

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

Clito Fornaciari Júnior

Mestre em Direito pela PUCSP .

Advogado em São Paulo.

1. DA REFORMA PROCESSUAL

Ninguém pode negar que o CPC de 1973, fruto de longo, discutido, amadurecido e bem elaborado projeto, colocou o processo brasileiro no nível dos melhores países do mundo, criando institutos que possibilitariam, principalmente, a agilidade na solução dos conflitos, sem se perder a qualidade e a segurança que das decisões devem surgir.

No entanto, motivos de diversas ordens, principalmente um inegável descaso para com a Justiça, comprovado pela falta de dotações suscetíveis de fazê-la responder às novas demandas que surgiram, fizeram com que a atividade jurisdicional viesse a ser marcada por uma demora anormal, incapaz de representar efetiva prestação jurisdicional que, por seu turno, passou a ter uma qualidade questionável.

Surgiu, então, a partir de 1992, uma verdadeira onda reformista, certamente alimentada pela boa-fé, entendendo ser possível dar novo alento e dinamismo à entrega da prestação da tutela jurisdicional, atuando tão-só na modificação dos textos legais, abstraindo de enfrentar outras graves mazelas, às quais, sim, podem ser debitados a demora dos processos e o atual estágio de incerteza que dessa situação emerge.

A reforma teve o condão de desfigurar, por completo, a estrutura do nosso Código, de vez que incidiu em aspectos pontuais, atacados por um critério de escolha pessoal de cada reformador, sem qualquer pesquisa dotada de um mínimo de

segurança para se aquilatar se a mudança de texto proposta representa uma avaliação correta, de forma que a nova disposição legal pudesse realmente eliminar o mal que fora diagnosticado¹.

2. DO AGRAVAMENTO DAS SANÇÕES PREVISTAS NO CPC DE 1973

Em que pese não se possa dizer ter a reforma adotado uma teoria específica relativamente à ciência processual e nem uma filosofia consistente quanto à persecução de seu sonhado resultado, da análise das centenas de novas, alteradas e suprimidas regras do CPC, considerado na sua versão original, revelam-se os elementos com que a reforma pretende contar para criar a rapidez na prestação da tutela jurisdicional.

Nessa linha, uma das características que se destaca é o agravamento de sanções para os comportamentos ou supostos comportamentos desleais e protelatórios, o que se manifesta por várias facetas: majorando-se o valor de multas, transformando-se sanções de outras ordens em penas pecuniárias, determinando-se valores objetivamente, além de se criarem novos casos suscetíveis de punição. Poderia afirmar-se que, com as reformas, a norma processual passou a ser intimidadora, desestimulando não só os comportamentos ímprobos, mas também a própria ida ao Judiciário.

3. DA MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS

Um dos institutos mais afetados com a modificação no regime das sanções processuais foi o recurso de embargos de declaração, vendo-o, talvez, como o maior vilão no que tange à protelação do desfecho do processo, potencialidade, contudo, que não é particular somente a este meio de impugnação das decisões judiciais, mas que pode revelar-se em todos os demais recursos, em relação aos quais, no entanto, nada de tão objetivo e direto se prevê.

Na versão original do Código, o parágrafo único, do art. 538, previa que “quando forem manifestamente protelatórios, o tribunal, declarando expressamente que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa, que não poderá exceder de 1% sobre o valor da causa.” Essa disposição estava encartada apenas na disciplina dos embargos declaratórios contra decisões de segundo grau, de modo que, respeitada a regra de que as sanções devem ser interpretadas restritivamente, não se aplicava aos embargos oferecidos contra a sentença, ainda que se pudesse senti-los como protelatórios.

1 Apresentamos críticas à reforma processual, no prefácio da nossa *Reforma Processual Civil (artigo por artigo)*, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. XI, no qual também nos reportamos a outras abordagens específicas realizadas em artigos publicados, notadamente no artigo “Preocupação do advogado diante da reforma do CPC”, *Revista do Advogado*, São Paulo, AASP, 1995, vol. 46/13.

