

Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil

Estefânia Viveiros

Sumário

1. Introdução. 2. A necessidade de inclusão em pauta dos embargos de declaração. 3. Os embargos de declaração prequestionadores. 4. A não interrupção do prazo dos embargos de declaração apenas no caso de intempestividade. 5. Ausência de efeito suspensivo aos embargos de declaração. 6. O reconhecimento do efeito modificativo aos embargos de declaração. 7. Incabível a renovação dos declaratários se os anteriores foram reconhecidos como protelatários. 8. A vinculação ao depósito da multa para interposição de outro recurso. 9. Ampliação do cabimento dos embargos de declaração: decisão monocrática ou colegiada. 10. Conclusões.

1. Introdução

É indiscutível que hoje o recurso de embargos de declaração tem finalidades múltiplas. Não obstante calcados nos tradicionais vícios de omissão, contradição e obscuridade¹, os declaratários vão além – adaptando-se à interpretação jurisprudencial dos seus únicos cinco artigos sobre o tema no Código de Processo Civil.

¹ “No Brasil, por clara influência portuguesa, os embargos de declaração foram inicialmente consagrados no Regulamento 737, de 1850, que regulamentava a matéria nos arts. 639, 641, 642 e 643. Mencionado Regulamento permitia a oposição dos embargos de declaração sempre que a sentença apresentasse alguma obscuridade, ambigüidade ou contradição, ou em caso de ter omitido algum ponto que deveria ter sido objeto de condenação” (FERNANDES, 2003, p. 21).

Estefânia Viveiros é Doutoranda em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual pelo Mackenzie-SP. Membro do IBDP. Advogada.

A adaptação desse recurso foi tamanha às necessidades jurídicas advindas no dia a dia que hoje se pode dizer que existem os embargos de declaração: i) prequestionadores², ii) com pedido de efeitos modificativos ou infringentes, iii) para corrigir erro de fato; iv) para discutir matéria de ordem pública; v) para corrigir erro material³; enfim, além dos embargos de declaração tradicionais – se assim pode falar –, para corrigir os vícios de omissão, contradição e obscuridade expressamente previstos em lei desde a sua criação.

Essa adaptação dos embargos de declaração ao contorno da interpretação da jurisprudência muito tem a ver com as alterações processuais sofridas. É o caso, por exemplo, do fortalecimento das decisões monocráticas praticadas pelos magistrados (CPC, art. 557), que gerou a discussão acerca da competência do julgamento dos embargos de declaração opostos em face de decisão monocrática, além do cabimento desse recurso diante de decisões interlocutórias proferidas, que até hoje, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal resiste ao seu cabimento, aplicando-se no dia a dia o princípio da fungibilidade recursal⁴. Muitas são

as discussões processuais sobre o tema, mas nesta oportunidade cinge-se a análise das conquistas obtidas para os novos embargos de declaração previstos no Anteprojeto do Código de Processo Civil.

Com a finalidade múltipla e o viés crescente da importância do recurso de embargos de declaração pelos reflexos causados quando da interposição de recursos para os tribunais superiores, e também pelo notório acúmulo de trabalho (leia-se: processos) que permite a todo ser humano cometer alguns equívocos, cobra-se naturalmente muito mais desse recurso, principalmente porque por meio dele se pode alcançar a correção de eventuais erros.

Pois bem. A crescente importância desse recurso pela multiplicidade de objetivos exige regras compatíveis com o seu desenvolvimento. É o caso, por exemplo, da necessidade de sua inclusão em pauta de julgamento, que, embora hoje não prevista em lei⁵, algumas turmas do Superior Tribunal de Justiça têm noticiado no site a data do seu julgamento.

Por outro lado, o ponto crítico é que nem todos reconhecem ainda hoje a amplitude do objeto dos embargos de declaração incorporada pela jurisprudência, sem, contudo, precisar desconfigurar o clássico tripé dos vícios, quais sejam: omissão; contradição e obscuridade. Nessa linha, tem-se o exemplo dos efeitos modificativos até hoje não reconhecido por alguns julgadores⁶, que, ao verem tal pedido, limitam

² O uso dos embargos de declaração com o objetivo de alcançar o pós-questionamento não é corretamente admitido pela jurisprudência do STJ (Cf. EDcl no REsp nº 31.257 – SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 23.05.1994) e esbarra no enunciado da Súmula 211/STJ.

³ (...) “Sabe-se que os embargos de declaração constituem instrumento processual com o escopo de eliminar do julgamento obscuridade, contradição ou omissão sobre tema cujo pronunciamento se impugna pela decisão ou, ainda, de corrigir evidente erro material, servindo, dessa forma, como instrumento de aperfeiçoamento do julgado (CPC, art. 535)” (Cf. EDcl no REsp 1231785/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques DJ de 21.06.2011).

⁴ “Pacífica a jurisprudência desta Corte de que não cabem embargos de declaração contra decisão monocrática do Relator. Desse modo, em observância ao princípio da fungibilidade dos recursos, correta a conversão dos primeiros declaratórios em agravo regimental” (Cf. AI 586841 AgR-ED / DF, Relator Ministro Dias Toffoli, DJ de 22.11.2010. Também no mesmo sentido: AI 764975 ED / RS, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 17.06.2011).

⁵ Cf. PET no REsp 830.577/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 02.03.2011.

⁶ (...) I – Os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida, excepcionalmente, a atribuição de efeitos modificativos quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado; II – Na hipótese dos autos, não tendo ocorrido erro material, omissão, contradição ou obscuridade no acórdão de agravo de instrumento, a simples mudança de entendimento do Tribunal *a quo* a respeito de matéria já apreciada anteriormente não autoriza a atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração; III – Recurso especial provido

a registrar que os embargos de declaração não servem para modificar o julgado e, em outros casos, não é conferido o realce ao caso, julgando-se muitas vezes o recurso de forma genérica e padronizada.

A dificuldade é tamanha que o próprio Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a importância do tema e, principalmente, os reflexos na interposição para o julgamento do recurso especial, emitiu enunciados sumulares para dirimir as questões processuais postas de alcance nacional. É o caso, por exemplo, das Súmulas 98⁷ e 211⁸, ambas do Superior Tribunal de Justiça.

Com tudo isso, percebe-se que o Anteprojeto do Código de Processo Civil vem em boa hora. É peculiar a oportunidade para se resolver definitivamente algumas questões importantes, ainda incertas, que envolvem o recurso de embargos de declaração, hoje reconhecido pela sua imprescindibilidade no sistema processual civil e pela sua importante função desenvolvida no cotidiano forense.

De início, destacam-se no Anteprojeto algumas inovações e aprimoramento sobre o tema, tais como a inclusão em pauta dos embargos de declaração, se eles não forem julgados na primeira sessão subsequente à oposição do recurso (CPC, art. 939); o reconhecimento do recurso de embargos de declaração para fins de prequestionamento da matéria para posterior interposição dos recursos extraordinários (CPC, art. 940); o reconhecimento na produção do efeito modificativo nos embargos de declaração, que permitirá a completa prestação jurisdicional (CPC, art. 937, § único); a previsão, como regra, do recolhimento da multa por oposição dos declaratórios protelatórios

para interposição de outro recurso (CPC, art. 941, §3º); a definição de que o recurso de embargos de declaração não terá efeito suspensivo (CPC, art. 941, *caput*), entre outras inovações processuais, que serão também objeto de análise no presente ensaio.

