fosse dado a ela agravar desde o início, e não embargar.

A fim de combater essa jurisprudência defensiva, o NCPC, por primeiro, estabelece que os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial, o que inclui obviamente as decisões monocráticas (art. 1.022, *caput*, NCPC).

Além disso, beirando a redundância, o NCPC impõe que os embargos de declaração contra decisão unipessoal devem ser julgados, monocraticamente, pelo mesmo órgão que proferiu a decisão embargada (art. 1.024, § 2º, NCPC).

Com o maior cuidado, o NCPC preceitua que os embargos de declaração devem ser processados como agravo interno, se o órgão julgador entender ser este o recurso cabível, e não aquele (art. 1.024, § 3º, primeira parte, NCPC).

Evolui, contudo, em relação à jurisprudência do STF e do STJ, para dispor que, no caso de aproveitamento do recurso, o recorrente deve ser intimado para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, considerando as diferenças existentes entre os embargos de declaração e o agravo interno (art. 1.024, § 3º, segunda parte, NCPC).

A leitura do art. 1.024, § 3º, do NCPC sugere que o dispositivo constitui uma *válvula de escape* para os tribunais perpetuarem sua jurisprudência, não admitindo os embargos de declaração contra decisões unipessoais, desde que os aceitem como agravo interno e permitam a complementação recursal.

A meu sentir, o dispositivo também permite outra leitura, que sirva, sobretudo, à parte recorrente. Caso a parte oponha embargos de declaração sem vinculá-los a uma das hipóteses de cabimento do art. 1.022, interpondo verdadeiro agravo interno com o nome de embargos de declaração, o órgão julgador deverá conhecer dos embargos como agravo interno, sem, contudo, permitir a complementação, incabível no caso.

É preciso dizer, ainda, que mesmo os despachos, considerados por lei como pronunciamentos judiciais irrecorríveis (art. 504, CPC/73; art. 1.001, NCPC), estão sujeitos à impugnação por embargos de declaração, desde que esteja presente pelo menos uma de suas hipóteses de cabimento⁵.

Afinal, tenham ou não conteúdo decisório, os pronunciamentos judiciais não podem ser obscuros, contraditórios, omissos ou portadores de erros materiais. As manifestações estatais devem ser claras, coerentes e completas. Em uma visão pragmática, a inteligibilidade dos despachos interessa também ao Judiciário. O ato judicial ordinatório confuso impede, muitas vezes, a atividade dos próprios auxiliares do juízo.

3. HIPÓTESES DE CABIMENTO

Consoante o art. 1.022 do NCPC, os embargos de declaração *permanecem* sendo cabíveis contra decisões judiciais obscuras (inciso I), contraditórias (inciso I) e omissas (inciso II). Mas não só. Ao contrário do CPC/73, o NCPC tipifica o erro material como hipótese *autônoma* de cabimentos dos embargos de declaração, o que já é admitido na prática, conforme a doutrina e a jurisprudência.

A decisão *obscura* é aquela que não se pode compreender, ou seja, confusa, ininteligível, geralmente porque mal escrita. Com a paulatina adoção do processo eletrônico, cada vez menos o caso da letra ilegível se revela digno de exemplo.

A decisão *contraditória* é aquela que possui proposições inconciliáveis, declarações desarmoniosas, afirmações que se chocam, que apontam para sentidos opostos, como, por exemplo, afirmar, na fundamentação, que o autor não tem o direito e, no dispositivo, julgar procedente a demanda.

5-Já se teve oportunidade de defender a relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos prevista no art. 504 do CPC/73 no caso de oposição de embargos de declaração, com ampla pesquisa doutrinária e jurisprudencial: SILVA, Ticiano Alves e. A relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos na oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1253, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9251>>. Acesso em 16.03.2015.

Assim, a contradição pode existir entre elementos da decisão (entre relatório e fundamentação; entre relatório e dispositivo; entre fundamentação e dispositivo; e, cuidando-se de julgamentos colegiados, entre ementa e voto), bem como entre afirmações contidas num mesmo elemento (por exemplo, na fundamentação, na ementa etc.).

A doutrina⁶ e a jurisprudência⁷ entendem, de forma pacífica, que a contradição que desafia a oposição de embargos de declaração é a *contradição interna*.

A meu ver, também a contradição externa é hipótese de cabimento dos embargos de declaração. Como expus em outra sede⁸, dá-se a contradição externa quando (i) um mesmo órgão julgador (identidade subjetiva) profere (ii) decisões diferentes (iii) sobre uma mesma questão de direito, (iv) sem justificar a mudança de entendimento. Não pode, por exemplo, em um dia, o tribunal formar um precedente sobre a inconstitucionalidade de um tributo e, no outro, em demanda diversa, compreender que aquele mesmo tributo é, sim, constitucional, sem ao menos justificar a alteração.

Assim, por primeiro, deve-se dizer que lei não faz qualquer restrição, vale dizer, não qualifica a contradição a ser combatida, se interna ou externa.

Sem embargo, o direito fundamental à igualdade *perante as decisões judiciais*⁹ impede que o *mesmo* órgão jurisdicional atribua, sem justificativa,

6-BONDIOLI, Luís Guilherme Aidar. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 108: “A contradição que dá ensejo aos embargos declaratórios é aquela que se manifesta internamente, no próprio pronunciamento judicial. As asserções contraditórias devem fazer-se presentes no mesmo ato. Não interessa, para fins de embargos de declaração, contradição entre a decisão e outros elementos constantes do processo (p. ex. provas carreadas aos autos), entre a decisão e outro ato decisório constante do mesmo processo, entre a decisão e julgamentos realizados noutros processos, entre a decisão e a lei”. No mesmo sentido, tem-se: FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 99; ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1208; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil. Volume 5**. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 554-555; BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 201; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 207; SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 633-634.

7-STJ, 3ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 462.757, Ministro Sidnei Beneti, j. 24.04.2014, DJE 13.05.2014; STJ, 5ª Turma, EDcl no AgRg no AREsp 335.533, Ministra Regina Helena Costa, j. 27.03.2014, DJE 02.04.2014.

