

Revista

JUSTIÇA CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO

PÚBLICA FEDERAL DO BRASIL



ROBERTO BUSATO

A POSIÇÃO DA OAB DIANTE DA CRISE POLÍTICA

Editorial: "Eu assumo"



AS DIVERSAS FACES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

J. E. Carreira Alvim

Desembargador do Tribunal
Regional da 2ª Região

Considerações prévias

O ordenamento processual brasileiro sofreu grandes transformações nos anos noventa, quando se fez a mais profunda reforma no CPC, através de pequenas reformas, abrangendo inclusive os recursos, que têm constituído o maior ponto de estrangulamento na entrega da prestação jurisdicional. Mas estas pequenas reformas não têm sido suficientes para agilizar o processo, porquanto os tribunais vêm consentindo na criação pretoriana de recursos não previstos expressamente nas leis processuais, gerando distorções no sistema recursal, com o que o processo fica cada vez mais lento e a prestação jurisdicional cada vez mais distante do jurisdicionado.

Essa distorção vem ocorrendo principalmente com os embargos de declaração, que, em princípio, eram apenas declaratórios, adquirindo com o passar do tempo caráter

integrativo e, mais tarde, o perfil de pré-questionadores.

Embargos de declaração - Natureza e finalidade

Os embargos de declaração são um recurso previsto no art. 535, I e II, do CPC, sendo cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Em doutrina, discute-se a natureza jurídica dos embargos declaratórios: se seriam um verdadeiro e próprio recurso ou mero complemento da sentença ou acórdão, sendo a sua natureza apenas integrativa.

Reza o art. 165 que as sentenças e acórdãos devem ser proferidos com a observância do disposto no art. 458 do CPC; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso. O art. 458 dispõe sobre os requisitos da sentença, aplicáveis também aos

acórdãos, quais sejam, o relatório, os fundamentos e o dispositivo. O relatório contém os nomes das partes, a suma (resumo) do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo. Os fundamentos são o capítulo da sentença em que o juiz analisa as questões de fato e de direito. O dispositivo é o capítulo da sentença em que o juiz resolve as questões que as partes lhe submeteram. Em se tratando de acórdão, contém o relatório e o voto, sendo este composto de fundamentos e dispositivo.

Embora não o diga o art. 458 do CPC, a sentença ou acórdão deve ser clara e precisa, como rezava o art. 280, *caput*, do Código revogado, pois o mínimo que se pode exigir do juiz é que se exprima de forma a não ensejar obscuridade ou contradição.

Essa a razão dos embargos de declaração previstos no inciso I do

art. 535, que objetivam expungir da sentença ou acórdão eventuais defeitos que possam comprometer a sua exata compreensão. A obscuridade da sentença é produto da falta de clareza, enquanto a contradição traduz a incoerência entre as proposições (expressão de um juízo) contidas nos fundamentos da sentença ou acórdão, ou mesmo entre os fundamentos e o dispositivo da decisão. Mas a sentença deve acolher ou rejeitar, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor nos termos do art. 459, ou seja, não deve conter omissão que a tornem *citra petita*; o mesmo se diga do acórdão, que nada mais é do que a decisão proferida pelo tribunal. Essa a razão dos embargos de declaração previstos no inciso II do art. 535, visando suprir omissão sobre ponto a respeito do qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Em doutrina, toda alegação formulada pelas partes, enquanto

não vem a ser objeto de controvérsia, constitui um ponto. Se a respeito desse ponto, porém, surge alguma dúvida no curso do processo, seja levantada pela parte, seja de ofício pelo juiz, ele se converte numa questão (Carnelutti). O juiz não tem o dever de pronunciar-se sobre todos os pontos suscitados pelas partes, mas apenas sobre aqueles que tenham relevância para o julgamento da causa (lide).

Embargos modificativos

Depois da nova Constituição, o sistema processual sofreu os efeitos da descompressão da “litigiosidade contida”, com o ajuizamento de inúmeras ações, todas com o mesmo perfil, postulando praticamente os mesmos direitos, como aconteceu com as ações previdenciárias, de repetição de indébito tributário, de correção de expurgos inflacionários e muitas outras. Diante dessa situação, juízes e tribunais, para darem conta do trabalho, passaram a padronizar sentenças e acórdãos, mudando apenas o nome das partes, e foi aí que surgiram os julgamentos “empacotados”, ou seja, um julgamento original com um sem número de julgamentos ajustados a esse padrão.