De um lado, tem-se a criação de novas normas adaptando-se a jurisprudência pátria dos tribunais superiores, afastando por consequência as resistências porventura existentes ainda nos dias atuais sobre algumas questões; e, de outro, alterações legislativas calcadas em novidades processuais, buscando-se a inovação no sistema recursal.

Merecem aplausos as conquistas dos novos embargos de declaração previstos no Anteprojeto, conquanto as inovações processuais tenham sido mencionadas *en passant*, mas se tem uma ideia de que os embargos, encorpados de novas funções, merecem legislação compatível com o atual escopo e importância no sistema recursal.

2. A necessidade de inclusão em pauta dos embargos de declaração

Na sistemática recursal, tem-se que apenas os embargos de declaração e o agravo “regimental” (leia-se: interno) não são incluídos em pauta para julgamento. Neste caso, o julgamento é “em mesa”, cuja expressão se extrai do próprio artigo 537 do Código de Processo Civil, dispensando-se assim a ciência das partes interessadas para a data do julgamento do processo.⁹

Com a multiplicidade das funções dos embargos de declaração, que muito se distancia da sua criação, vê-se naturalmente a necessidade da modificação legislativa

(Cf. REsp 1016848/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ de 14.06.2011).

⁷ Súmula 98/STJ: “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”.

⁸ Súmula 211/STJ: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição dos embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal *a quo*”.

⁹ (...) “É pacífico nos Tribunais Pátrios o entendimento de que não existe previsão legal no sentido da necessidade de inclusão em pauta, intimação das partes ou mesmo de sustentação oral no caso de Embargos de Declaração, na medida em que se cuida de continuação do julgamento já em curso. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes” (Cf. AgRg no HC 167.006/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 31.05.2010).

exigindo a sua inclusão em pauta para que as partes sejam científicas para o acompanhamento do julgamento do recurso, até porque hoje, por força da jurisprudência, permite-se o efeito modificativo¹⁰, o que pode alterar, por consequência, a decisão prolatada anteriormente.

Tal efeito, conhecido como modificativo ou infringente¹¹, é natural a todo e qualquer recurso, o que sinaliza de per si a sua importância. Daí também a necessidade de se prever a inclusão em pauta dos declaratórios para julgamento.

É, com certeza, uma modificação extremamente positiva para os jurisdicionados, não causando nenhuma delonga na pres-

¹⁰ (...) 2. A possibilidade de atribuição de efeitos infringentes ou modificativos aos embargos de declaração sobrevém como resultado da presença dos vícios que ensejam sua interposição. (...) 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para dar parcial provimento ao recurso especial (Cf. EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1063685/RJ, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ de 29.06.2011).

¹¹ O professor Flávio Yarshell distingue os “efeitos modificativos” dos “efeitos infringentes”. Para ele, quando os embargos de declaração são opostos pretende a parte o esclarecimento, a eliminação da contradição ou o suprimento da omissão e, ao contrário, não buscar a alteração direta da decisão. Dessa forma, não se pretende cassar (leia-se “infringir”) a decisão embargada, mas, ao integrar a decisão, notadamente no caso da omissão, dessa integração poderá perfeitamente resultar modificação do ato embargado. Essa modificação no julgado ocorre de forma imediata, ao prover os embargos que eliminou a omissão. Por isso, afirma que isso não autoriza dizer que o efeito modificativo seja apenas “excepcional” porque os embargos de declaração, nesse caso, “são interpostos dentro do caráter ordinário que resulta do comando legal”. Por outro lado, afirma que “situação diversa é aquela em que, pelos embargos de declaração, o embargante pretende direta e imediatamente infringir o julgado. Com efeito, para que seja admitido esse caráter infringente – diverso, a nosso ver, do simples caráter modificativo –, a jurisprudência, em cujo seio consta ter nascido semelhante entendimento, exige que se trata de erro evidente, de tal sorte que a imposição à parte do ônus de recorrer para instância diversa significa algo, a um só tempo, injusto em relação à parte e indesejável para o próprio sistema, ao qual, em casos assim excepcionais e evidentes, interessaria (= será mais útil) a imediata correção do equívoco” (Cf. Yarshell, Luiz Flávio. Ação Rescisória: juízos rescindentes e rescisório, São Paulo, Malheiros editores, 2005, pp. 58 e 59).

tação jurisdicional. Ganham, enfim, todos. As partes e os advogados pela ciência do julgamento do recurso e, administrativa-mente, por aliviarem os seus gabinetes, ao dispensarem a necessidade de se informar a toda sessão se o recurso será ou não julgado, organizando-se inclusive melhor a pauta de julgamento.

A nova redação do Anteprojeto, precisamente no *caput* do artigo 939, deixou claro que, se o recurso de embargos de declaração não for julgado na sessão posterior ao seu protocolo, deverá ser incluído em pauta para julgamento. Com certeza, será difícil-imo o julgamento na sessão posterior ao seu protocolo por razões burocráticas inerentes ao processo, como a necessidade de juntada da petição ao processo, independentemente de ser eletrônico ou físico, e também pelo natural acúmulo de processos. Dessa forma, a inclusão em pauta do recurso será no cotidiano jurídico como se regra fosse, por força das dificuldades inerentes ao processo de se julgar na sessão subsequente ao protocolo, conforme prevê a lei. Nesse caso, a ausência de publicação da pauta gera nulidade do julgamento, como, aliás, acontece de praxe com os demais recursos.¹²

3. Os embargos de declaração prequestionadores

Outra modificação necessária foi reconhecer que os embargos de declaração têm finalidade para se buscar o prequestionamento da matéria.

Essa inovação legislativa encurta muitas discussões ainda hoje sobre o assunto sob diversos ângulos, não obstante as súmulas do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema.¹³

¹² (...) É nulo o acórdão que julga o agravo de instrumento sem que este tenha sido incluído em pauta, com a respectiva publicação. Agravo não provido (Cf. AgRg no AgRg no REsp 661.100/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 09.10.2006).

¹³ No Superior Tribunal de Justiça, tem-se os enunciados de Súmulas de nºs 98 e 211, cujo teor encontra nas notas de rodapé de nº 4 e 5; enquanto

É que, ainda hoje, há a aplicação de multa aos embargos de declaração opostos com a finalidade de prequestionar a matéria. Ora, em muitos casos, os embargos de declaração são essenciais para se buscar o prequestionamento da matéria, requisito constitucional exigido para interposição dos recursos extraordinários. É a hipótese de quando a matéria surge pela primeira vez no julgamento do recurso de apelação ou dos embargos infringentes. Neste caso, torna-se obrigatória a oposição dos declaratórios¹⁴, com a finalidade precípua de prequestionar a matéria, sob pena de não admissibilidade ou conhecimento do recurso especial.