Fora aquela disposição recepcionada com entusiasmo², de vez que o sistema que estava sendo revogado previa que, se os embargos fossem vistos como protelatórios, eles não teriam o condão de suspender o prazo para o recurso principal³, o que era grave, mormente porque isso somente se definia no julgamento dos embargos, quando, então, o prazo para o recurso principal, não se tendo suspenso, já estava definitivamente esgotado.

Inegável, assim, que a outrora novel regra afastara o subjetivismo a que dava ensejo a anterior, não comprometendo, de outro lado, o direito a ter acesso às instâncias superiores, de vez que a consequência dos embargos protelatórios ficou confinada apenas à sanção de natureza pecuniária, não sendo cogitável também a definição do recurso posterior como intempestivo⁴.

Após vinte anos de vigência, a Lei n. 8950, de 13 de dezembro de 1994, alterou o regime dos embargos definido pelo Código de 1973, unificando o recurso, dando-lhe igual tratamento, quer quando interposto contra sentenças, quer quando se volte contra decisões de segundo grau. Ademais, conferiu nova redação ao parágrafo único, do art. 538, ampliando o espectro da sanção que nele se contém. Assim,

quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de um por cento sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até dez por cento, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Salta aos olhos que a sanção agora prevista para os embargos protelatórios é mais grave que aquela de que cuidava o CPC em sua versão inaugural. Por primeiro, em vista da unificação do regime dos embargos, a pena poderá ser imposta tanto em relação aos embargos contra acórdãos, como em relação aos oferecidos contra sentenças e outras decisões de primeiro grau; em segundo lugar, o valor da multa é aumentado, podendo atingir até 10% do valor da causa; por derradeiro, o pagamento

2 Nem por todos, AUGUSTO DE MACEDO COSTA JÚNIOR, no artigo “Embargos de declaração – A latente inconveniência do art. 538 do Código de Processo Civil”, publicado originariamente na *RT*, 480/15, e republicado na série “Memória do Direito Brasileiro” (*RT*, 821/755), dizia: “aberta está, a meu ver, ante a exclusividade da minguada pena processual, larga via de protelação do feito pelo uso de embargos de declaração sucessivos...”

3 A redação do § 5º, do art. 862, do Código de 1939, originariamente, era ainda mais grave, de vez que dispunha que, se os embargos fossem simplesmente rejeitados, eles não teriam importado na interrupção do prazo para outro recurso. Com a Lei n. 8570, de 8 de janeiro de 1946, a redação do citado parágrafo foi modificada, passando a se ter com o oferecimento dos embargos a suspensão do prazo para outro recurso, “salvo se manifestamente protelatórios e assim declarados na decisão que os rejeitar.”

4 Conforme JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Foyense, 11ª edição, 2003, n. 307, pág. 562.

da multa, no caso de os embargos serem considerados protelatórios, pela segunda vez, passa a representar condição de procedibilidade de recurso, sem o recolhimento da qual não pode haver a interposição de qualquer outro recurso.

Tal como hoje concebida, a disposição traz inegável preocupação, até porque há risco de, por meio da multa, impedir-se o conhecimento de novos recursos, sem contar que, no mais das vezes, a pecha de protelatórios aos embargos é lançada por uma simples afirmação, destituída de qualquer fundamentação, embora assim não devesse ser.

O risco é ainda maior na medida em que os embargos passaram a ser quase que necessários, não só em vista da qualidade das decisões, mas, acima de tudo, por força da exigência dos tribunais superiores de prequestionamento expresso da questão de direito a ser perante eles discutida⁵. Ao que se vê na prática, a necessidade dos embargos é mal vista pelos julgadores⁶, que se esquecem de que, servindo como meio de comunicação, as decisões devem ensejar a compreensão do que nela se contém, havendo de se respeitar a dificuldade do destinatário do decisório, até porque a tarefa de executar a sentença ou acórdão, futuramente, dependerá da atividade provavelmente de quem não o pronunciou.

Urge, pois, que se defina o âmbito de incidência da disposição contida no parágrafo único, do art. 538, até mesmo para que se retire da sua feição o caráter intimidador, que, sem dúvida, a adorna, porém que nada ajuda em termos de se obter justiça.

4. DO QUE SE ENTENDE POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS

Por protelatórios devem ser entendidos os embargos que se afastem da função do recurso, afrontando, pois, a norma de ritos, mas, também, que revelem a intenção de retardar o desfecho do processo, ganhando o embargante tempo, dada a circunstância de sempre implicarem os embargos a interrupção do prazo para o recurso principal.