Tal modo de julgar provocava, como provoca, vez por outra, um julgamento desajustado do padrão, decidindo o juiz ou tribunal um litígio diverso daquele posto em juízo, como, por exemplo, julgando uma causa sobre revisão de Renda Mensal Inicial (RMI) como se fosse Reajuste de Benefício Previdenciário (RDP), e vice-versa.

Esses julgamentos “empacotados”, envolvendo inúmeras causas repetitivas, fizeram florescer, em sede pretoriana, uma modalidade de embargos, objetivando alterar o julgado e obter a decisão correta sobre a causa, sendo, por isso, denominados

embargos modificativos ou com efeitos infringentes. O argumento usado para justificar tais embargos é o caráter teratológico da decisão (sentença ou acórdão) embargada, mas em vez de corrigir uma teratologia, criou-se outra maior numa situação análoga à do médico que, para curar o paciente, ministra-lhe um remédio tão forte que acaba por causar-lhe a morte. Isso porque, a pretexto de ter havido teratologia no julgamento, a maioria dos embargos com esse perfil objetivam alterar a própria essência (substância) do julgado, imprimindo-

“O juiz não tem o dever de pronunciar-se sobre todos os pontos suscitados pelas partes, mas apenas sobre aqueles que tenham relevância para o julgamento da causa”

lhes o perfil de verdadeira segunda apelação.

Como os embargos de declaração, de regra, não admitem resposta, mesmo porque têm de regra apenas efeitos integrativos da sentença ou acórdão, a admissibilidade dos embargos modificativos ou com efeitos infringentes tornou necessária a audição da parte embargada para contra-arrazoar o recurso, em obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

Essa nova modalidade de embargos, com perfil de uma

segunda apelação interposta por quem sucumbiu na primeira, produz uma outra anomalia recursal, fazendo surgir para ambas as partes (embargante e embargada) o direito de sustentar oralmente esse recurso no tribunal, o que não acontece com os embargos simplesmente declaratórios. Uma tolerância desse porte, já sacramentada pelos tribunais superiores, pode dar ensejo até mesmo a eventual recurso adesivo da parte contrária à embargante, nos moldes dos arts. 500 e 530 do CPC. Pelo andar da carruagem, parece que é o que vai acontecer em virtude do desvirtuamento ocorrido com os embargos de declaração.

Embargos pré-questionadores

A prática recursal demonstrou que a admissibilidade de recursos especial e extraordinário não passa pelos seus pressupostos específicos se tiver havido supressão de instância, o que fatalmente ocorrerá relativamente às questões em relação às quais tiver havido obscuridade, contradição ou omissão, e não forem interpostos embargos de declaração.

Mas, e relativamente às demais questões, estará comprometido o recurso especial ou extraordinário na sua integralidade?

Este é um aspecto do problema que não tem merecido a atenção da doutrina e da jurisprudência, embora tenha suma importância no exame dos pressupostos dos recursos extraordinário e especial.

No âmbito dos tribunais superiores, tem-se entendido não ter cabimento recurso especial e extraordinário se não tiver a questão infraconstitucional ou constitucional sido pré-questionada, ainda que em sede de embargos de declaração. No entanto, isso não significa que, julgada a apelação pelo tribunal, deva a parte, antes de interpor recursos especial e extraordinário, oferecer

embargos pré-questionadores, para pré-questionar as questões em relação às quais pretende interpor recurso especial ou extraordinário. Mesmo porque, se a matéria não tiver sido questionada na petição inicial, na defesa, nas razões e contra-razões recursais, ou nos embargos de declaração de natureza integrativa (art. 535, I e II), estará havendo na verdade um pós-questionamento, o que não autoriza o tribunal de apelação a julgá-lo.

Nesse ambiente, surgiu a nova modalidade de embargos denominados embargos pré-questionadores, a respeito dos quais não existe entendimento uniforme nem na doutrina e nem na jurisprudência.

O instituto do “pré-questionamento” tem sido mal compreendido, não só no que tange à sua extensão como à sua profundidade.

Se os embargos de declaração não têm cabimento além dos limites traçados pelo art. 535, I e II do CPC (casos de obscuridade, contradição ou omissão), onde estaria o interesse e a utilidade em “pré-questionar” para abrir ao recorrente o acesso aos recursos especial e extraordinário?