Nesse ponto, aliás, está exatamente a diferença de como o magistrado de primeiro grau e de Tribunal deve proceder ao julgar os embargos de declaração. Ao partir do pressuposto de que não compete ao magistrado responder todas as indagações postas no recurso, já que o importante é julgar os pedidos formulados na inicial, a postura do magistrado de primeiro grau e de tribunal deve ser diferente sob o ângulo de aplicação do artigo 515 e parágrafos do CPC. Veja-se o exemplo. Se a parte arguir três fundamentos integrativos à causa de pedir, compete ao magistrado julgar o pedido analisando um dos fundamentos que por si só é suficiente para o deslinde da causa. Esse é o seu dever como magistrado, mas nada impede que análise compreenda todos os fundamentos, se assim achar conveniente. Esse caso resolve-se com a aplicação do artigo 515 e parágrafos do

no Supremo Tribunal Federal, há a súmula 282 do STF, *verbis*: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

¹⁴ (...) “Se a questão federal surgir no julgamento da apelação, sem que sobre ela tenha o Tribunal local se manifestado, cumpre ao recorrente ventilá-la em embargos de declaração, sob pena de a omissão inviabilizar o conhecimento do recurso por falta de prequestionamento” (Cf. REsp 187.493/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJ de 28.10.2008. Também no mesmo sentido: REsp 331.503/SP, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 25.11.2002).

CPC, que prevê expressamente que poderá o Tribunal analisar os demais fundamentos que não foram apreciados pelo magistrado de primeiro grau, aplicando-se aí o brocardo *tantum devolutum quantum appellatum*.¹⁵

Por sua vez, tal raciocínio não se aplica no Tribunal quando se pretende o prequestionamento da matéria. Daí se torna imprescindível a oposição dos embargos de declaração nos tribunais e o seu julgamento precisa ser completo, neste caso, sob pena de violar o artigo 535 do CPC por incompletude na prestação jurisdicional.

É que se entende por prequestionamento da matéria a questão que foi resolvida pelo tribunal *a quo* e que consta expressamente no acórdão prolatado, extirpando apenas as questões resolvidas no voto vencido, que não são consideradas prequestionadas, por força do enunciado da Súmula nº 320/STJ.

Daí a clara necessidade de o Tribunal *a quo*, além de julgar as questões postas (leia-se: pedidos), enfrentar os fundamentos arguidos no recurso ou na sua resposta, sob pena de ser inacabada a prestação jurisdicional. Nessa linha de raciocínio, competirá ao magistrado enfrentar os fundamentos referentes a cada pedido desde que arguido oportunamente no recurso interposto.¹⁶

É que, se o Tribunal responder aos embargos de declaração opostos que não compete a ele responder cada um dos

¹⁵ “Isto exclusivamente por causa dos dizeres do art. 515, §§1º e 2º, que, ao estabelecerem amplo espectro de devolutividade ao recurso de apelação, ‘dispensam’ o juiz, numa certa medida, de incluir na decisão elementos que não terão sido levados em conta por ele como base da parte dispositiva da sentença” (WAMBIER, 2005, p. 381).

¹⁶ É o clássico exemplo de ação de indenização por batida de carro e nela arguir que a culpa do réu se deu por embriaguez, por ultrapassar o semáforo vermelho e ainda por excesso de velocidade. Neste caso ilustrativo, tem-se um pedido de indenização calcado na culpa que dela decorrem três distintos fundamentos. Se o Tribunal analisar apenas um dos fundamentos para julgar procedente o pedido, ficará o STJ restrito a analisar o único fundamento enfrentado pelo tribunal *a quo*, já que os outros dois fundamentos não foram apreciados pelo tribunal, não preenchendo o imprescindível requisito do prequestionamento.

argumentos postos, resta ao jurisdicional interpor recurso especial com base na alínea “a” do permissivo constitucional, alegando-se violação ao artigo 535 do CPC por deficiência na prestação jurisdicional.

Há outros exemplos. É o caso de quando a matéria foi suscitada oportunamente no recurso de apelação ou nas suas respectivas contrarrazões e o Tribunal, ao julgar o recurso, silencia acerca da questão. Também nesse caso a oposição dos embargos de declaração se torna imprescindível sob pena de não prequestionamento da matéria. Se o Tribunal insistir em não analisar a matéria, caberá à parte interpor recurso especial e nele alegar a violação ao artigo 535 do CPC, por incompletude da prestação jurisdicional.

Observe-se que, nos embargos de declaração, não se pode arguir matéria que não fora objeto de recurso anteriormente interposto sob pena de se configurar o pós-questionamento. Não servem, pois, os embargos de declaração para tal fim.

Enfim, com esse novo direcionamento legislativo, elimina-se o enunciado da Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça, que demonstrou claramente que os embargos de declaração podem servir para buscar o prequestionamento da matéria, encaixando-se assim no vício da omissão.

Percebe-se, portanto, que, em grande parte, o recurso especial será interposto com alegação preliminar de violação ao artigo 535 do CPC, pleiteando a anulação do acórdão proferido pelo tribunal recorrido para que se profira outro acórdão respeitando a inteireza na prestação jurisdicional.

Pois bem. A inovação legislativa vem exatamente evitar o vai e vem de processos por imperfeições na prestação jurisdicional nesses casos de oposição de embargos de declaração perante os tribunais de segundo grau. Prevê o artigo 940 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, *verbis*: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos, caso o

tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade”.

É pela primeira vez que a lei reconhece que o prequestionamento pode ser objeto de embargos de declaração, que pela redação inovadora admite a inclusão no acórdão das questões suscitadas no recurso de embargos de declaração, mas desde que exista realmente um dos três vícios dos embargos de declaração, quais sejam: omissão; obscuridade e contradição.

Dessa inovadora redação extraem-se muitas consequências processuais, ainda que indiretas, principalmente com relação ao recurso especial que exige o prequestionamento da matéria para ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O primeiro ponto é o reconhecimento pela legislação de que os embargos de declaração realmente têm a finalidade de prequestionar a matéria desde que obviamente as questões tenham sido arguidas oportunamente no recurso anterior ou nas suas contrarrazões (leia-se: tribunal de segundo grau) para, enfim, configurar a omissão alegada. Esse reconhecimento já ocorria pela jurisprudência dos Tribunais superiores, sem grandes controvérsias, embora ainda existisse alguma resistência nos tribunais de segundo grau¹⁷. Com essa nova redação, reconheceu-se também que, para fins de prequestionamento, pode-se alegar qualquer um dos três vícios e não apenas o da omissão, costumeiramente arguido para tal finalidade.

Também há inovação na expressão “elementos” referindo-se a toda matéria que fora objeto de embargos de declaração, que pela leitura deste artigo quis demonstrar

¹⁷ (...) Da análise da petição dos embargos de declaração opostos perante a Corte de origem, constata-se que eles foram opostos com a finalidade de prequestionar o art. 78, §2º, do ADCT, não havendo que se falar em intuito protelatório. Incide, na hipótese, a Súmula nº 98 desta Corte, *verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório” (Cf. REsp 1251992/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ de 14.06.2011).

amplitude da matéria ali arguida. É, com certeza, também a primeira vez do uso dessa expressão (leia-se: “elementos”), que muitas vezes se fala em “questões” postas, interpretando-se também amplamente a expressão.

O objetivo deste artigo é incluir na moldura do acórdão recorrido todos os “elementos” postos no recurso de embargos de declaração que não foram resolvidos pelo Tribunal de segundo grau. É que a inclusão dessas questões no acórdão recorrido por si só configura o prequestionamento, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha excluído dessa moldura do acórdão recorrido as considerações feitas no voto vencido, emitindo-se inclusive o enunciado da Súmula nº 320, *verbis*: “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Com certeza, a inovação ao artigo 940 do Anteprojeto do CPC trará uma grande contribuição para reincluir como matéria prequestionada a matéria abordada nos votos vencidos, o que é bastante justo, ao possibilitar o Superior Tribunal de Justiça, diante do quadro fático delineado no acórdão recorrido, aplicar a melhor interpretação da legislação infraconstitucional, principalmente por competir ao Tribunal a uniformização de jurisprudência no âmbito nacional.