8-SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 199. No mesmo sentido: MILLER, Cristiano Simão Miller. A “contradição externa” como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20793>>. Acesso em: 8/06/2014.

9-Segundo as lições de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O direito à igualdade — em sua

diferentes interpretações a uma *mesma* questão jurídica, ainda que presente em processos diversos, ou seja, o magistrado se contradiz externamente quando decide de forma *diversa* a vida de pessoas em situações *juridicamente iguais*.

Não fosse suficiente, a boa-fé objetiva, que também obriga o magistrado¹⁰ (art. 14, II, CPC/73; art. 5º, NCPC), bloqueia condutas desleais como estas, que causam surpresa às partes, ao adotar um comportamento contraditório, ainda que em demandas distintas.

Em reforço ao que se acaba de dizer, o NCPC, ao dispor sobre interpretação da decisão, preceitua que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé” (art. 489, §3º).

Assim, o princípio da boa-fé *abre* a interpretação da decisão para além de seus elementos essenciais (relatório, fundamentação e dispositivo), permitindo que a compreensão do ato decisório se dê igualmente com base em elementos externos, a fim de verificar a lealdade do ato praticado.

O discurso judicial, presente no ato decisório, é um discurso voltado tanto para *dentro* (interno) como para *fora* (externo) do processo em que vocalizado. As decisões – e as interpretações sobre o direito – devem ser vistas em *cadeia*, e não de maneira estanque. Impossível falar em precedentes sem ter esta ideia bem assentada.

Por sua vez, a decisão omissa é aquela que não se manifesta (1) sobre o pedido; (2) sobre a questão pronunciável de ofício, *pouco importando tenha havido ou não pedido anterior nesse sentido*; e (3) sobre *todos* os argumentos aportados no processo suficientes, em tese, para negar a conclusão adotada pelo órgão jurisdicional.

dupla dimensão — dá lugar à *igualdade no processo*. Mas é preciso ir além. É, aliás, curioso que a doutrina se preocupe com a estruturação do processo a partir da igualdade, mas não mostre idêntica preocupação no que tange à *igualdade pelo processo*. O processo justo visa à decisão justa. *E não há justiça se não há igualdade – unidade – na aplicação do direito pelo processo*”. E concluem que: “Daí a igualdade pelo processo — que é a *igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo* — determinar a adoção de um *sistema de precedentes obrigatórios*, com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional processual (*ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing, overruling*), sem o que, paradoxalmente, focamos na igualdade no *meio*, mas não na igualdade no *fim*, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 643. A *igualdade perante as decisões judiciais* é aprofundada por um dos autores em: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 145 e ss.

10-Fredie Didier explica que: “Note, ainda, que os destinatários da norma são *todos aqueles que de qualquer forma participam do processo*, o que inclui, obviamente, não apenas as partes, mas também o órgão jurisdicional. A observação é importante, pois grande parte dos trabalhos doutrinários sobre a boa-fé processual restringe a abrangência do princípio às partes. A vinculação do Estado-juiz ao dever de boa-fé nada mais é senão o reflexo do princípio de que o Estado, *tout court*, deve agir de acordo com a boa-fé e, pois, de maneira leal e com proteção à confiança”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 76.

A respeito da omissão presente na falta de manifestação sobre os argumentos das partes, cite-se a lição de José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier:

O dever do Poder Judiciário de examinar causa de pedir e fundamento de defesa é o mesmo. Por isso, não pode o juiz julgar procedente pedido formulado pelo autor, sem examinar todas as razões expostas pela defesa que, se acolhidas, poderiam ensejar a rejeição do pedido. Correlatamente, deve o juiz examinar se os fundamentos que justificam o acolhimento do pedido encontram-se presentes, não podendo julgar improcedente o pedido sem antes examinar e rejeitar todas as razões que poderiam levar ao seu acolhimento¹¹.

Só com o exame *integral* da causa de pedir, na hipótese de improcedência, e dos fundamentos da defesa, no caso de procedência, é possível verificar se o contraditório, enquanto direito de influência, foi obedecido. Como saber se o argumento foi considerado sem manifestação judicial sobre ele? A fundamentação *reflete*, pois, o contraditório que existiu no processo, servindo como genuíno *teste final* da existência de debate judicial¹².

Sem pretender criar um rol exauriente, o NCPC equipara à omissão as situações em que a decisão (i) “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento” e (ii) “inorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, §1º”, que cuida da fundamentação qualificada das decisões.

11-MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 208.

12-Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero falam que o direito à motivação constitui verdadeiro “banco de prova do direito ao contraditório das partes”. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 665.

Com efeito, precedente¹³ é direito¹⁴. Questão de direito, como notório, constitui matéria sujeita à cognição judicial independentemente de provocação (*iura novit curia*). Se, porventura, o juiz não aplica o precedente (o NCPC fala em “tese”), omite-se acerca de questão de direito (a *ratio decidendi*) conhecível de ofício, podendo as partes se valerem do instrumento processual imediatamente cabível, qual seja, os embargos de declaração.

A meu ver, é possível, respeitado o contraditório, a oposição de embargos de declaração para ajustar a decisão a precedente *novo*, isto é, surgido após o proferimento da decisão, mesmo porque a orientação jurisprudencial, mais dia, menos dia, terminaria sendo aplicada ao caso, em razão da interposição de sucessivos recursos e da atuação de controle das Cortes uniformizadoras (STJ e STF)¹⁵.

Por fim, erro material é aquele percebido facilmente, em um primeiro lançar de olhos, e que não tenha, à evidência, sido fruto da intenção do magistrado, a exemplo da expressão numérica equivocada da quantia escrita por extenso, quando deve prevalecer esta última.

O NCPC dispõe expressamente que decisões com erros materiais são embargáveis. Na prática, isso impede que a alegação de erro material deduzida por simples petição, uma vez não acolhida, resulte em preclusão, prejudicando a parte, já que os embargos de declaração possuem efeito interruptivo do prazo recursal dos outros recursos¹⁶.