Alguma utilidade o pré-questionamento terá se a hipótese for realmente daquelas previstas no art. 535, I e II, do CPC, caso em que ao tribunal de origem cabe completar o julgamento, desfazendo a obscuridade ou a contradição, ou suprimindo a omissão; mas absolutamente de nenhuma utilidade se o embargante pretender pré-questionar questões exclusivamente para fins de recurso especial ou extraordinário, não tendo os embargos nesses casos o menor cabimento; porque o tribunal não pode, em circunstâncias normais, modificar o acórdão, ainda que contaminado por *error in procedendo*

ou *error in iudicando*, não podendo os embargos declaratórios funcionar como uma segunda apelação.

Mas, se houver no acórdão obscuridade, contradição ou omissão, e não pretender o recorrente recorrer para os tribunais superiores quanto a essas questões, nenhuma utilidade terá o pré-questionamento, podendo interpor recursos especial ou extraordinário sobre aquelas questões que, pela sua clareza e precisão não precisa da atividade integrativa do tribunal de apelação.

O equívoco que envolve o

“(…) tendo o acórdão mais de um fundamento, mesmo que providos os embargos de declaração quanto a um deles, o fundamento subsistente seria, por si só, suficiente para manter íntegro o julgado.”

instituto resulta do fato de os tribunais superiores dizerem nos seus julgados, simplesmente, que não conhecem do recurso (especial ou extraordinário) por falta de pré-questionamento, sem deixar claro que a hipótese comportava embargos declaratórios não interpostos e o recurso versava sobre elas, o que sugere aos advogados que os embargos declaratórios devam ser oferecidos em qualquer hipótese, mesmo fora do art. 535, I e II, como um necessário pressuposto de admissibilidade desses recursos, e que não é.

No fundo, quando os tribunais superiores não conhecem do recurso (especial ou extraordinário) por falta de pré-questionamento, é porque a hipótese versava sobre questões que comportavam embargos declaratórios, que, no entanto, não foram interpostos, e, não tendo-o sido, suprimiu-se uma instância, que, no caso, era o próprio órgão julgador. Este é o verdadeiro motivo do não conhecimento do recurso (especial ou extraordinário) pelos tribunais superiores, ou seja, pela supressão de uma instância, decorrente da falta de oposição de embargos cabíveis, pois, se não for, aquilo que tiver sido pré-questionado na apelação foi, e o que não tiver sido não foi, não podendo sê-lo num momento posterior (pós-questionar) através de embargos declaratórios incabíveis.

Na verdade, não é a ausência de pré-questionamento de questão infraconstitucional ou constitucional que inviabiliza o conhecimento do recurso especial ou extraordinário, mas o fato de não terem sido pré-questionadas as (reais) questões ligadas à obscuridade, à contradição ou à omissão, quando cabia ao interessado fazê-lo.

Neste sentido, editou o egrégio Supremo Tribunal Federal a Súmula n. 356, assentando que: “O ponto omissivo da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do pré-questionamento”.

Oportuno observar, também, que, em face do princípio da eventualidade, as partes devem deduzir todas as alegações e defesas que poderiam opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, pelo que, se não o fizerem, reputam-se deduzidas e repelidas, pelo juiz ou tribunal, ficando, tanto quanto a sentença de mérito, cobertas pela coisa julgada (art. 474

“O instituto do “pré-questionamento” tem sido mal compreendido, não só no que tange à sua extensão como à sua profundidade.”

do CPC).

Destarte, se o autor ou réu tiver formulado alguma alegação na inicial ou na defesa, e não tiver o juiz decidido a respeito, deverão eles, na medida do seu interesse, oferecer embargos, com base no art. 535, II, buscando, dessa forma, suprir a omissão, sem o que estará tal questão preclusa, não podendo o tribunal fazê-lo na apelação; de outro lado, se tiver o apelante suscitado alguma questão, e não tiver o tribunal de apelação decidido sobre ela, deverá, igualmente, embargar, com base no art. 535, II, buscando dessa forma suprir a omissão, sem o que estará preclusa, não podendo o tribunal superior fazê-lo no recurso (especial ou extraordinário).