Não é tarefa fácil demarcar uma linha divisória entre os embargos não conhecidos por falta de contradição ou omissão e os protelatórios, mas essa distinção, que pode ser vista como tênue, perde a importância, na medida em que o legislador determina que se punam somente os embargos “*manifestamente*” protelatórios, de onde, na dúvida, a sanção não poderá existir.

5 Cf. CÁSSIO SCARPINELLA BUENO, “Quem tem Medo do Prequestionamento?”, *Revista Dialética de Direito Processual*, 1/23, especialmente item 4, págs. 40 e segs.

6 Nesse sentido, uma das manifestações mais veementes é encontrada no julgamento dos embargos de declaração n. 42635-4/1, do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Na véspera do terceiro milênio e quando há consenso sobre a necessidade de modernizar os procedimentos judiciais, não é razoável o entendimento contrário, de caráter formalista e retrógrado, segundo o qual há necessidade de menção expressa de disposições legais em decisões que as apreciem” (Rel. MAURÍCIO VIDIGAL, julgamento em 9 de junho de 1998).

É de se reclamar dos magistrados a perquirição da intenção das partes em obter o retardo do processo, de vez que a atitude maliciosa não há de se presumir⁷. Dessa forma, pode revelar-se em função da posição do litigante na relação processual, soando absurdo, por exemplo, que se rotule de protelatórios embargos interpostos pelo credor⁸ que, ao que se há de presumir, tem interesse em receber, mais prontamente possível, o seu crédito. De outro lado, também não se pode entender existir caráter protelatório quando o recurso, decidido de modo supostamente omissivo ou contraditório, não havia sido recebido com efeito suspensivo, o que não importaria em qualquer vantagem no tempo em prol do embargante, dado que o andamento do processo não está impedido.

O Superior Tribunal de Justiça editou súmula (verbete n. 98) definindo como não protelatórios os embargos por meio dos quais se busca o prequestionamento, a fim de viabilizar a interposição de recurso especial⁹, isso apesar de, com muita habitualidade, os tribunais negarem aos embargos a função de prequestionar a questão de direito, não a vendo inserida no rol do art. 535 do Código de Processo Civil¹⁰.

De outro lado, têm sido reputados protelatórios embargos interpostos para discutir matéria já sumulada¹¹, temas já expressamente decididos pelo acórdão embargado¹² e, ainda, quando o aresto atacado apreciou toda a matéria impugnada¹³. Não se considerou, outrossim, protelatório recurso de embargos declaratórios com caráter infringente¹⁴.

Não resta dúvida, contudo, que esse quadro não confere segurança para o estabelecimento de critérios, de vez que a visão do tribunal poderá restar compromete-

7 Cf. STF – Embs. de Decl. 239612-1, rel. CELSO DE MELLO, julgado em 17.02.2002, *Revista Dialética de Direito Processual*, 3/215.

8 Nesse sentido decisão do STJ, recurso especial n. 252662, rel. HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 04.02.2002, reformando decisão do TJSP, proferida nos embargos de declaração n. 83593-4/9-01, julgados em 05.10.1999, rel. SILVA RICO.

9 Aplicando a súmula, entre tantas outras, Resp. 543551, rel. HAMILTON CARVALHIDO, julgamento em 27.04.2004, *DJU* de 28.06.2004, pág. 433; Resp. 554719, rel. HAMILTON CARVALHIDO, julgamento em 23.03.2004, *DJU* de 17.05.2004, pág. 301; Resp. 584582, rel. HAMILTON CARVALHIDO, julgamento em 16.12.2003, *DJU* de 09.02.2004, pág. 219; Resp. 329855, rel. CARLOS ALBERTO MENESES DIREITO, julgamento em 06.05.2002, *DJU* de 01.07.2002, pág. 337; e Resp. 306155, rel. NANCY ANDRIGHI, julgamento em 19.11.2001, *DJU* de 25.02.2002, pág. 377.