13-Quando se fala na força dos precedentes, na verdade, quer-se dizer força da *ratio decidendi*. O precedente é formado por vários elementos. Somente um destes elementos – a *ratio decidendi* – é que possui a força vinculativa ou persuasiva. *Ratio decidendi*, por sua vez, são as razões jurídicas da decisão, ou seja, a posição jurídica, dentre as razoavelmente sustentáveis, adotada pelo órgão julgador.

14-A *ratio decidendi* (ou, grosso modo, o precedente) é direito porque não se tem como negar, na quadra atual, a atividade criativa/reconstrutiva do magistrado na solução das controvérsias que lhe são postas a julgamento. Não se pode confundir texto legal e norma. Norma é o texto legal interpretado/aplicado. Impossível fazer-se a leitura de qualquer dispositivo legal (texto) sem vislumbrar-se, ainda que inconscientemente, sua aplicação a um determinado caso, mesmo que hipotético. Interpretado/aplicado o texto legal, surge a norma jurídica. O juiz, quando julga, produz (cria) duas normas jurídicas. Uma, a norma individual, encontrada no dispositivo da decisão, que servirá para pôr fim à controvérsia, e que vincula somente as partes da demanda. Outra – de onde a norma individual foi extraída –, a norma jurídica fruto da interpretação/aplicação do texto legal (norma em potencial, conforme Eros Grau), que pretende regular um tipo de relação jurídica que foi submetida à apreciação jurisdicional, situada na fundamentação, donde pode ser extraída uma tese jurídica aplicável a um sem número de casos análogos (*ratio decidendi*). Sobre o tema, conferir: GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 38; DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil**. Vol. 2. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. vol. 2, p. 385; MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 97.

15-Sobre isso, consultar: SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. **Revista de Processo**, v. 201, nov. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 393.

16-Percebeu o ponto FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. Os embargos de declaração no Projeto do CPC. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 3. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux,

O fato de o erro material ter-se tornado hipótese autônoma de embargabilidade não significa que o referido vício só possa, a partir disso, ser ventilado por esta específica via recursal. Como sabido, o erro material é corrigível de ofício pelo juízo ou a pedido da parte, a qualquer tempo (art. 463, CPC/73; art. 494, NCPC)¹⁷. Logo, continua sendo possível, com o NCPC, a impugnação do erro material por petição simples, mesmo após o trânsito em julgado¹⁸. É bom deixar isso claro, para coibir-se, preventivamente, construções jurisprudenciais defensivas com entendimento de que o erro material só poderia ser suscitado por embargos declaratórios.

4. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS E OUTROS DE ADMISSIBILIDADE

Os embargos de declaração devem ser endereçados ao mesmo órgão jurisdicional que proferiu a decisão embargada (arts. 1.023 e 1.024, §§ 1º e 2º, NCPC); nisso consiste o efeito devolutivo do referido recurso, embora o ponto seja controvertido na doutrina¹⁹.

Deve-se dizer, ainda, que o NCPC unificou os prazos para interpor recurso e oferecer contrarrazões em 15 (quinze) dias, com exceção dos embargos de declaração. O prazo de interposição, então, continua sendo de 05 (cinco) dias (art. 536, CPC/73; art. 1.023, NCPC), computados somente os dias úteis, conforme o novel art. 219 do NCPC.

Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 269.

17-Com base nisso, afirmam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier que: “nada impede que o erro material seja suscitado por simples petição, ou através de embargos de declaração”. E acrescentam, interpretando o CPC/73: “Nada impede, até mesmo, que a alegação de erro material, veiculada através de embargos de declaração interpostos intempestivamente, seja conhecida e o vício seja sanado (mesmo porque os embargos de declaração, na hipótese, seriam dispensáveis)”. MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 212. No STJ, tem-se: STJ, 6ª Turma, EDcl no REsp 530.089, Ministro Hamilton Carvalhido, j. 05.02.2004, DJ 15.03.2004, p. 311.

18-Confira-se o Enunciado 360 do IV Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis, realizado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014: “A não oposição de embargos de declaração em caso de erro material na decisão não impede sua correção a qualquer tempo”. Nesse sentido: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014, item 27.2.2 (livro digital, suporte Kindle).

19-No mesmo sentido do texto, por entender que “o efeito devolutivo decorre da interposição de qualquer recurso, equivalendo a um efeito de transferência da matéria ou de renovação de julgamento para *outro* ou para o *mesmo* órgão julgador”: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 204; FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. *Contra*, entendendo que a devolução não ocorre para o mesmo juízo que proferiu a decisão recorrida: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 143.

Além disso, os litisconsortes com advogados diferentes, *de escritórios de advocacia também diferentes*, têm prazo em dobro para opor embargos de declaração, conforme o art. 229 c/c o art. 1.023, § 1º, do NCPC²⁰. A dobra não se aplica aos *processos em autos eletrônicos*.

Assim como prevê a parte final do art. 536 CPC/73, o NCPC é explícito ao dispor que os embargos de declaração não se sujeitam a preparo (art. 1.023, *caput*, parte final).

Nos embargos de declaração, o recorrente deve *alegar e demonstrar* a existência dos vícios do art. 1.022 do NCPC (art. 535, CPC/73).

Não se deve confundir juízo de admissibilidade e juízo de mérito no julgamento dos embargos de declaração. Para a superação do juízo de admissibilidade, é suficiente a mera *afirmação da existência* dos vícios previstos em lei como hipóteses de cabimento. Assim, se o embargante não *alega, suscita* ou *afirma* a existência, *em tese*, de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, o recurso será inadmitido, porque ausente o requisito do cabimento. Poderão, contudo, à luz do disposto no § 3º do art. 1.024 do NCPC, os embargos serem conhecidos como agravo interno quando opostos em face de decisão do relator, aproveitando-se o ato²¹.

Por outro lado, saber se os vícios *realmente existem* consubstancia o juízo de mérito do recurso, ensejando o provimento ou o desprovimento dos embargos de declaração. O juízo de mérito é um passo adiante. *Afirmada* a existência do vício e não *demonstrada* a afirmação, os embargos de declaração, embora admitidos, serão desprovidos.