Também a inovação deste artigo elimina a possibilidade de anulação do acórdão recorrido por incompletude na prestação jurisdicional, economizando-se tempo, e delegando ao Superior Tribunal de Justiça a análise da violação ao artigo 535 do CPC. Se caracterizada tal violação, competirá ao STJ considerar a matéria arguida nos embargos de declaração como efetivamente prequestionada. É como se a matéria suscitada nas razões dos embargos de declaração fizesse parte da moldura do acórdão recorrido. De outro lado, se não restar violado o artigo 535, que, com o novo Código de Processo Civil, será o correspondente ao artigo 937, é porque o recorrente buscou nos embargos

de declaração o pós-questionamento da matéria, o que não é admitido pela jurisprudência do próprio STJ.

Por sua vez, essa inovação traz uma grande economia de tempo porque elimina a possibilidade de retorno do processo para novo julgamento dos embargos de declaração pelo Tribunal de segundo grau, que, muitas vezes, não sana as omissões alegadas oportunamente pelas partes. O encurtamento de tempo está em evitar que o processo retorne ao tribunal para anular o seu acórdão, proferindo-se novo julgamento, para, quando da interposição de novo recurso especial, retornar ao Superior Tribunal de Justiça, que apreciará o mérito do recurso, na hipótese de ultrapassar a barreira da admissibilidade.

É, *mutatis mutandis*, o mesmo raciocínio ao se aplicar os parágrafos do artigo 515¹⁸ do CPC pelo Superior Tribunal de Justiça.

Isso tudo também evita a renovação dos embargos de declaração por persistir a omissão pelo tribunal, ao julgar os primeiros embargos de declaração.

Outro ponto extremamente positivo nas alterações legislativas diz respeito à abrangência do prequestionamento da matéria julgada pelo Tribunal *a quo*, por reincluir as discussões no voto vencido como matéria prequestionada. Ora, o voto vencido integra o acórdão, o que por si só torna-se razoável, como sempre foi até a emissão da referida súmula, que toda matéria ali posta seja

¹⁸ CPC, artigo 515. “A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. §1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro. §2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais. §3º No caso da extinção do processo sem julgamento de mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento. §4º Constatando a ocorrência de nulidade sanável, o tribunal poderá determinar a realização ou renovação do ato processual, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá o julgamento da apelação.”

considerada devidamente prequestionada. Com essa nova redação, elimina-se o enunciado da Súmula 320 do STJ por ser contrária à nova norma do Anteprojeto do CPC.

Por fim, vê-se que o artigo 940 do Anteprojeto do CPC utilizou a expressão “admitidos” para registrar que, conquanto não forem admitidos os embargos de declaração, os elementos postos neste recurso podem ser considerados prequestionados desde que o STJ verifique a existência de um dos três vícios previstos em lei. Há, nesse ponto, que se fazer uma observação. Melhor seria incluir também a expressão “desprovidos”, que se refere ao mérito do recurso e, no caso dos declaratórios, refere-se ao tripé dos vícios. Da forma posta, a interpretação poderá ser restritiva relacionando-se apenas à admissibilidade do recurso, o que geraria uma incongruência legislativa.

Enfim, o avanço nessa alteração legislativa foi inovador e muito bem-vindo por dar um grande passo nas questões referentes aos embargos de declaração e ao prequestionamento, tanto pelo seu reconhecimento legislativo, quanto pela possibilidade de o STJ admitir os elementos postos nos embargos de declaração como matéria prequestionada, na hipótese de restar caracterizada a violação ao artigo 535 do CPC por incompletude da prestação jurisdicional.

4. A não interrupção do prazo dos embargos de declaração apenas no caso de intempestividade

É importante a modificação trazida no Anteprojeto do Código de Processo Civil quanto à interrupção do prazo recursal na oposição dos embargos de declaração.

Deixa claro o artigo 941, *caput*, do Anteprojeto que a oposição dos embargos de declaração gera a interrupção do prazo para os demais recursos, alcançando ambas as partes. Isso significa dizer que a parte que não apresentou os embargos de declaração também é alcançada pela prerrogativa da interrupção do prazo recursal. Essa,

portanto, é a regra. O referido artigo faz expressamente uma única ressalva à não interrupção do prazo, que é a intempestividade dos embargos de declaração.

Essa previsão legislativa vem em boa hora. É que a redação atual do Código de Processo Civil (CPC, art. 538, *caput*¹⁹) limitou-se a registrar que a oposição dos declaratórios interrompe o prazo para os demais recursos, sem, contudo, apontar nenhuma exceção à regra. No entanto, a jurisprudência, ao interpretar o referido artigo, entendeu que a intempestividade dos embargos de declaração não interrompe o prazo para nenhuma das partes, competindo ao embargado ficar atento ao cumprimento do prazo pelo embargante, por ser, na verdade, um dos requisitos objetivo ou extrínseco recursal de fácil percepção por não exigir nenhuma carga subjetiva. A única observação que precisa ser feita é a aplicação do artigo 191²⁰ do CPC, que permite o uso do prazo em dobro se houver litisconsórcio com advogados diferentes e ocorrer sucumbência²¹. Nesse caso, embora a lei não tenha expressamente feito a ressalva, pode-se concluir que é algo natural e inerente a todos os recursos a tempestividade, cujo descumprimento gera preclusões e, obviamente, a não interrupção do prazo recursal.

Pois bem. No dias atuais, há julgados, aqui e acolá, ampliando as hipóteses de não interrupção de prazo quando os embargos de declaração forem considerados protelatórios²², ou ainda quando eles apre-

¹⁹ “Os embargos de declaração interrompem o prazo para interposição de outros recursos, por qualquer das partes.”

²⁰ CPC, art. 191: “Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhe-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

²¹ Cf. EDcl no AgRg no Ag 575.972/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), DJ de 28.10.2008.

²² PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais, inclusive as

sentarem defeito na regularidade formal²³. Esse raciocínio gera grande insegurança jurídica para as partes pelo fato de que, para a caracterização de recurso protelatório, exige-se a análise de conteúdo com toque de subjetividade do julgador, o que torna impossível a análise pelo embargado²⁴. Ora, se os declaratórios forem considerados como protelatórios, a sanção imposta pela lei é a aplicação de multa²⁵ e não a falta de interrupção do prazo²⁶, ainda mais agora

interlocutórias (ERESP 159317/DF, CE, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 26.04.1999). 2. Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração (Precedentes: REsp 768526/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 11/04/2007; REsp 762384/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 19.12.2005; REsp 643612/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ 26/09/2005; REsp 590179/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ 13.02.2006). 3. *In casu*, trata-se de embargos de declaração interpostos em face de decisão interlocutória proferida por juízo de primeira instância. Rejeitados os embargos e interposto agravo de instrumento, o Tribunal de origem entendeu que os embargos protelatórios não tinham o condão de interromper o prazo recursal, razão pela qual não conheceram do agravo de instrumento por serem intempestivos. 4. Recurso especial a que se dá provimento (Cf. REsp 1074334/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 20.04.2009).