10 TJSP – Embs. de Decl. n. 97548/4, rel. LINNEU CARVALHO, julgados em 29.08.2000; TRF – 1ª Reg., Embs. de Decl. 95.01.04935-3, rel. MOACIR FERREIRA RAMOS, julgados em 08.08.2002, *RT*, 807/407. O próprio Superior Tribunal de Justiça não admitiu o uso dos embargos de declaração para prequestionar matéria constitucional, objetivando interposição de recurso extraordinário, entendendo serem os limites deste recurso estreitos (Embs.de Decl. no Resp. 397568, Rel. LUIZ FUX, julgados em 08.04.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, 4/211).

11 STJ – EDAGA 418205, rel. JOSÉ DELGADO, julgamento em 28.05.2002, *DJU* de 01.07.2002, pág. 257.

12 STJ – AGA 542683, rel. CARLOS ALBERTO MENESES DIREITO, julgado 16.03.2004, *DJU* de 03.05.2004, pág. 155.

13 STJ – Resp. 556604, rel. LAURITA VAZ, julgamento em 18.03.2004, *DJU* de 12.04.2004, pág. 234.

14 Cf. STF – Embs. de Decl. 239612-1, rel. CELSO DE MELLO, julgados em 17.02.2002, *Revista Dialética de Direito Processual*, 3/215.

tida, na medida em que não entenda a integridade da demanda, podendo julgar ter decidido aquilo que efetivamente não decidiu. Melhor, assim, a definição, caso a caso, sem, todavia, se perder a imprescindível prudência e a lembrança que o caráter protelatório para ensejar a imposição de multa há de saltar aos olhos, pois somente os recursos manifestamente protelatórios são os que merecem a sanção.

5. DA NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO QUANTO AO CARÁTER PROTELATÓRIO DOS EMBARGOS.

Apesar de a redação do parágrafo de que se cogita prever que os embargos deverão ser declarados manifestamente protelatórios (“declarando que o são”), obviamente a simples declaração não é suficiente para a imposição da pena legal. Não se trata de um veredicto. A declaração representa a síntese do raciocínio, a sua conclusão, havendo, logicamente, o julgador, até por observância da regra constitucional, fundamentar a sua decisão, apontando os elementos que lhe emprestaram convicção quanto ao caráter protelatório dos embargos¹⁵.

A fundamentação faz-se necessária para se ensejar um juízo de revisão a cargo das instâncias superiores. Sem ela a decisão é viciada, não podendo subsistir. Apresenta-se, destarte, para o órgão de segundo grau duas alternativas: afastar a condenação, desde logo, por falta de fundamento; ou anular a decisão, determinando que venha a ser complementada, lançando os fundamentos em que se sustenta.

A ausência de indicação do fundamento para a aplicação da multa legal rende ensejo a novos embargos de declaração, sem se temer que esses sejam vistos como protelatórios também, o que autorizaria o julgador a majorar a sanção inicialmente cominada.

6. DA MULTA A SER IMPOSTA

A interposição de embargos manifestamente protelatórios, de início, impõe a condenação em multa de até 1% sobre o valor da causa, tal como declinado na inicial ou corrigido de ofício ou no julgamento de impugnação oferecida a ele, aplicando-se apenas a atualização monetária.

SÉRGIO SAHIONE FADEL admite que a multa possa ser fixada em valor certo, desde que compreendido nos limites do percentual previsto na lei¹⁶. A conclusão não parece errada, mas não se afigura conveniente, até porque podem surgir divergências sobre os critérios de atualização do valor da causa, sendo que, ademais, o

15 Nesse sentido, SONIA MÁRCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA, *Dos embargos de declaração*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1993, pág. 182.

16 “As alterações no Código de Processo Civil relativas a recurso”, *Reforma do Código de Processo Civil*, obra coletiva, São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 627.

cálculo é ônus do credor. Desse modo, o juiz poderá estar assumindo um encargo que, posteriormente, ensejará maior dificuldade que a simples realização do cálculo que teria lugar, em se fixando a multa, como manda a lei, com base em percentual incidente sobre o valor da causa.

Para a definição do valor da multa, é indiferente o benefício conseguido pela parte que protela, a gravidade da falta cometida e, ainda, o prejuízo suportado pela parte em desfavor de quem a protelação se verificou. O critério da lei é objetivo, impedindo qualquer outra incursão, dando ao julgador somente aferir o percentual que julgue correto até o máximo de 1%.