Daí estarem certos os tribunais superiores em não conhecer do recurso por falta de pré-questionamento, mas apenas quanto a questões em que, sendo caso de obscuridade, contradição ou omissão, o pré-questionamento – quer dizer, a interposição dos embargos do art. 535, I e II – se fazia necessário, e não em qualquer

hipótese, como, v. g., quando tenha a parte se omitido em fazer alegação e, vindo a perder a demanda, intenta discutir tal questão (constitucional ou infraconstitucional), ou aquelas que nem chegaram a ser objeto de cogitação da parte no curso da demanda. Neste sentido, editou o Supremo Tribunal Federal a Súmula n. 282: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”.¹

Não basta, também, tenha havido obscuridade, contradição ou omissão na sentença ou no acórdão, mas que esse defeito processual seja tal que, uma vez sanado mediante cognição complementar do juiz ou tribunal, seja capaz de produzir algum resultado, no todo ou em parte, diverso daquele agasalhado pela sentença ou acórdão embargado; do contrário, será indiferente, pois incapaz de alterar o resultado do julgamento, não passando de preciosismo, o que atrasa a entrega da prestação jurisdicional.

Assim, se a parte pede a correção monetária com os índices não expurgados e o juiz condena apenas na correção monetária, sem qualquer alusão aos referidos expurgos, deve a parte embargar, porque a Lei n. 6.899, de 8/4/81, que determina a aplicação da correção monetária nos débitos oriundos de decisão judicial, pode conduzir à aplicação da correção monetária expurgada. Se não o fizer, não pode discutir essa questão em recurso especial ou extraordinário porque não terá havido o pré-questionamento, ou seja, faltaram os embargos correspondentes. Mas poderá interpor esse mesmo recurso sobre questões decididas e que não dependiam de embargos de declaração, pois, sobre elas, houve pré-questionamento.

Pode também a sentença ou

acórdão assentar-se em mais de um fundamento, e pretender o embargante ver esclarecido ou suprido apenas um deles, caso em que, mesmo acolhidos, não abrirão ao recorrente as portas do recurso especial ou extraordinário, porquanto o fundamento subjacente, a respeito do qual não houve embargos de declaração, (e deveria ter havido), inviabiliza o recurso, faltando quanto a ele o pré-questionamento. Por conta disso, editou o Supremo Tribunal Federal a Súmula n. 283, dispondo que: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”.

É que, tendo o acórdão mais de um fundamento, mesmo que providos os embargos de declaração quanto a um deles, o fundamento subsistente seria, por si só, suficiente para manter íntegro o julgado.

Embargos inquisitórios

Costumam as partes invocar a violação a diversos preceitos infraconstitucionais ou constitucionais, com o propósito de deixarem, desde logo, preparado o terreno para a interposição de embargos declaratórios, e, posteriormente, de apelação, de recurso especial e extraordinário.

Os embargos declaratórios são, muitas vezes, interpostos para que o juiz ou tribunal responda a um verdadeiro questionário sobre alegadas violações da lei, ordinária ou constitucional, o que torna inviável o exercício da jurisdição, tamanho o número de embargos desse tipo, a obstaculizar a entrega da prestação jurisdicional. São o que se poderia denominar embargos de declaração inquisitórios, que não revelam nenhuma eficácia prática.

A parte pode invocar os

preceitos legais que a mesma entender necessários para embasar o seu direito, mas não tem o juiz o dever de esgotar a análise de todos os argumentos invocados, podendo deter-se naqueles que considerar suficientes para fundamentar a sua decisão, sem o que o julgador seja transformado numa vítima da inquisição; mesmo porque, incide a máxima *da mihi factum, dabo tibi ius* (dá-me o fato, dar-te-ei o direito).²

Do ponto de vista lógico, todas as alegações feitas pelas partes são objeto de exame e decisão do julgador, devendo, se acolhidas, ser objeto de juízo explícito, podendo, se rejeitadas, constituir objeto de juízo implícito, mas, em qualquer hipótese, todas passam pelo crivo de um juízo lógico, pois, de outro modo, não teria o juiz chegado à conclusão a que chegou.

Embargos de declaração eo art. 515, § 3º, CPC-Questões citra, ultra e extra petita

Diversa é a hipótese em que a omissão é quanto ao próprio pedido formulado pela parte, caso em que, ou não terá havido julgamento, ou, o que é mais comum, o julgamento terá sido citra, ultra ou extra petita, trate-se de sentença ou acórdão.

Não tendo havido “decisão”, a sentença ou acórdão são nulos, pois faltará o dispositivo que consubstancia o próprio julgamento da causa, caso em que poderá a parte prejudicada oferecer embargos para que seja suprida a omissão (art. 535, II, CPC).