²³ (...) “A oposição na instância especial de embargos declaratórios subscritos por advogado sem procuração nos autos não interrompe o prazo para a interposição de outros recursos, porquanto considerado inexistente, à teor da Súmula 115/STJ” (AgRg nos EREsp 594.218/SP, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 8.11.07). Agravo Regimental improvido (Cf. AgRg nos EDcl no Ag 1037959/PR, Rel. Ministro Sidnei Beneti, DJ 19.12.2008).

²⁴ Tal raciocínio também se aplica à falta de regularidade formal dos embargos de declaração.

²⁵ Em 1994, com a Lei nº 8.950/94, agravou-se a punição para aquele que usasse os embargos de declaração com a finalidade protelatória, ao acrescentar no parágrafo único do artigo 538 a possibilidade de elevação da multa a até 10% do valor da causa, na hipótese de reincidência do recurso. Esclarece Luiz Eduardo Simardi que “esse agravamento foi o meio que encontrou o legislador para frear o uso dos embargos de declaração com o único propósito de retardar a marcha do processo” (FERNANDES, 2003, p. 42).

²⁶ (...) “Os embargos de declaração tempestivamente apresentados, ainda que rejeitados, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos,

com a redação do §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, que atrela o depósito da multa para interposição de outro recurso.

E nem poderia ser diferente porque não compete ao intérprete impor à parte sanção – ônus que a lei não prevê, até por que “as regras que impõem sanção ou ônus às partes devem ser interpretadas restritivamente” (MEDEIROS, 2007, p. 17).

Ora, se a lei prevê que a oposição dos embargos de declaração por si só gera a interrupção do prazo para ambas as partes, não compete ao intérprete acrescentar as hipóteses que afastariam a interrupção desse prazo, acarretando-se insegurança e prejuízos às partes que não podem interpor o recurso subsequente por ser considerado intempestivo. Se assim não for, resta configurada a incerteza jurídica, causando surpresas processuais inadequadas e contrárias à própria lei.

Conclui-se, portanto, neste particular, que a nova redação conferida pelo §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil é extremamente benéfica por eliminar qualquer dúvida acerca da interrupção do prazo quando da oposição aos embargos de declaração, ao apontar claramente que a única exceção à não interrupção desse prazo é a intempestividade dos embargos de declaração.

5. Ausência de efeito suspensivo aos embargos de declaração

A regra nos recursos é que todos eles detêm efeito suspensivo²⁷. A exceção ocorre quando a própria lei retira expressamente esse efeito, como fez com o recurso especial e o recurso extraordinário (CPC, art.

porquanto a pena pela interposição do recurso protelatório é a pecuniária e não a sua desconsideração” (Cf. REsp 1.074.334/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ de 20.04.2009).

²⁷ É o que ensina Nelson Nery Junior (2004, p. 448): “No sistema recursal do Código de Processo Civil brasileiro, a regra é o recebimento dos recursos nos efeitos suspensivo e devolutivo”.

542, §2º), algumas hipóteses no recurso de apelação (CPC, art. 520, I a VII) e o agravo de instrumento (CPC, art. 527, III).

No caso dos embargos de declaração, nada prevê a lei e, aplicando-se a regra geral, que os recursos têm efeito suspensivo, exceto quando a própria lei retira expressamente esse efeito, pode-se concluir então pela sua existência no caso dos embargos de declaração, impedindo assim a imediata execução do julgado.

Contudo, o tema traz divergências, dividindo-se a doutrina.

Um das correntes sustenta a existência de efeito suspensivo aos embargos de declaração pelo simples fato de a lei ter silenciado a respeito, o que faz aplicar a regra geral do efeito suspensivo aos recursos. Agrega-se a esse fundamento o fato também de que a presença de um dos três clássicos vícios na decisão impediria o seu cumprimento. Ora, se a decisão atacada pela via dos embargos de declaração ainda não está perfeita e acabada, até porque a decisão dos declaratórios integra a anterior como se fosse uma única decisão, não se teria como “executar” a decisão embargada.

Nessa linha de raciocínio, Humberto Theodoro (2001, p. 85) sustenta que os embargos de declaração têm efeito suspensivo, *verbis*: “Uma vez, pois, que o Código de Processo Civil não priva os embargos de declaração, por regra alguma, da natural eficácia suspensiva, urge reconhecê-la, como decorrência natural e lógica do sistema recursal adotado por nosso direito positivo. (...) Aliás, mais do que qualquer outro recurso, os embargos de declaração não podem prescindir da força de suspender a decisão impugnada. Sua própria índole é a de aperfeiçoar o ato judicial que, como está, se revela lacunoso, contraditório ou impreciso, tornando-se, por isso, de difícil compreensão e de perigosos resultados práticos”.

De outro lado, a outra corrente sustenta que a atribuição do efeito suspensivo irá depender do recurso interposto anteriormente por ser inadmissível, por exemplo,

atribuir esse feito aos declaratórios quando o magistrado julga monocraticamente o recurso especial. É que, se não há efeito suspensivo ao especial, muito menos haveria nos declaratórios opostos dessa decisão porque criaria uma incongruência jurídica. Neste aspecto, para se saber se o recurso tem ou não o efeito suspensivo, dependerá se o recurso interposto anteriormente for detentor desse efeito suspensivo. Considerando que a regra dos recursos é pelo efeito suspensivo, exceto quando a própria lei retira expressamente tal efeito, tem-se que geralmente os embargos de declaração também serão objeto de efeito suspensivo.

Por fim, a outra corrente sustenta que o papel dos declaratórios não permite a atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Não obstante se busque a integração da decisão, como regra, nada impede que se inicie a execução da parte da decisão que foi integralmente compreendida. Nesse sentido, aliás, é o posicionamento de Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 85), *verbis*: “(...) não parece correto concluir que todo e qualquer recurso de embargos de declaração tempestivo teria aptidão de obstar a eficácia da decisão. Isto certamente geraria a reação indesejada de todas as decisões imediatamente eficazes, porque sujeitas a um recurso próprio sem efeito suspensivo, serem embargadas!”

Pois bem. Traz o Anteprojeto do Código de Processo Civil, no seu artigo 941, *caput*, a inovação clara de que o recurso de embargos de declaração não é dotado de efeito suspensivo. Essa, portanto, passa a ser a regra. Nada impede que a parte interessada ajuíze medida cautelar para obter o efeito suspensivo ao recurso interposto ou até se utilize de simples petição requerendo o efeito com base no artigo 273 do Código de Processo Civil. Desse modo, percebe-se que ganha força a cada dia a execução imediata do julgado consubstanciada na execução provisória.

Com tudo isso, coloca-se uma pá de cal em muitas discussões acerca do assunto, até porque, embora ainda hoje previstos os

mesmos vícios dos embargos de declaração, vê-se claramente a ampliação do objeto deste recurso por interpretação jurisprudencial, distanciando-se dos clássicos declaratórios, cuja utilização se dava tão somente em casos excepcionalíssimos e não, como nos dias de hoje, de forma usual ou recorrente.