Na reiteração dos embargos protelatórios, a multa pode atingir 10%, sendo esse o patamar máximo, devendo, logicamente, considerar-se, nesse percentual, também a sanção primeira, de modo que será dado ao juiz complementá-la até o limite de 10%¹⁷.

Diferentemente do que pensa SÉRGIO BERMUDES¹⁸, não se pode interpretar o termo *reiterar* ao pé da letra, entendendo-se existir a reiteração apenas quando se re-produzem os mesmíssimos embargos. O CPC preocupa-se não com os embargos em si, mas com a prática da reiteração.

Os segundos ou seguintes embargos, considerados isoladamente, devem ser vistos e declarados como manifestamente protelatórios. O fato de o primeiro o ser não importa que também os demais o sejam, de maneira que a interposição de sucessivos embargos pode guardar uma razão pertinente, que não autoriza simplesmente o agravamento da sanção lançada de início. Pense-se na hipótese de declaração de que os embargos são protelatórios sem fundamentação. Por certo, se forem interpostos embargos para que se fundamente o decidido, não se estará agindo com a finalidade de protelar o desfecho do processo, sendo caso até mesmo de acolhimento dos embargos.

Há de se ter presente que a reiteração dos embargos deve ser considerada no incidente em que se apresenta e não se vendo a causa como um todo. Dessa forma, caso o litigante apresente contra a sentença embargos de declaração considerados protelatórios e, posteriormente, deduza embargos de declaração contra o acórdão que julgou o recurso de apelação e esses também sejam vistos como protelatórios, a sanção que se há de lhe aplicar é a mínima em cada ocorrência, muito embora, na causa, não tenha havido apenas a interposição de um recurso protelatório.

7. DO RECURSO CONTRA A IMPOSIÇÃO DA MULTA

A aplicação da pena, em vista dos embargos protelatórios, enseja a interposição de recurso, não havendo, no entanto, qualquer particularidade quanto ao seu

17 Conforme a posição de BARBOSA MOREIRA, que corretamente entende que a fixação da primeira condenação em percentual inferior a 1% não impede que, na reiteração, venha a ser alcançado o percentual máximo, de vez que a somatória representa uma única multa (*Comentários* cit., n. 307, pág. 563).

18 A *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2ª edição, 1996, pág. 102.

cabimento, devendo tomar-se como critério a natureza da decisão proferida, considerando, outrossim, que a decisão dos embargos guarda a mesma natureza da decisão embargada, possuindo caráter integrativo, não representando, portanto, um pronunciamento formalmente autônomo na relação processual.

Assim, se embargada foi uma decisão interlocutória e no julgamento dos embargos vier a ser imposta a multa, o recurso adequado será o de agravo, em qualquer de suas modalidades. É inadequado o retido somente quando a multa foi imposta pela reiteração dos embargos protelatórios, quando, então, o depósito de seu valor será condição de procedibilidade para qualquer outro recurso. Nesse caso, apenas o agravo de instrumento define-se como pertinente, de vez que, por meio dele, poderá postular-se a concessão de efeito suspensivo contra a decisão.

Se os embargos foram ofertados contra sentença, a condenação em multa poderá ser enfrentada por meio de apelação, conjuntamente com as demais matérias ou mesmo isoladamente.

Em segundo grau, o enfoque não pode ser diferente. Em tese, as decisões proferidas em embargos interpostos contra acórdãos tomados no julgamento de agravo de instrumento e apelação, decidida por unanimidade, o recurso, em tese, somente pode ser o especial e/ou o extraordinário¹⁹, a ser deduzido enfrentando somente a questão da multa ou conjuntamente esta e os demais aspectos da demanda.

Todavia, a recorribilidade está condicionada a se caracterizar, quanto à multa em si, uma questão de direito, pois não é dado às Cortes Superiores o exame dos elementos que serviram para definir os embargos como protelatórios, de vez que se cuida de questão de fato, dependente de provas e elementos colhidos nos autos, insuscetíveis de serem reexaminados na via desses recursos.

