

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DE EFEITO MODIFICATIVO

José Baptista de Almeida Filho*

SINOPSE: 1. Intróito ao tema. – 2. Exceções ao princípio do prévio contraditório. – 3. Evolução dos embargos de declaração no Direito nacional. – 4. Os embargos declaratórios na prática forense. Exemplos de efeito modificativo. – 5. Paradigmas jurisprudenciais. – 6. Conclusão.

1. INTRÓITO AO TEMA

Sabe-se que, em Direito, mais importantes do que as regras são os princípios e que aquelas devem ser interpretadas sempre de acordo, e jamais contra estes.

Se até nos direitos e garantias expressos na Constituição não deve o exegeta excluir os princípios por ela adotados (art. 5º, § 2º), o que dizer das regras infraconstitucionais cujo fundamento nestes repousa?

Tal enfoque tem a sua manifestação apropriada no processo, leito jurídico onde se ganha ou se perde o direito posto à sujeição da jurisdição estatal, quando esta própria se desvia dos princípios que lhe cumpria aplicar.

Por isso mesmo, o sábio constituinte insculpiu as normas-princípios que se lêem nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição como essenciais à regência do processo, decorrendo daí, como conseqüência inarredável, eivar-se de nulidade qualquer ato processual que as contrariar.

Nesse contexto, a expressão *audiatur altera pars* (ouça-se a

* Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

outra parte), que traduz o princípio do contraditório, constitui a própria essência do processo.

Segundo expõe o filósofo holandês BARUCH DE SPINOZA, a essência é o que – presente – faz com que a coisa seja necessariamente estabelecida e – ausente – suprime necessariamente a coisa.

Estabelecido, constitucionalmente, o contraditório como necessário ao processo, segue ser tal princípio da essência deste, de modo que a sua eventual supressão descaracteriza o ato como processual, nulificando-o como tal.

Partindo da definição de atos processuais como aqueles “previstos em lei para a movimentação do processo” (LEIB SOIBELMAN), aventar-se-á, com razão, não ser todo ato processual que deve albergar aquele princípio.

Contudo as exceções à regra, aqui, mais precisamente, ao princípio do contraditório, devem ter justificação em um outro princípio, o que indubitavelmente não acontece no processamento unilateral dos embargos de declaração com efeito modificativo, que assim prefiro denominar a embargos de declaração de efeitos infringentes, como, alhures, são também chamados, para não confundir-los com os embargos infringentes propriamente ditos, que é outra espécie recursal estranha ao contexto deste artigo.

2. EXCEÇÕES AO PRINCÍPIO DO PRÉVIO CONTRADITÓRIO

A concessão judicial de liminares *inaudita altera pars* constitui exceção ao prévio contraditório no processo por, diante de situações excepcionais de periclitado de direito plausível, ceder aquele princípio, em termos prioritários, aos princípios da razoabilidade, da efetividade e do devido processo legal. Ainda assim, quer a medida liminar cautelar, quer a antecipatória dos efeitos da tutela final, não devem ser, respectivamente, nem satisfativa, nem irreversível, justo a fim de ressaltarem o contraditório ulterior.

Também não atentam contra o contraditório e justificam-se pelos princípios da celeridade, da economia e da certeza jurídica, as correções judiciais de erros materiais ou de cálculos, pois tratam-se apenas de consertos de equívocos evidentes na decisão,

os quais não a modificam, ao contrário do que ocorreria se eles persistissem.

O mesmo se há de dizer, ainda, quanto aos embargos de declaração utilizados apenas para aclarar, acertar ou completar a decisão obscura, contraditória ou omissa, sem modificar o julgamento da questão e, por isso, identificados como de efeito integrativo da decisão.

Inteiramente diversa é a situação dos embargos de declaração com efeito modificativo, cuja plausibilidade de alterar o julgamento impugnado, sem o prévio e devido contraditório, não se justifica em nenhum princípio e não se compadece com os de ampla defesa e do devido processo legal.

A singela aplicação do mesmo procedimento unívoco aos embargos de declaração de efeito integrativo e aos embargos de declaração de efeito modificativo implica em não distinguir o intérprete situações distintas, sem a necessária evolução na exegese desse recurso.

3. EVOLUÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO DIREITO NACIONAL

De início, durante o período colonial, esses embargos resolviam-se precisamente na declaração do julgador, conforme enunciavam as Ordenações Filipinas, então vigentes: *“Porém, se o julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas escuras e intrincadas, bem a poderá declarar; porque outorgado é por Direito ao julgador, que possa declarar e interpretar qualquer sentença por ele dada, ainda que seja definitiva, se duvidosa for”* (Livro III, Título LXVI, 6), a propósito, anotando CÂNDIDO MENDES DE ALMEIDA: *“...segundo o Assento de 1º de março de 1783, em interpretação ao texto transcrito, declarou-se que era sempre irrevogável a sentença definitiva depois de publicada”* (Código Filipino, pág. 669, nota 8).

Não se cuidava, então, de recurso, mas de incidente processual com finalidade corretiva restrita à mera interpretação do julgado pelo órgão prolator.

Com o advento da República, passou a ser arrolado como recurso pela maioria das codificações estaduais (ressalvados os

Códigos de São Paulo e do Rio Grande do Sul), conservando essa natureza quando a legislação processual passou a ser federal, conforme o artigo 808, V, do Código de Processo Civil expedido pelo Decreto-Lei nº 1608, de 18.09.1939 e, também, no Código de Processo Civil instituído pela Lei nº 5869, de 11.01.1973 (art. 496, IV) e, então, toda controvérsia que se tem notícia girava sobre a sua natureza de ser, ou não, recurso, malgrado a reiterada positividade.

É que, como noticia JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “os remédios análogos, nas legislações estrangeiras, em geral ficam fora do elenco dos recursos” (Comentários ao Código de Processo Civil, pág. 419).

Curioso assinalar que, nada obstante não possuir natureza recursal na maioria das legislações estrangeiras, ao contrário do que ocorre aqui, a matéria objeto de declaração não refoge, ali, do necessário contraditório entre as partes do processo.

Na Itália, por exemplo, referindo-se ao disposto nos artigos 287 e 288 do CODICE DI PROCEDURA CIVILE, resenha J.M.OTHON SIDOU “*que a sentença a respeito da qual não tenha sido proposta apelação, pode ser corrigida, a pedido da parte ou por iniciativa do próprio juiz, quando esse incorrer em omissão ou em erro material ou de cálculo. **Se todas as partes concordarem, o julgador providencia mediante despacho. Se o pedido de correção for feito apenas por uma parte, a outra é notificada para comparecer à audiência na qual a matéria deverá ser decidida***” (Processo Civil Comparado, p. 318/319 – sem os grifos).

Entretanto os conspícuos juristas brasileiros que dissentiam sobre a natureza recursal dos embargos, mesmo admitindo a possibilidade de efeito modificativo, jamais controverteram sobre a necessidade, neste caso, da instalação do contraditório.

O Código de 1973, ainda em vigor, em sua redação original, disciplinava os embargos de declaração diversamente, conforme interpostos perante o juiz de 1º ou de 2º grau, inclusive, com prazos diversos (dois dias e cinco dias, respectivamente), inserindo os primeiros sob o Título VIII (Do procedimento ordinário) e só os segundos no Título X (Dos recursos), o que levou juristas de escol, como o eminente professor PINTO FERREIRA a afirmarem

que, na primeira instância constituem-se os embargos de declaração procedimento incidental, e não recurso (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 30, pág. 489) e a ironizarem, como o não menos ilustre SÉRGIO BERMUDES: “*Pena que não se possam opor embargos de declaração para que o legislador declare qual a natureza dos embargos, neste Código...*” (idem, pág. 495, citado por ROGÉRIO LAURIA TUCCI). Mas o que merece ser assinalado neste esboço evolutivo dos embargos declaratórios é que, então, em qualquer caso, o recurso não interrompia, mas apenas suspendia o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes (parágrafo único do artigo 465), o que, no caso de terem efeito modificativo e não serem, como não costumavam e ainda não costumam ser submetidos ao contraditório entre as partes, só beneficiava ao embargante, pois o embargado, ainda que de vencedor na decisão impugnada, passasse a sucumbente na decisão dos embargos, só então surgindo o seu interesse de recorrer, não contava para isso com o prazo integral, mas somente com o que sobejasse do prazo utilizado pelo embargante para a oposição dos embargos.