Contudo, essa previsão traz reflexos imediatos no julgamento de recurso de apelação pelos Tribunais de segundo grau e, por consequência, ao Superior Tribunal de Justiça. É que, com a publicação da decisão (leia-se: no caso, acórdão), que deve ser feita em até dez dias, segundo a meta quatro do Conselho Nacional de Justiça²⁸, poderá iniciar-se a execução provisória do julgado, atraindo-se, portanto, a competência para esses tribunais de eventuais pleitos de efeito suspensivo. Por sua vez, a competência para o Superior Tribunal de Justiça para se atribuir efeito suspensivo só se inicia com a interposição de recurso especial, por força da interpretação do parágrafo único do artigo 800 do CPC²⁹. Conquanto a previsão legislativa, a jurisprudência do STJ sobre o tema se inclina para que o início da competência do STJ só se daria após a realização do primeiro juízo de admissibilidade do recurso especial³⁰.

²⁸ Segundo o Conselho Nacional de Justiça, “o grau de cumprimento da meta 4 será alcançado pela quantidade do número total de acórdãos publicados mensalmente em até 10 dias após a data da sessão de julgamento (naquele mês), dividida pela quantidade de acórdãos do mês. Se o resultado obtido com a divisão for igual a 1, a meta será considerada cumprida” (fonte: www.cnj.jus.br).

²⁹ CPC, parágrafo único, art. 800: “Interposto o recurso, a medida cautelar será requerida diretamente ao tribunal”. Súmula 634 do STF: “Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem”. Súmula 635 do STF: “Cabe ao Presidente do tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade”.

³⁰ (...) “Nos termos das Súmulas nºs 634 e 635 do Excelso Pretório, aplicadas por analogia, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça conhecer de medida cautelar que tenha por objetivo a concessão de efeito suspensivo a recurso especial ainda pendente de juízo

de admissibilidade do recurso especial e a sua análise do juízo de admissibilidade, principalmente se o processo não for eletrônico ainda, quando se encontra na iminência de cumprimento de sentença. É que o percurso engloba desde autuação, intimação do recorrido para apresentar contrarrazões, vista ao Ministério Público, concedida em alguns Estados, até, finalmente, análise do primeiro juízo de admissibilidade do especial.

Com certeza, essa alteração legislativa mudará muito os rumos para se postular efeito suspensivo, quando ainda pendentes de julgamento os embargos de declaração perante o tribunal de segundo grau. Por outro lado, não se pode esquecer hoje da simplicidade de se postular o efeito suspensivo com base no artigo 273 do CPC, desde que preenchidos obviamente os seus requisitos.³¹

Com tudo isso, caminha o Código de Processo Civil para retirar o efeito suspensivo dos recursos, prestigiando-se cada vez mais as decisões de segundo grau, que hoje, muitas vezes, estão atreladas às decisões das Cortes Superiores quando se trata de julgamentos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça e de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, além da força

de admissibilidade no Juízo *a quo*, sendo certo que, nesse caso, a competência para deliberar acerca do pedido cautelar pertence ao Presidente do Tribunal de origem” (Cf. AgRg na MC 16.696/GO, Rel. Ministro Og Fernandes, DJ de 22.11.2010).

³¹ “Por tudo o quanto se disse, parece que o efeito suspensivo dos embargos de declaração deve decorrer de uma única circunstância que é o pedido expresso formulado pela parte fundada na impossibilidade real de que a decisão seja cumprida ou na possibilidade de integral alteração da decisão em virtude do acolhimento dos embargos. Não se deve entender, em nosso sentir, que a interposição dos embargos de declaração, por si só, geraria a cessação dos efeitos da decisão. Em face da perspectiva de não poder cumprir a decisão impugnada, deve o próprio embargante formular pedido de que ao seu recurso seja atribuído efeito suspensivo. E, por certo – até mesmo para que haja utilidade no pedido de suspensão dos efeitos formulado –, deferido o pedido, os efeitos deste deferimento reportar-se-ão ao momento da interposição dos embargos de declaração” (WAMBIER, 2005, p. 87).

dos enunciados sumulares e da jurisprudência dominante, cujo binômio permite o julgamento monocrático dos processos pelos tribunais de segundo grau.

6. O reconhecimento do efeito modificativo aos embargos de declaração

Os clássicos efeitos impressos aos recursos são o devolutivo e o suspensivo. Novamente, os embargos de declaração apresentam peculiaridades nesse ponto. É que a regra do efeito recursal para os declaratórios é o efeito integrativo, já que, com a oposição dos declaratórios, busca-se, em regra, complementar, esclarecer, integrar a decisão embargada, tornando-se uma única decisão judicial mais completa pelas eventuais correções. Esse efeito (leia-se: integrativo) é exclusivo dos declaratórios, o que, por sua vez, poderia afastar naturalmente os efeitos modificativos. Daí ainda no dia de hoje muitos magistrados, julgando os declaratórios, sustentarem a vedação no efeito modificativo por meio desse recurso ou admiti-lo só em casos excepcionais.³² Não é porque o efeito integrativo seja a regra que se possa afastar a incidência dos efeitos clássicos – devolutivo³³ e suspensivo³⁴ – aos embargos de declaração. É que, em algumas ocasiões, o efeito integrativo cede lugar para o efeito modificativo permitido legalmente pelo Anteprojeto do Código de Processo Civil.³⁵

³² Cf. REsp 1016848/MT, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ de 14.06.2011.

³³ Admitindo-se o efeito devolutivo nos embargos de declaração, que embora não provoque a manifestação de órgão superior, a matéria é devolvida para nova apreciação ao Poder Judiciário, citem-se: Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 74); Luis Eduardo Fernandes (2003, p. 56); Nelson Nery Junior (2004, p. 436); Sonia M. H. de Almeida Baptista (1993, p. 49-50).

³⁴ O Anteprojeto do Código de Processo Civil, precisamente no seu artigo 941, *caput*, retirou expressamente efeito suspensivo, que era discutível, dos embargos de declaração, *verbis*: “Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo e, salvo quando intempestivos, interrompem o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes”.

³⁵ A expressão “eventual” consta expressamente do parágrafo único do artigo 937 do Anteprojeto e

Ocorre que na nova feição dos embargos de declaração naturalmente impera o efeito modificativo, como no caso de correção do vício de omissão. Com certeza, a modificação ocorrerá no julgamento dos embargos de declaração, ao sanar o vício da omissão e em muitos outros casos. Daí a necessidade de ultrapassar essa barreira dos embargos de declaração, reconhecendo a sua finalidade também de produzir “eventual” efeito modificativo, como, aliás, já decidiu o Supremo Tribunal Federal, recomendando-se que, para se implementar o efeito modificativo ao recurso, exige-se, por força do princípio do contraditório, que o embargado seja intimado para se manifestar acerca desse recurso. Nesses moldes, evita-se a indesejável, e hoje reconhecida ilegalidade, na surpresa processual, alterando-se julgados sem a participação da outra parte.

É de se reconhecer que, neste ponto, o direito processual trabalhista está à frente do direito processual civil pela previsão, no artigo 897-A³⁶ da Consolidação das Leis Trabalhistas, que autoriza expressamente a concessão de feitos modificativos nos embargos de declaração.

Pois bem. É uma forma de reconhecer que, além do efeito integrativo ínsito aos declaratórios, tem-se também o efeito devolutivo e, eventualmente, por não ser regra, o efeito modificativo, sendo que, neste caso, torna-se imprescindível a oitiva do embargado por força do princípio constitucional.

pode ser interpretada de dois modos. O primeiro é que o efeito modificativo não pode servir como regra do recurso de embargos de declaração, não perdendo lugar então para o efeito integrativo. E a segunda observação é o reconhecimento inovador da legislação à possibilidade de se produzir efeito modificativo neste recurso já que, ainda nos dias de hoje, alguns magistrados demonstram resistência para reconhecer a produção deste efeito.