Quanto ao especial e/ou extraordinário deduzido contra acórdão proferido no julgamento dos embargos protelatórios oferecidos contra decisão de agravo de instrumento, em princípio, fica ele sujeito à retenção de que cuida o § 3º, do art. 542, do Código de Processo Civil, salvo se houve reiteração de embargos protelatórios e a multa veio a ser imposta como condição de procedibilidade do novo recurso. Nesse caso, em vista do risco de dano irreparável, o especial e o extraordinário comportam procedimento imediato.

Se os embargos forem ofertados contra decisão de apelação, resolvida por maioria de votos e os embargos foram apenados por unanimidade, deverá ocorrer, na linha dos arts. 498 e 530, parte final, do Código de Processo Civil, o desdobramento do recurso, cabendo especial ou extraordinário para o ataque à questão da multa, decidida por unanimidade, e infringentes, quanto ao decidido no apelo por maioria.

De outro lado, se ambos, apelação e declaratórios, foram decididos por maioria de votos ou, ainda, se só a punição aos declaratórios for reconhecida por maio-

19 Embora seja difícil imaginar-se questão constitucional gravitando em torno da fixação da multa, não se pode, desde logo, descartar o cabimento do extraordinário, ficando a sua admissibilidade a ser aferida diante do caso concreto.

ria, o recurso correto, relativamente à decisão proferida quanto aos declaratórios, será o de embargos infringentes, sem dúvida alguma, embora possa não o ser quanto à matéria decidida na apelação, de vez que os infringentes somente serão possíveis, em tendo havido a reforma da decisão de primeiro grau (art. 530 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 10352/01). No entanto, o Superior Tribunal de Justiça não entendeu desse modo, firmando, em julgado relatado por JOSÉ DELGADO, que, se a divergência for restrita à multa, os infringentes não seriam admissíveis²⁰.

Não parece correta essa posição, de um lado porque o critério de admissibilidade dos infringentes toma em consideração a natureza da decisão, sendo certo que o pronunciamento sobre os embargos vem a integrar a decisão anterior, complementando-a, desenhando, em seu todo, o julgamento da apelação. De outro lado, presente a inovação trazida pela Lei n. 10352, subsiste, ainda assim, o direito aos infringentes, de vez que a multa representa modificação para pior da sentença de primeiro grau, de forma a preencher a decisão integralmente os requisitos que ensejam a sua impugnação pela via dos infringentes.

Por derradeiro, a multa também poderá ser interposta no julgamento de embargos de declaração oferecidos contra acórdãos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, criando, em razão da própria hierarquia, inegável restrição à recorribilidade, apesar de se cuidar de uma decisão nova, com o risco, se não suscetível de impugnação, de ser de instância única.

No que tange à decisão do Superior Tribunal de Justiça, em tese, poderia ser pensável o recurso extraordinário, mas a questão da multa em si dificilmente caracterizará matéria constitucional, praticamente descartando essa via. Verifica-se, com mais vigor, hipótese de decisão irrecurável.

A gravidade da questão foi bem avaliada em decisão monocrática de SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, que concedeu liminar em mandado de segurança contra decisão que, em julgando embargos de declaração interpostos contra acórdão proferido em recurso especial, impôs a multa²¹. Sem dúvida esse é o único meio possível para a impugnação dessa decisão, encontrando apoio no art. 5º, II, da Lei do Mandado de Segurança, que prevê a possibilidade do seu uso contra decisões judiciais, nos casos em que contra essas não caiba recurso. Na hipótese, não existindo a previsão de recurso contra a decisão, torna-se possível a impetração da segurança, na qual terá que se discutir o conteúdo da decisão.

8. DO ACRÉSCIMO DE SANÇÃO AOS EMBARGOS PROLETÓRIOS

Vem se formando, à margem da previsão legal, uma corrente jurisprudencial, sustentando que os embargos não admitidos não têm o efeito de interromper o pra-

20 Resp. 465763, julgado em 27.05.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, 8/222.

21 Mandado de segurança n. 9304, julgado em 18.03.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, 10/180.

zo para a interposição de outro recurso²², efeito reservado somente aos embargos conhecidos.