O CPC/73 não contempla a participação do embargado no julgamento dos embargos de declaração. É que, *em princípio*, os embargos de declaração objetivam somente a integração ou aperfeiçoamento da decisão, e não um novo julgamento da causa, com a inversão da sucumbência.

Pode acontecer, porém, de o provimento dos embargos de declaração ensejar, *reflexamente*, a alteração do resultado do julgamento²², provocando

20-O § 1º do art. 1.023 do NCPC dispõe que o citado art. 229 aplica-se aos embargos de declaração. A previsão é, em tese, desnecessária, parecendo “sobrar”. O legislador pretendeu, entretanto, combater eventual jurisprudência defensiva no sentido da inaplicabilidade do prazo em dobro a litisconsortes com advogados diferentes na oposição de embargos de declaração. Apenas esta interpretação justifica o excesso de cuidado.

21-A interpretação aqui conferida ao § 3º do art. 1.024 do NCPC não é uma interpretação que serve ao entendimento comum dos tribunais no sentido de serem incabíveis embargos de declaração contra decisões monocráticas de seus relatores, mesmo porque o NCPC, por primeiro, dispõe que os embargos cabem contra qualquer decisão e, depois, expressamente, prescreve que o embargo declaratório contra decisão monocrática deve ser julgado pelo mesmo órgão unipessoal que a proferiu. Ao contrário, é uma interpretação que serve à parte que, pretendendo impugnar a decisão, o fez genericamente, sem vincular as suas razões recursais a uma das hipóteses de embargabilidade do art. 1.022.

22-Perceba-se que a alteração do julgamento é *desdobramento* ou *consequência* do próprio provimento

a invalidação ou a reforma da decisão, a exemplo do que sucede com o suprimento da omissão no que tange à prescrição, que, uma vez reconhecida, resulta num juízo de improcedência da demanda.

Quando é assim, o julgamento dos embargos de declaração *surpreende* a parte embargada, a quem não foi dada a oportunidade de se manifestar e, portanto, de influenciar o convencimento do magistrado. É irrelevante, a meu sentir, ter havido contraditório antes da oposição dos declaratórios sobre a matéria²³. Como enfatiza Cassio Scarpinella Bueno, “até porque, fosse suficiente o contraditório exercido antes do proferimento da decisão, seria desnecessária a apresentação de contrarrazões a quaisquer recursos”²⁴.

Diante disso, a omissão legislativa não impediu que a doutrina e a jurisprudência majoritárias defendessem a necessidade de intimação do recorrido sempre que os embargos de declaração pudessem produzir efeitos infringentes ou modificativos. Essa imposição decorreria da incidência, conforme se observou, do direito fundamental ao contraditório, que garante a participação das partes na formação dos provimentos jurisdicionais.

Por força dessas razões, o NCPC positiva essa orientação. O § 2º do art. 1.023 impõe a intimação do embargado para oferecimento de resposta aos embargos opostos sempre que o possível acolhimento do recurso resulte na modificação da decisão embargada.

Quanto à fase de julgamento, determina o art. 1.024 do NCPC que os embargos de declaração devem ser julgados em 05 (cinco) dias. Quando opostos contra decisões colegiadas, o relator deve apresentar os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. De forma inovadora, o § 1º do art. 1.024 prevê que, se não julgado nesta sessão, o recurso será *automaticamente* incluído em pauta.

O NCPC dispõe que os juízes e os tribunais devem obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão (art. 12, NCPC), mas exclui da regra o julgamento de embargos de declaração (art. 12, § 2º, V, NCPC).

dos embargos, Não se pede, essencialmente, a modificação do resultado do julgamento, mas, sim, que seja sanado o vício apontado. Ao expungir-se o vício, como decorrência necessária, o resultado do julgamento se modifica.

23-Contra, representando entendimento minoritário, Daniel Assumpção: “Penso assim porque nesse caso não haverá a alegação de uma nova matéria, mas tão somente o pedido de saneamento de omissão de matéria já alegada e, presumidamente, já impugnada pela parte contrária”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014, item 27.7 (livro digital, suporte Kindle).

24-BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, n. 3 do Capítulo 8 (livro digital, suporte Kindle).

5. EFEITOS

5.1. Efeito Interruptivo

Consoante a parte final do *caput* do art. 1.026 do NCPC, correspondente ao art. 538 do CPC/73, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso²⁵.

Assim, opostos os embargos de declaração, o prazo para a interposição de outros recursos se interrompe. Após a intimação da decisão do julgamento dos declaratórios, o prazo, por inteiro, se inicia novamente para todos os legitimados para recorrer²⁶.

Desde que não sejam intempestivos, os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso, mesmo que sejam *incabíveis, desprovidos ou protelatórios*.

A intempestividade, contudo, não produz o mesmo efeito para o embargado, que, além de não ter dado causa à perda do prazo, também não deve atuar como vigia dos atos praticados pela parte adversa²⁷.

A redação do CPC/73 prescreve a interrupção do prazo “de outros recursos”. O NCPC, por sua vez, trata da interrupção do prazo “de recurso”, suprimindo a expressão “outros”.

A alteração tem razão de ser. Ela serve para deixar claro que o outro recurso, citado pelo CPC/73, pode ser, inclusive, os segundos embargos de declaração opostos pela mesma parte contra a decisão que julgou os primeiros embargos. *“Outros recursos” não quer dizer outra espécie recursal (apelação, agravo, recurso especial etc.), mas sim recurso diverso daquele já interposto.*

Além disso, os embargos de declaração de uma parte não têm o condão de interromper o prazo dos embargos da outra, se uma e outra se insurgem contra a mesma decisão²⁸. Em outras palavras, não fica interrompido o prazo para o embargado opor embargos de declaração contra a decisão *já* embargada pela

25-Os embargos de declaração contra sentença proferida no Juizado Especial suspendem o prazo para recurso (art. 50, Lei n. 9.099/1995). Os arts. 1.065 e 1.066 do NCPC dão, respectivamente, nova redação aos arts. 50 e 83, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, unificando os regimes e determinando a interrupção do prazo também no procedimento sumaríssimo.