³⁶ CLT, art. 897-A: “Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de cinco dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo da decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso”.

Tal observação consta de forma inovadora pela primeira vez no Código de Processo Civil, precisamente no parágrafo único do artigo 937 nos seguintes termos: “Eventual efeito modificativo dos embargos de declaração somente poderá ocorrer em virtude da correção do vício, desde que ouvida a parte contrária no prazo de cinco dias”.

Chegou também em boa hora essa inovação legislativa. Em 2003, Luis Eduardo Simardi Fernandes já rechaçava aqueles que admitiam apenas de forma excepcional o efeito modificativo. Ensina ele que “(...) esses efeitos modificativos haverão de se fazer presentes não apenas em casos excepcionais – como dizem alguns, na tentativa de impor barreiras a essa possibilidade –, mas sim sempre que essa modificação do julgado for consequência, natural e necessária, do conhecimento e julgamento do recurso sob exame”. E complementa que “terá de esclarecer ou complementar a decisão, ou então corrigir o erro. E, ao agir dessa forma, poderá se deparar com situação que exija a reforma da decisão, como consequência da correção do vício. Nessas hipóteses, não poderá hesitar, e deverá modificar tudo aquilo que for necessário para garantir a clareza, a precisão e a complementação da decisão”. “(...) Caso Contrário, ficaria de mãos atadas e não teria como sanar o vício” (FERNANDES, 2003, p. 156-157).

A inovação legislativa está exatamente na necessidade de oitiva do embargado na hipótese de o recurso de embargos de declaração produzir efeito modificativo. É o legislador adaptando a legislação à uníssima jurisprudência amadurecida pelas Cortes Superiores.³⁷

³⁷ Cf. (...) “1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que atribuição de efeitos modificativos aos embargos de declaração demanda a intimação prévia do embargado para apresentar impugnação, sob pena de ofensa aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Precedentes” (Cf. AgRg no Ag 1179308/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJ de 16.08.2010).

7. Incabível a renovação dos declaratórios se os anteriores foram reconhecidos como protelatórios

Não há limites para oposição dos embargos de declaração nos dias atuais, desde que presentes os vícios apontados ou quando da prolação da nova decisão surjam novos vícios. Tanto não existem limites na oposição dos declaratórios que o legislador incluiu a possibilidade de aplicação da multa se for caracterizado recurso protelatório. Pode-se dizer que, à época, foi uma limitação do seu uso de forma inversa, já que esta multa era peculiar aos embargos de declaração.

Tal raciocínio não se aplica mais nos dias de hoje, até porque a multa por litigância de má-fé aplica-se a todos os recursos e não pode ser vista como limitação a interposição de recurso, mas tão somente ao uso correto do recurso, principalmente atualmente, para que se possa respeitar a jurisprudência dominante, enunciados sumulares, julgamentos repetitivos e a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

Pois bem. O Anteprojeto do Código de Processo Civil, no seu parágrafo segundo do artigo 941³⁸, traz uma inovação, ao limitar a interposição dos embargos de declaração se o antecedente for reconhecido como protelatório. Isso demonstra que eventual discussão acerca da correção ou não da aplicação da multa por protelatórios caberá a outro Tribunal ou, no caso dos embargos infringentes, a outro órgão.

Não caberá, pois, a quem aplicou a multa revisar o seu próprio ato, já que, por força de competência legislativa, há o deslocamento do processo para o tribunal ou outro órgão, a depender do recurso a ser interposto. Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que se economiza tempo do percurso do processo, principalmente em se tratando de embargos de declaração que

³⁸ “Não serão admitidos novos embargos declaratórios, se os anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

pelo seu manejo já obteve a sua finalidade. Explica-se: se o Tribunal negar provimento aos embargos de declaração, aplicando-se a multa, competirá ao recorrente interpor recurso especial alegando-se violação ao artigo 535 do CPC por negativa de prestação jurisdicional e, também, violação ao artigo 538 do CPC, por ser indevida a multa quando se opõe o recurso de embargos de declaração com o intuito de prequestionar a matéria, nos moldes da Súmula 98/STJ.

Correta, portanto, a limitação a interposição de outro recurso, no caso embargos de declaração, se o recurso antecessor for intitulado de protelatório³⁹, por encurtar a duração do processo e deslocar a competência do feito para discutir eventual equívoco na aplicação da multa e na deficiência na prestação jurisdicional para outro tribunal ou órgão.

8. A vinculação ao depósito da multa para interposição de outro recurso

A aplicação da multa imposta pelo caráter protelatório recursal não se encontra adequadamente sistematizada no Código de Processo Civil, inclusive no que se refere também aos embargos de declaração, que, não obstante tenha sido inovadora a sua previsão, difere das demais normas previstas no Código.

Veja-se. Os valores da multa são díspares. Nos declaratórios, a previsão é de 1% sobre a condenação (CPC, § único do art. 538); enquanto no agravo interno, a multa pode ser aplicada de 1% ao décuplo (CPC, §2º do art. 557). Nas demais espécies de recursos, não há previsão específica de multa por protelação, remetendo-se a aplicação da regra geral dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil.

³⁹ Esclarece-se, por oportuno, que não seria correto falar em primeiro recurso e segundo recurso pelo simples fato de que a aplicação da multa poderá ocorrer nos segundos embargos de declaração e a proibição da renovação deste recurso atingiria a oposição dos embargos de declaração pela terceira vez.

Pois bem. Além dos valores diferentes na aplicação da multa pelo mesmo ato praticado (leia-se: protelatório), tem-se hoje que o condicionamento do pagamento da multa para interposição de outro recurso só ocorre excepcionalmente e não, como regra, como deveria ser por exigir previsão legislativa que condiciona a interposição de recurso ao depósito do valor da multa. No caso dos embargos de declaração, a sua reiteração eleva a 10% o valor da multa e, também, o seu depósito é requisito de admissibilidade do recurso subsequente interposto. Sem a comprovação do depósito da multa, o recurso interposto não ultrapassará a admissibilidade do recurso⁴⁰. A discussão jurídica acerca da correção ou não da aplicação da multa só poderá ser objeto de discussão com o seu depósito. Contudo, essa condicionante, ou, se preferir, esse requisito intrínseco de admissibilidade recursal, não está prevista nos artigos 17 e 18 do CPC, mas tão somente no capítulo do recurso do agravo interno (CPC, art. 557, §2º)⁴¹, que, na esteira da interpretação literal, tal penalidade pelo uso do recurso protelatório refere-se exclusivamente ao agravo interno. Por isso o registro da falta de sistematização de um assunto tão importante à escorreta prestação jurisdicional, já que o objetivo dessa norma é evitar a proliferação de recursos meramente procrastinatórios.

⁴⁰ AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. NÃO CONHECIMENTO. Inexistindo nos autos comprovação do recolhimento da multa aplicada em razão de embargos manifestamente protelatórios, o novo recurso não merece conhecimento por ausência de pressuposto recursal objetivo, nos termos do artigo 538, parágrafo único, do CPC. 2. Agravo regimental não conhecido (AgRg nos EDcl no REsp nº 1.028.212/RS Relator Ministro Fernando Gonçalves. DJ de 19.10.2009).