Depois da reforma operada no art. 515, § 3º, do CPC – “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do 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” – pode o tribunal de apelação julgar o mérito desse

recurso mesmo que o processo tenha sido extinto sem julgamento do mérito. Assim sendo, não é preciso que, constatada ser a sentença citra, ultra ou extra petita, voltem os autos à inferior instância para ser julgada no mérito, podendo esse julgamento ser feito pelo tribunal. E, se assim é, pode a parte prejudicada interpor também embargos de declaração, para que a sentença ou acórdão alcance os seus limites.

Antes da reforma, constatados tais vícios, deveria a causa volver ao juízo de origem para que fosse novamente julgada, o que não mais acontece, podendo o pedido de correção ser feito na própria apelação ou até nos embargos de declaração.

Em caso análogo, decidiu o

Superior Tribunal de Justiça que o pedido de tutela antecipada pode ser concedido na própria sentença (REsp n. 299433 / RJ)³, e, se não o for, pode sê-lo até nos embargos de declaração (REsp. n. 279.251-SP).⁴

Conclusão

Estas considerações não têm outro propósito, senão o de lançar luzes sobre um tema que não tem merecido um entendimento uniforme, nem em sede doutrinária e nem jurisprudencial, e, sobretudo o de examinar os embargos de declaração nas suas três principais facetas, pondo em relevo alguns aspectos de cada uma delas, na esperança de que eles se firmem no universo processual de forma mais segura e menos incoerente.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 A respeito, assentou igualmente o Superior Tribunal de Justiça que: “A matéria constitucional suscitada, a posterior, pela parte, no âmbito da via declaratória, não possibilita o pré-questionamento com vistas à interposição de recurso extraordinário para a Suprema Corte” (ED no Resp. n. 61.476/SP). Nessa mesma diretriz, orientou-se ainda o Supremo Tribunal Federal, entendendo que: “O pré-questionamento não resulta da circunstância de a matéria haver sido empolgada pela parte recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre o tema (AgRg no AI n. 234.612-2).

2 Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça assentou que: a) não configura violação ao princípio da ampla defesa a hipótese em que o acórdão não examina todas as questões postas pelo recorrente, restringindo-se àquelas necessárias e suficientes ao deslinde da controvérsia (ED no MS n. 5.986-DF, 1ª Seção unânime, DJ 8/3/2000, p. 39); b) louvando-se a decisão em fundamentação suficiente, o órgão julgador não está obrigado a exaurir todos os temas levantados pela parte (precedentes: Resp. n. 88.365/SP, EDResp. N. 160.969/PE, ED Resp. N. 54.660/SP)(ED no AgRg na Petição n. 832-RJ, Corte Especial, unânime, DJ 11/10/99, p.34).

3 PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO JUDICIAL. DESCABIMENTO COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO PRÓPRIO. TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO QUANDO DA SENTENÇA. CABIMENTO. PRECEDENTES (V.G. RR. MM. SS. 1.167-BA, 6.012-SP E 6.693-SP). DOUTRINA. RECURSO PROVIDO.

I – No sistema anterior à Lei nº 9.139/95, descabia, exceto em casos de abuso ou manifesta teratologia, a pretensão de atacar diretamente a decisão judicial pela via do writ, uma vez que o mandado de segurança contra ato judicial recorrível vinha sendo admitido, por construção doutrinária-jurisprudencial, para comunicar efeito suspensivo ao recurso dele desprovido, em face da probabilidade de lesão dificilmente reparável. Com a referida lei, que deu nova redação ao art. 535, CPC, outra é a sistemática.

II – Nos termos do enunciado nº 267 da súmula/STF, reforçado após a Lei nº 9.139/95, que deu nova redação ao art. 535, CPC, “não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção”.

III – De acordo com precedente da Turma, e boa doutrina, a tutela antecipada pode ser concedida com a sentença.” (Resp. n. 299433-RJ, rel. Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira, STJ, 4ª T., um., DJ 4/2/02, p. 381.)

4 “TUTELA ANTECIPADA. Sentença. Embargos de declaração.

A tutela antecipada pode ser concedida na sentença, ou, se omitida a questão, anteriormente proposta, nos embargos de declaração. Art. 273 do CPC. Recurso conhecido e provido. (Resp. n. 279.251-SP, relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4ª t., um., DJ 30/04/01, p. 138).