26-“A reabertura do prazo deve beneficiar todos que tenham legitimidade para recorrer, e não apenas o embargante”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1.** Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 561 do §85 (livro digital, suporte Kindle). Na jurisprudência do STJ, sobre a interrupção do prazo de recurso de terceiro, ver: STJ, 3ª Turma, REsp 712.319, Ministra Nancy Andrighi, j. 25.09.2006, DJ 16.10.2006.

27-STJ, 3ª Turma, REsp 869.366, Ministro Sidnei Beneti, j. 17.06.2010, DJ 30.06.2010.

28-STJ, Corte Especial, EDcl no REsp 722.524, Ministro Teori Zavascki, j. 09.11.2006, DJ 18.12.2006. Na doutrina, conferir, amplamente, sobre essa específica hipótese: DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 210-215.

outra parte. Por força do princípio da igualdade, o prazo de cinco dias para a interposição do recurso é comum a ambas as partes. Escoado o quinquídio, dá-se a preclusão.

Hipótese diferente é aquela em que os embargos atacam vícios surgidos por ocasião do julgamento dos embargos da parte contrária. Aí, não há que se falar nem mesmo em efeito interruptivo, porque o interesse recursal surgiu depois, a partir do julgamento dos embargos de declaração opostos pelo adversário.

5.2. Efeito Suspensivo

O CPC/73, a respeito do efeito suspensivo dos recursos, dispõe que:

Art. 497. O recurso extraordinário e o recurso especial não impedem a execução da sentença; a interposição do agravo de instrumento não obsta o andamento do processo, ressalvado o disposto no art. 558 desta Lei.

Diante da literalidade deste dispositivo legal, doutrina majoritária²⁹, capitaneada pelo Professor José Carlos Barbosa Moreira, entende que os embargos de declaração, não tendo sido excepcionados, possuem, sim, efeito suspensivo, isto é, a sua interposição impede a produção de efeitos da decisão embargada.

Além disso, a suspensividade decorrente da oposição dos embargos de declaração seria conatural à própria finalidade do recurso, consistente no esclarecimento ou aperfeiçoamento do ato decisório; do contrário, os vícios que inquinam a decisão comprometeriam sua própria execução.

Embora aceito amplamente, o referido entendimento não é pacífico. Na doutrina, Flávio Cheim Jorge³⁰ defende, à luz do CPC/73, que os embargos de declaração só possuem efeito suspensivo se o recurso imediatamente cabível contra a decisão embargada também o tiver.

Assim, se contra a decisão embargada é cabível apelação com efeito suspensivo (art. 520, CPC/73), os embargos de declaração terão efeito

29-Por todos, conferir: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011, n. 306. No mesmo sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, n. 561-A do §85 (livro digital, suporte Kindle).

30- CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 295 e ss.

suspensivo. Se, por outro lado, os embargos forem opostos contra decisão que desafia imediatamente agravo de instrumento, não dotado, por lei, de efeito suspensivo, os embargos de declaração não impedem a produção de efeitos da decisão.

Por sua vez, Teresa Arruda Alvim Wambier sustenta que o efeito suspensivo dos embargos de declaração não decorre de sua simples interposição. Ensina a autora que:

Segundo o nosso entendimento, o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de pedido formulado pela parte, fundado na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos³¹.

A preocupação de referida doutrina é com as situações em que a oposição dos embargos de declaração, segundo o entendimento majoritário, é capaz de suspender, só pelo fato de sua interposição, uma tutela antecipada baseada na urgência, quando nem mesmo o agravo interponível contra a referida decisão teria essa aptidão.

No NCPC, ao contrário do CPC/73, os recursos, como regra, não possuem efeito suspensivo. Segundo o art. 995, os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. A lógica se inverteu.

Portanto, os recursos podem ter efeito suspensivo por força de lei (*ope legis*), a exemplo da apelação (art. 1.012, NCPC), ou podem ter efeito suspensivo atribuível por decisão judicial (*ope judicis*), como ocorre com o agravo de instrumento (art. 1.019, I, NCPC).

Quanto aos embargos de declaração, o NCPC inova, em relação à doutrina majoritária que se formou em torno do CPC/73. Segundo o § 1º do art. 1.026, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos depende de pedido do embargante e de decisão judicial, e *não mais* decorre de sua simples interposição. Além disso, a suspensão da eficácia da decisão embargada condiciona-se ao preenchimento dos seguintes pressupostos: (1) a probabilidade de provimento do recurso ou (2) fundamentação relevante e risco de dano grave ou de difícil reparação.

31- MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 214. O tema mereceu tratamento aprofundado pela autora em: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69 e ss.

O NCPC, portanto, acolhe a doutrina de Teresa Arruda Alvim Wambier, segundo a qual a suspensão da eficácia da decisão deve decorrer de pedido da parte e de concessão pelo órgão jurisdicional, e não por força de lei, sempre e em todo o caso.

6. (DES) NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO E COMPLEMENTAÇÃO DE OUTRO RECURSO

Conforme visto, os embargos de declaração cabem contra qualquer decisão. Sendo assim, pode ocorrer – e frequentemente ocorre – de uma parte embargar de declaração e a outra parte interpor diversa modalidade de recurso.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) exige, nestes casos, que o recorrente ratifique o recurso após o julgamento dos embargos de declaração, *mesmo que não haja modificação da decisão*.

Este entendimento, bastante criticado pela doutrina, foi incorporado à Súmula do Tribunal, com a edição do Enunciado n. 418, cujo teor é o seguinte: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Embora se refira ao recurso especial, por identidade de razões, tal orientação tem sido aplicada também para outros recursos, a exemplo da apelação, dos embargos infringentes, do recurso ordinário, do recurso extraordinário, do agravo interno etc.