⁴¹ §2º: “Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

Daí as boas-vindas para a previsão legislativa, que, como regra, vincula o depósito da multa para interposição de qualquer outro recurso, dispensando a necessidade de reiteração do recurso protelatório para só então exigir o depósito da multa. É, aliás, o que se depreende do §3º do artigo 941 do Anteprojeto do Código de Processo Civil, *verbis*: “a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do valor de cada multa, ressalvados a Fazenda Pública e os beneficiários da gratuidade de justiça”.

Com certeza, pode-se afirmar que é um grande avanço. Contudo, o ideal seria a modificação dos artigos 17 e 18 do Código de Processo Civil, que, por serem regra geral, aplicam-se aos demais recursos que não têm norma própria, exceto aos recursos de embargos de declaração⁴² e agravo interno, até porque a cumulação de multas não deve ocorrer pelo mesmo ato praticado (leia-se: protelatório), embora com percentuais de multa distintos.

Por fim, observa-se outro fato inovador no tocante ao percentual da multa imposta aos embargos de declaração protelatórios. O percentual que hoje é de 1% e, se reiterados, pode ser elevado a 10%, no Anteprojeto do Código de Processo Civil, o percentual, que não se pode exceder, é de 5%, de acordo com o §1º do artigo 941 do anteprojeto.

9. Ampliação do cabimento dos embargos de declaração: decisão monocrática ou colegiada

Muito também se discutiu acerca do cabimento dos embargos de declaração em face de decisão interlocutória e das

monocráticas proferidas com base no artigo 557 do CPC.

A jurisprudência resistiu para ampliação do cabimento dos embargos de declaração e até hoje há ainda, embora isoladas, algumas decisões que não admitem os embargos de declaração opostos em face de decisões interlocutórias.

Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal têm posições diferentes sobre o tema. O STJ admite a oposição dos embargos de declaração em face de decisões interlocutórias e das monocráticas prolatadas com base no artigo 557 do CPC, ao ponto que discutiu de quem era a competência para o julgamento dos embargos de declaração nesta hipótese, e concluiu que, se os embargos forem opostos em face de decisão monocrática, competirá exclusivamente ao Relator julgá-los monocraticamente⁴³. De outro lado, opostos embargos de declaração em face de decisão colegiada, a competência para apreciá-los será naturalmente do colegiado, como, aliás, sempre foi.

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal ainda resiste, até os dias atuais, a oposição dos embargos de declaração em face de decisões monocráticas, mas, ao assim proceder, aplica-se o princípio da fungibilidade, recebendo-os e julgando-os como recurso de agravo “regimental” (leia-se: interno).

Nesse aspecto, a doutrina é bastante tranquila. Teresa Arruda Alvim Wambier (2005, p. 60) admite que cabem embargos de declaração contra “todo e qualquer pronunciamento judicial”.

Enfim, também foi um grande avanço o reconhecimento pela legislação de que o recurso de embargos de declaração é ca-

⁴² (...) “a condenação em litigância de má-fé prevista pela prática da conduta descrita no inciso VII do artigo 17 do Código de Processo Civil aplica-se à interposição de todos os recursos, exceção feita aos embargos de declaração que, quando protelatórios, têm a multa regulada pelo artigo 538, parágrafo único” (OLIVEIRA, 2000, p. 63-64).

⁴³ (...) “A Corte Especial uniformizou entendimento de que os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser julgados por meio de decisão unipessoal, e não colegiada, como mecanismo de preservação do conteúdo do *decisum* e em obediência ao do princípio do paralelismo de formas” (Cf. AgRg nos EDcl no REsp 860.910/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, DJ de 07.12. 2009).

bível em face de decisão monocrática, sem qualquer restrição, e às decisões colegiadas, cuja legislação sempre reconheceu o seu cabimento nessa hipótese. Essa nova redação também refuta a tese de que o não cabimento dos embargos de declaração gera preclusão para fins de interposição de outro recurso já que não haveria a interrupção do prazo nesse caso. Daí também a importância do artigo 941, *caput*, do Anteprojeto, que prevê que a não interrupção do prazo dos embargos de declaração só ocorre quando for o caso de intempestividade.

10. Conclusões

As inovações legislativas aos embargos de declaração foram extremamente positivas e vieram em boa hora. Algumas delas bem inovadoras, como é o caso dos declaratórios para fins de prequestionamento (art. 940, do Anteprojeto); e outras adaptaram à jurisprudência majoritária dos Tribunais Superiores, como é o caso do efeito modificativo dos embargos de declaração (art. 937, § único, do Anteprojeto).

Percebeu-se também que algumas regras foram criadas para adaptar a multiplicidade moderna das funções dos embargos de declaração, por força da amplitude do seu objeto, que hoje, se pode dizer, são diferentes dos que foram criados com o Código de Processo Civil de 1969, não obstante o triplo vício – omissão, obscuridade e contradição – ser o mesmo.

É um novo recurso inspirado nas necessidades reais de adaptação à tranquila jurisprudência dos tribunais sobre alguns temas jungidos à boa ousadia da inovação apresentada numa relação espinhosa dos embargos de declaração e do prequestionamento.

Muitas alterações trouxeram benefícios para o jurisdicionado, advogados e magistrados. As regras apresentadas foram equilibradas, respeitando-se todos em plena igualdade. Entre outros, pode-se citar, a título de exemplo, a inclusão em pauta

dos embargos de declaração, se não forem julgados na primeira sessão após o protocolo. Ganharam, enfim, todos. Os advogados, com a ciência da data do julgamento com antecedência mínima de quarenta e oito horas; e, administrativamente, seus funcionários, liberados de informarem se recurso será julgado ou não nas sessões; e, muitas vezes, só se tem conhecimento minutos antes, eliminando-se, por exemplo, a possibilidade da entrega de memoriais aos magistrados que compõem a turma julgadora.

Com certeza, as mudanças foram muitas e reconhecidas como oportunas, mas, como se trata de elaboração de um novo Código de Processo Civil, e não de reformas pontuais, que sempre foram o cerne da reforma do CPC nas últimas décadas, sempre há como provocar outras alterações por achar pertinentes e principalmente não perder a oportunidade desta elaboração do Código, até porque certamente por muitos anos, após a aprovação deste Anteprojeto, as possíveis reformas voltarão a ser pontuais. Daí a sugestão de aperfeiçoamento de alguns temas feita no decorrer deste artigo.

Enfim, sejam bem-vindos os novos embargos de declaração com roupagem moderna, clara e necessária para se adaptar às suas múltiplas funções reconhecidas pela própria lei.

Referências

BAPTISTA, Sônia Márcia Hase de Almeida. *Dos embargos de declaração*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. 261 p. (Recursos no processo civil; v. 4).

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 254 p. (Recursos no processo civil; v. 11).

MEDEIROS, Maria Lúcia L. C. A inadmissibilidade dos embargos de declaração e dos embargos infringentes e seu reflexo em relação à interrupção do prazo para outros recursos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 32, n. 151, p. 9-25, set. 2007.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. atual., ampl. e reform. da 5. ed. do livro *Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 698 p. (Recursos no Processo Civil; v. 1).

OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker Meirelles de. *Litigância de Má-fé*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 101 p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Embargos de declaração e seus efeitos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 97, n. 355, p. 79-88, maio/jun. 2001.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 437 p.

YARSHELL, Luiz Flávio. *Ação Rescisória: juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005. 437 p.