SONIA MÁRCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA, analisando conclusão do IV Encontro dos Tribunais de Alçada, realizado em 1975²³, dizia do perigo de se ressuscitar a interpretação do Código de 1939, segundo a qual os embargos protelatórios não suspendiam o prazo²⁴. Inegável que inexistiu base de apoio para um entendimento desta ordem, de vez que aos embargos reputados manifestamente protelatórios somente se reserva a sanção da multa, nada mais.

Contudo, parece que a preocupação atual é até mais perigosa que aquela proposta, de vez que sequer se cogita de retirar o efeito interruptivo somente dos embargos protelatórios, mas simplesmente admite-se suprimir, posteriormente, um efeito dos embargos já operado, ainda que não protelatórios, mas simplesmente porque não conhecidos²⁵.

Transparece claro o absurdo do entendimento, de modo a não se poder revenciá-lo.

9. DO DESTINATÁRIO DA MULTA

O proveito da sanção prevista para os embargos destina-se à parte contrária ao embargante²⁶, não tendo, porém, caráter indenizatório, de modo que poderá recebê-la, ainda que não tenha sofrido qualquer prejuízo que devesse ser reparado.

Embora o juiz possa agir de ofício e normalmente assim procede, principalmente porque os embargos de declaração não comportam contra-razões ou resposta, é certo, porém, que a parte em favor de quem é fixada a multa pode questionar, por meio de outro recurso, o percentual determinado pelo magistrado, desde que não atingido o máximo. Tem interesse subjetivo para tanto, de vez que lhe cabe pugnar também pela observância das regras do processo, evitando os atos protelatórios que, em última análise, postergam a entrega da tutela jurisdicional. Ademais a multa será por ele recebida.

Não está sujeita, de outro lado, a sanção discutida ao regime das custas judiciais, podendo incidir e ser executada ainda em face de quem desfrute, no pro-

22 STJ – AGA 427107, rel. CASTRO MEIRA, julgado em 24.06.2003, *DJU* de 18.08.2003, pág. 191; Resp. 498993, rel. FELIX FISCHER, julgado em 19.08.2003, *DJU* de 22.09.2003, pág. 358; Resp. 328388, rel. FELIX FISCHER, julgado em 13.11.2001, *DJU* de 04.02.2002, pág. 489.

23 Com certeza aprovou-se a tese de AUGUSTO DE MACEDO COSTA JÚNIOR, antes citado, que formulara esta proposta na conclusão de seu estudo.

24 *Dos embargos* cit., pág. 182.

25 Menos draconiana, mas também não correta, a decisão do STF, retirando o efeito interruptivo de embargos reconhecidos como manifestamente protelatórios (Rel. CARLOS VELOSO, julgamento 01-10-2002, *RT*, 810/140). Existe uma única sanção no Código para esta situação que é a imposição da multa, agravada em caso de reincidência.

26 SÉRGIO SAHIONE FADEL, “As alterações” cit., pág. 627.

cesso, dos benefícios da justiça gratuita²⁷, porque o Estado lhe garante o direito de demandar, mas não lhe confere o direito de usar do processo para dificultar a realização da justiça. Da mesma forma, a sanção é de se aplicar se os embargos protelatórios forem deduzidos pela Fazenda Pública²⁸, apesar de isenta do pagamento das custas.

A multa, uma vez preclusa a decisão condenatória, poderá ser executada pelo credor, valendo-se do procedimento da execução por quantia certa contra devedor solvente²⁹. A execução deverá ocorrer nos próprios autos, se possível, ou por meio de carta de sentença, nada tendo com o resultado final do processo e nem com a coisa julgada em relação ao pedido principal. Nada impede que a parte seja vitoriosa quanto à pretensão que exerceu, mas tenha interposto algum recurso de embargos de declaração considerado protelatório.

10. DA REPERCUSSÃO PROCESSUAL DA MULTA

A aplicação da multa também guarda repercussão processual, de vez que, no caso de aplicação da pena em vista de renovados embargos protelatórios, a interposição de qualquer outro recurso fica condicionada ao depósito do seu valor, sob pena de o recurso ser considerado deserto.

A regra é de duvidosa constitucionalidade, por poder importar no cerceamento da plenitude do exercício do direito de defesa³⁰. Todavia, entendida a defesa como aquela que a lei ordinária confere, com os meios, recursos e também os ônus nela previstos, não se pode negar que a cláusula em questão é constitucional.