Além da exigência de ratificação, o STJ permite, em caso de modificação da decisão embargada, o aditamento do recurso, nos exatos limites da modificação. A preclusão consumativa impede a complementação daquilo que não guarda conexão com o que foi alterado. O princípio da complementaridade autoriza, então, essa adaptação limitada do recurso interposto antes do julgamento dos embargos de declaração.

A exigência de ratificação do recurso, sem que tenha havido alteração da decisão embargada, é perversa, porquanto o efeito interruptivo dos embargos de declaração existe em benefício das partes, e não contra elas. O entendimento do STJ deturpa a lógica do sistema, ao criar um ônus não previsto em lei.

O NCPC, que é também um Código contra a jurisprudência defensiva, altera sensivelmente essa sistemática.

Por primeiro, o § 4º do art. 1.024 do NCPC faz da complementação um *direito*. Isto gera duas consequências.

A primeira é que a complementação não pode ser negada. Se o julgamento dos embargos de declaração implicar a alteração da decisão, a parte que

recorreu anteriormente ao seu julgamento tem direito à complementação do recurso então interposto, nos exatos limites da modificação.

A segunda é que a ausência de complementação não poderá dar ensejo à inadmissibilidade do recurso. O NCPC qualifica a complementação como *direito*; logo, o recorrente não poderá ser punido por não exercê-lo. A avaliação sobre a necessidade de complementação é da parte, e não do órgão jurisdicional. É preciso, então, que, na prática, as partes tenham cuidado no momento do aditamento, minorando os riscos de desprovimento do recurso.

A complementação deve ocorrer no prazo de quinze dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

Além disso, o NCPC *dispensa a ratificação* do recurso se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior. Fica superada a Súmula, n. 418, do STJ³². Ou seja, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

O dispositivo é bastante elogiável, porque afasta odiosa jurisprudência defensiva.

7. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS

O uso desmedido dos embargos de declaração, principalmente como instrumento para retardar o fim do litígio e a formação da coisa julgada, inclusive no processo penal, que condiciona o cumprimento definitivo da pena, por força do princípio constitucional da não culpabilidade, à formação irreversível do juízo sobre a culpa, motivou o legislador a criar mecanismos sancionadores específicos contra a má-fé processual manifestada por embargos declaratórios.

De acordo com o parágrafo único do art. 538 do CPC/73, quando os embargos de declaração forem *manifestamente* protelatórios, o órgão jurisdicional, após declarar tal fato, deve condenar o embargante a pagar ao embargado multa de até 1% (um por cento) sobre o valor da causa.

Em caso de reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento) e a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do valor respectivo. O depósito prévio do valor da multa condiciona a interposição do outro recurso somente na hipótese de

32-Nesse sentido, o Enunciado n. 23 do II Fórum Permanente de Processualistas Civis, realizado em Salvador, em 2013.

reiteração de embargos de declaração protelatórios, sendo ilegal a referida exigência se o embargante teve *um único* recurso de embargos considerados protelatórios³³.

O § 2º do art. 1.026 do NCPC, por seu turno, aumenta o valor da multa a ser aplicada aos *primeiros* embargos manifestamente protelatórios. De até 1% (um por cento) passa para até 2% (dois por cento).

Além disso, a base de cálculo não será mais “o valor da causa”, conforme previsto no CPC/73, mas, sim, “o valor *atualizado* da causa”, o que é importante, considerando-se o efeito corrosivo do tempo sobre a moeda e a duração média dos processos.

O NCPC não altera o valor da multa a ser aplicada na hipótese de *segundos* embargos de declaração, que permanece sendo de até 10% (dez por cento) sobre o valor *atualizado* da causa. Assim como faz o CPC/73, o NCPC condiciona, na hipótese de reiteração, a interposição de qualquer recurso ao depósito prévio do valor da multa (art. 1.026, § 3º, NCPC).

O NCPC inova, contudo, em relação ao CPC/73, ao dispensar do depósito prévio a Fazenda Pública e o beneficiário da gratuidade da justiça, que deverão recolher ao final (art. 1.026, § 3º, NCPC).

Dispensa-se, note-se bem, o depósito prévio, mas não o pagamento da multa. A insuficiência de recursos não é um escudo protetor de condutas desleais³⁴ nem tampouco os entes de direito público podem atuar à margem da boa fé objetiva.

O CPC/73 é omissivo no que toca à oposição de *terceiros* embargos de declaração. Diante disso, o recorrente com boas condições financeiras, a fim de evitar o trânsito em julgado e a execução da decisão, não raro paga a multa e continua embargando de declaração de forma protelatória, prolongando a marcha processual para além do razoável e causando prejuízos à parte contrária.

Diante disso, Fredie Didier e Leonardo Carneiro da Cunha consideram que “é possível interpretar o CPC [CPC/73] no sentido de que não é possível ao interessado opor, por três vezes sucessivas, embargos de declaração. A segunda oposição abusiva gera a perda do direito de embargar pela terceira vez (é uma preclusão por ato ilícito)”³⁵.

33-Na mesma linha: STJ, Corte Especial, ED no REsp 389.408, Ministro Francisco Falcão, j. 15.10.2008, DJ 13.11.2008.

34-Na jurisprudência, ver, por todos: STJ, Corte Especial, AgRg nos ED no REsp 765.878, Ministro João Otávio de Noronha, j. 07.05.2012, DJ 22.05.2012.

35-DIDIER, Fredie, CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 229.

Acolhendo a doutrina dos referidos autores, o § 4º do art. 1.026 do NCPC determina que não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores tiverem sido considerados protelatórios. Quer isso dizer que os terceiros embargos de declaração, independentemente de serem protelatórios ou não, serão inevitavelmente inadmitidos, porquanto incabíveis, dando lugar à formação da coisa julgada³⁶.

Tem-se, ainda, que a multa prevista para os embargos de declaração protelatórios não pode ser cumulada com aquela outra prevista no art. 81 do NCPC (multa por litigância de má-fé) e aplicada em razão da interposição de recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VII, NCPC). Prevalece, aqui, a especialidade e a proibição de dupla punição pelo mesmo fato (*bis in idem*)³⁷.

Nada impede, porém, a cumulação da multa por embargos de declaração protelatórios com a indenização pelos prejuízos que a parte contrária sofreu em decorrência do ato de litigância de má-fé (art. 81, *caput*, NCPC)³⁸. Aquela tem natureza punitiva; esta, por outro lado, finalidade reparatória. Não há *bis in idem*, dada a finalidade diversa de uma e de outra.

Em todo caso, a decisão que condena o embargante a pagar multa deve ser fundamentada (art. 1.026, § 2º, NCPC). “Manifestamente protelatório” é conceito jurídico *relativamente* indeterminado.

O conceito jurídico indeterminado é, em verdade, *determinável*, porque, em face da situação concreta, ganha determinação. É indeterminado somente quando considerado *abstratamente*, e mesmo assim não completamente. Existe, desse modo, um grau de determinação ou certeza positiva e negativa; é possível dizer o que é manifestamente protelatório (embargar de declaração apenas para impedir o trânsito em julgado) e o que não é (embargar de declaração objetivando o prequestionamento – Súmula, n. 98, STJ). Mas existe uma zona conceitual cinzenta, embaçada, anuviada, representada pela dúvida do que pode ser. Aí, então, faz-se importante a apreciação do caso concreto.

Diante disso, exige-se, no emprego do conceito jurídico indeterminado, a confrontação com o caso concreto (art. 489, § 1º, II, NCPC). É preciso que o órgão jurisdicional revele, com base na situação fática delineada nos autos, em que momento se faz presente o intuito protelatório, sendo nula a decisão

36-Nesse sentido, o Enunciado 361 do IV Fórum de Permanente de Processualistas Cíveis, realizado em Belo Horizonte, de 05 a 07 de dezembro de 2014: “Na hipótese do art. 1.026, § 4º, não cabem embargos de declaração e, casos opostos, não produzirão qualquer efeito”.

37-No mesmo sentido: STJ, Corte Especial, ED no REsp 511.378, Ministro José Arnaldo, j. 17.11.2004, DJ 21.02.2005.

38-No sentido o texto: STJ, 4ª Turma, EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 1.399.242, Ministro Luís Felipe Salomão, j. 04.08.2011, DJE 15.08.2011.

que se limita à reprodução genérica da expressão. Embora a jurisprudência assim já entenda³⁹, é louvável a exigência, que se harmoniza com a sistemática democrática do Novo Código.

8. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E PREQUESTIONAMENTO

Segundo a CRFB, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 102, III) e o recurso especial para o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, III) são cabíveis contra “causas decididas”.

Por “causas decididas”, entende-se a manifestação expressa do juízo recorrido sobre a controvérsia de direito constitucional ou de direito federal discutida no processo. Em outras palavras, para que o STF e o STJ possam verificar o acerto da decisão recorrida, é necessário que o órgão jurisdicional *a quo* tenha, *antes*, efetivamente decidido a respeito da tese jurídica ventilada nos recursos extraordinário e especial. É preciso, como se costuma dizer, esgotar a instância, *questionando previamente* o juízo do qual se recorre sobre a aplicação e interpretação do direito constitucional ou federal. Daí falar-se em *prequestionamento*, que nada mais seria do que “causa decidida” ou decisão a respeito da questão de direito⁴⁰.

Omitindo-se o tribunal sobre a tese jurídica suscitada, franqueia-se à parte interessada a via dos embargos de declaração, a fim de que o órgão jurisdicional decida sobre a questão constitucional ou infraconstitucional federal levantada. A oposição dos embargos de declaração, quando silente o tribunal no acórdão sobre a controvérsia jurídica apresentada, é de rigor, sob pena de não se fazer presente, segundo a interpretação historicamente conferida pelo STF e pelo STJ, o requisito constitucional da causa decidida.

Para o STJ, a simples oposição dos embargos de declaração não é suficiente para configurar o requisito do prequestionamento. Se, mesmo após o julgamento dos embargos de declaração, a omissão remanescer, a parte deve, em seu recurso especial, suscitar a violação do próprio art. 535 do CPC/73. Este deve ser, aliás, o primeiro dos fundamentos do recurso especial⁴¹.

39-STJ, 5ª Turma, REsp 197.346, Ministro Edson Vidigal, j. 18.03.1999, DJ 26.04.1999.

40-Conferir, amplamente: BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, n. 2.1. do Capítulo 11 (livro digital; suporte Kindle).

41-Conforme alertam José Miguel Garcia Medina e Teresa Arruda Alvim Wambier: MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

Reconhecida a omissão do juízo *a quo* e, pois, a violação ao art. 535 do CPC/73, o STJ provê o recurso especial e determina a devolução dos autos para que o tribunal supra a omissão. Sanada a omissão, fica caracterizado o prequestionamento. Entretanto, persistindo a omissão, deve *mais uma vez* a parte opor os declaratórios e, caso rejeitados, suscitar *mais uma vez* no recurso especial a agressão ao art. 535 do CPC/73. Consoante entendimento do próprio STJ, o tribunal superior não poderá, persistindo a omissão, julgar o recurso especial. *Mais uma vez*, será impositivo o retorno dos autos para tentar se extrair manifestação do tribunal recorrido⁴². Este entendimento do STJ está consagrado no Enunciado n. 211 de sua Súmula, que possui o seguinte teor: “inadmissível recurso quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

Por outro lado, o STF tem entendimento menos rígido. O Supremo Tribunal admite o *prequestionamento ficto*, ou seja, basta a mera oposição dos embargos declaratórios, independentemente do suprimento da omissão, para que a Corte possa julgar o recurso extraordinário. Compreende-se, *fictamente*, que, com a oposição dos embargos de declaração, a questão foi decidida (Súmula, n. 356, do STF).

Diante desse quadro, é fácil observar que o entendimento do STJ atrasa o processo, porque, se realmente presente a omissão, terá sido necessária a interposição de um recurso apenas para ter isso reconhecido, sem falar da esdrúxula hipótese de recalcitrância do tribunal de grau inferior, quando, então, mais e mais recursos serão interpostos com a única finalidade de se sanar a omissão.