De qualquer modo, a exigência em tela supõe a preclusão da decisão. O óbice somente existirá, em não mais cabendo, quanto à fixação da multa, qualquer recurso para discuti-la, não abrangendo a exigência em tela, desse modo, o recurso que se volta à discussão da própria multa imposta³¹.

11. DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES

Por fim, a sanção em tela é específica, sendo, dessa forma, impensável a sua cumulação com as previstas para a litigância de má-fé (arts. 14 e 17 do CPC). O es-

27 No mesmo sentido, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Comentários cit.*, n. 307, pág. 562; SÉRGIO BERMUDES, *A Reforma cit.*, pág. 103.

28 De acordo: J. E. CARREIRA ALVIM, *Código de Processo Civil Reformado*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1995, 2ª edição, pág. 196.

29 No mesmo sentido, SÉRGIO BERMUDES, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 1975, 7º vol., n. 211, pág. 222.

30 A questão é também levantada por J. E. CARREIRA ALVIM, que entende que, por força disso, a disposição pode encontrar certa resistência no Supremo Tribunal Federal (*Código cit.* pág. 196).

31 Diferente é a posição de SÉRGIO SAHIONE FADEL, "A alteração" cit., pág. 627.

pecial sobrepõe-se ao geral. Assim, pelo mesmo incidente protelatório, ou seja, pela mesma atuação processual, o litigante não poderá sofrer a multa do parágrafo único, do art. 558 cumulada com a sanção do art. 18³².

AUGUSTO DE MACEDO COSTA JÚNIOR também afirma a impossibilidade de aplicação de ambas as sanções, sob o fundamento de que configuraria *bis in idem*, mas entende que ao tribunal é dado optar pela sanção mais grave³³, com o que não concordamos, não só porque o específico prefere ao geral, como também porque, cuidando-se de pena, a menos grave há de prevalecer sobre a mais grave, ainda quando voltada a punir o mesmo fato.

Nada impede, porém, que, por ocorrências diversas, em momentos diferentes do procedimento, sejam aplicadas outras sanções, além daquela reservada aos embargos, mas pela mesma ocorrência isso não se faz possível.

12. DO RISCO DE SERVIR A MULTA PARA INTIMIDAR O PRETENSO RECORRENTE

O agravamento da multa prevista na norma em consideração não deve servir como modo de se restringir o direito à plena resposta do Judiciário, nem criar o temor de se buscá-la, sendo certo que qualquer decisão deve, como primeiro atributo, ser clara e precisa, não devendo a interposição e a reiteração dos embargos ser vista como ofensa ao decisório, mas simplesmente como uma forma de se buscar a exequibilidade posterior do decidido.

Agisse o Judiciário com a indispensável abertura na análise dos embargos de declaração, certamente não se teria tantos outros incidentes na fase de execução, na qual, não raramente, os autos voltam aos julgadores para que interpretem aquilo que disseram de modo pouco claro.

Que a evolução que representou a sanção inicialmente prevista no Código de 1973, em oposição à disposição do Código de 1939, não seja agora esvaziada com o medo que o agravamento da multa inegavelmente traz.

32 Conforme nossa *Reforma* cit., pág. 129, com o aval expresso de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (*Comentários* cit., n. 307, pág. 564). Na jurisprudência: STJ – Resp. 299363, rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 03.02.2004, *Revista Dialética de Direito Processual*, 14/144; STJ - Resp. 429070, rel. HUMBERTO GOMES DE BARROS, julgado em 13.08.2002, *DJU* de 23.09.2002, pág. 272; Resp. 345786, rel. CASTRO FILHO, julgado em 11.04.2003, *Revista Dialética de Direito Processual*, 4/212. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA entendeu, em vários julgados, irrelevante a distinção, de modo que a sanção poderia ser aplicada com base em um ou outro dispositivo legal (Resp. 225435, julgado em 22.02.2000, *DJU* de 16.06. 2000, pág. 151; Resp. 184914, julgado em 29.02.2000, *DJU* de 24.04.2000, pág. 58).

33 “Embargos de declaração” cit., pág. 756.