Pensando nisso, o NCPC prevê inovação que pretende por de volta nos trilhos o procedimento recursal. Eis o teor no novo dispositivo:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

42-O exemplo é real: “RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REJEIÇÃO INDEVIDA DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. 1. Não é lícito ao Tribunal local rejeitar novamente os embargos de declaração, quando a omissão neles apontada já foi declarada pelo Superior Tribunal de Justiça. 2. Resta à instância precedente, nessa situação, acolher os embargos e sanar a omissão”. STJ, 3ª Turma, REsp 604.785/SP, Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ acórdão Ministro Ari Pargendler, j. 20.03.2007, DJ 14.05.2007, p. 279.

Com base no art. 1.025, é possível afirmar, primeiramente, que o Enunciado n. 211 da Súmula do STJ fica superado⁴³. Verificada a omissão sobre a questão jurídica, o STJ *não mais* dará provimento ao recurso especial por violação ao art. 1.022, II, do NCPC (correspondente ao art. 535, II, CPC/73), com o retorno do processo para o tribunal *a quo* para nova decisão. Opostos embargos declaratórios, considera-se, *fictamente*, incluída no acórdão embargado a tese jurídica sobre a qual não se manifestou o órgão jurisdicional, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados⁴⁴. Trata-se de prequestionamento ficto, igual àquele consagrado na Súmula, n. 356, do STF.

Não é de somenos importância a parte final do art. 1.025, que exige, para a integração da questão suscitada no acórdão embargado, a confirmação pelo tribunal superior de que realmente houve erro, omissão, contradição ou obscuridade.

É que pode acontecer, por exemplo, de o embargante inovar nos embargos de declaração, lançando mão de tese jurídica nova, que não recebeu atenção do tribunal *a quo* porque obviamente ela não estava presente no processo no momento do julgamento. Daí a necessidade de o tribunal superior analisar se realmente houve, no exemplo dado, efetivamente omissão do órgão jurisdicional *a quo*⁴⁵.

43-Nesse sentido: TESHEINER, José Maria Rosa; RIBEIRO. Cristiana Zugno Pinto. Recursos em espécie no Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 80.

44-Rafael de Oliveira Guimarães sustenta que o art. 1.025 possui constitucionalidade duvidosa, porquanto viola o preceito da CRFB que exige “causa decidida”, ao considerar fictamente incluído no acórdão o que demanda pelo Texto Constitucional manifestação expressa. Ver: GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 515 e ss. Penso, contudo, que “causa decidida” é conceito que pode ser *conformado* pelo legislador infraconstitucional, como fez o NCPC. Além disso, o prequestionamento ficto, agora previsto com *um único* sentido tanto para o STF como para o STJ, traz segurança jurídica, eliminando antiga divergência que existe entre estas Cortes. Não fosse suficiente, o NCPC estabelece uma presunção legal, como o faz, aliás, o CPC/73 e o NCPC (art.1.035, § 3º), ao presumir em determinadas hipóteses a repercussão geral. Nada obstante, o entendimento incorporado à legislação nova é aquele consagrado pelo STF, tribunal responsável por conferir a última palavra sobre a CRFB. Por fim, relevante é o esgotamento de instância para se inaugurar a jurisdição uniformizadora do STF e do STJ, que, após um juízo de cassação, aplica o direito ao caso concreto, mesmo sem ter havido anterior debate na instância de origem sobre a interpretação ou a aplicação a ser dada.

45- Contra: “Ora, se o Tribunal Superior entender que o acórdão já tinha analisado a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado”. DUARTE, Zulmar. Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 817.

9. CONCLUSÃO

Não raro, vozes, ainda que isoladas, questionam a importância, desmerecem o papel e diminuem as finalidades dos embargos de declaração, entendendo que a supressão deste antigo instrumento não faria falta ao processo civil. É preciso compreender, porém, que os embargos de declaração possuem um nexo de instrumentalidade muito íntimo com importantes garantias fundamentais do processo, a exemplo dos direitos fundamentais à motivação, à inafastabilidade do controle jurisdicional e à razoável duração do processo. O regramento conferido aos embargos de declaração pelo NCPC potencializa o referido recurso, incorpora os bons entendimentos doutrinários e jurisprudenciais e combate, com mais rigor, o mau uso que se possa fazer deles, conforme se tentou demonstrar.

BIBLIOGRAFIA

ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 5. 16. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BONDIOLI, Luis Guilherme Aidar Bondioli. **Embargos de declaração**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil, vol. 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria Geral dos Recursos Cíveis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 16. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

_____; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil. Vol. 2.** 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3.** 12. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DUARTE, Zulmar. Embargos declaratórios: efeito integrativo (prequestionamento virtual). **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. **Embargos de declaração – efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos.** 3. ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Os embargos de declaração no Projeto do CPC. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Leonardo. Embargos de declaração. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** vol. 7, ano 5, jan. a jun. 2011. Disponível em <www.redp.com.br>. Acesso em 14 de março de 2010.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. Atualidades sobre o prequestionamento e as possíveis mudanças provocadas pelo Projeto do Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3.** Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Fredie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recursos e ações autônomas de impugnação**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MILLER, Cristiano Simão Miller. A “contradição externa” como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20793>>. Acesso em: 8/06/2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método; Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Ticiano Alves e. Embargos de declaração e contradição externa. **Revista de Processo**, v. 238, dez. 2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Embargos de declaração e novo entendimento jurisprudencial. **Revista de Processo**, v. 201, nov. 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. A relativização da cláusula de irrecorribilidade dos despachos na oposição de embargos de declaração. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1253, 6 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9251>>.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TESHEINER, José Maria Rosa; RIBEIRO, Cristiana Zugno Pinto. Recursos em espécie no Projeto de um Novo Código de Processo Civil. **Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Vol. 3**. Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes, Freddie Didier Jr., José Miguel Garcia Medina, Luiz Fux, Luiz Henrique Volpe Camargo e Pedro Miranda de Oliveira (org.). Salvador: Jus Podivm, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. Vol. 1**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Embargos de declaração e omissão judicial**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.