Com a edição da Lei nº 8950/94, apesar de unificados os tratamentos, antes diversos, do recurso em 1º e em 2º grau e corrigida a suspensão por interrupção, persistiu-se no descuido, aliás, menos de *lege ferenda*, do que de interpretação, de não submeter o recurso ao devido contraditório nas hipóteses em que possa gerar o efeito modificativo da decisão impugnada.

4. OS EMBARGOS DECLARATÓRIOS NA PRÁTICA FORENSE. EXEMPLOS DE EFEITO MODIFICATIVO

Na prática forense, os embargos de declaração ajuizados, em sua maioria, ou não são conhecidos, ou não são providos, e são propostos, quase sempre, pela parte vencida na decisão impugnada que, quase nunca, deixa de formular pedido expresso de efeito modificativo; freqüentemente procrastinatórios, rarissimamente são assim declarados pelos órgãos julgadores com a aparente complacência da parte embargada que não usa embargar tais omissões para a percepção da multa legalmente devida.

Todavia, nos casos em que conhecidos e providos, sobretudo quando suprem omissões, dificilmente deixam de modificar a de-

cisão impugnada, provocando, em casos tais, surpresa à parte embargada, que não fora previamente notificada para contra-arrazoar a pretensão do embargante e que, por isso, sói ficar desarvoada da necessária segurança jurídica.

Imagine-se um caso em que sentença proferida deixe de analisar a prescrição da ação, alegada à contestação, julgando procedente o pedido do autor. Opostos os Embargos de Declaração (obviamente pelo réu), o juiz, ao reapreciar o processo, certo, ou erroneamente, reconhece a omissão e pronuncia a prescrição, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

Apesar do provimento dos embargos de declaração para suprir omissão provoque, o mais das vezes, a modificação do julgado, não é somente em tal hipótese que resta agravada a situação processual da parte embargada, pois, embora com menor frequência, pode também ocorrer em casos de contradição na decisão impugnada. Suponha-se – *ad exemplum* – que se dê a contradição entre os fundamentos e o dispositivo da decisão, que aqueles, logicamente, conduziam à procedência da ação e neste conste, por equívoco, a improcedência.

Dada a curiosidade, colho este outro exemplo da lavra do emérito JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA: “*em se tratando de anulação de ato jurídico, pleiteada por três diversas causas petendi, cada um dos três votantes, no tribunal, acolhia o pedido por um único fundamento, mas rejeitava-o quanto aos demais: o verdadeiro resultado é o de improcedência, pois cada qual das três ações cumuladas fora repelida por dois votos contra um; se, por equívoco, proclamar-se decretada a anulação, e assim constar do acórdão, o engano será corrigível por embargos declaratórios*” (Novo Processo Civil Brasileiro, pág. 181).

Só excepcionalmente ocorrerá a modificação de decisão cujo defeito seja a obscuridade, posto que, em tal hipótese, restringir-se-á a decisão dos embargos de declaração a esclarecer o ponto obscuro. Todavia, aventa RODRIGO OTÁVIO BARIONI o exemplo do vício apontado “*tornar a decisão absolutamente ininteligível*” e ambígua ao ponto de “*não se poder dizer com certeza que o pronunciamento feito por ocasião dos embargos seja coincidente com o anterior, admitindo-se, por esse motivo, que seja inovação em*

relação ao pronunciamento original” (Revista de Processo nº 105, pág. 329). Não há dúvida que o feliz exemplo é de efeito modificativo da decisão impugnada e que uma, ou até ambas as partes do processo podem, equivocadamente (a depender da incongruência da decisão), restarem convictas de que ganharam a ação e o esclarecimento dos embargos desfazer-lhes a ilusão, com inevitável prejuízo para uma delas.

Aliás, o fato, por si só, da decisão ser embargada de declaração já induz à presunção de cometimento de equívocos pelo juízo prolator (salvo se o recurso for protelatório). Ora, sendo tal juízo o mesmo ao qual compete julgar os Embargos, nada garante que o segundo julgamento seja mais correto do que o primeiro, máxime porque, ao contrário deste, costuma ser proferido sem ouvir as razões da outra parte.

5. PARADIGMAS JURISPRUDENCIAIS

Aqui, neste Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tenho sido voto vencido e solitário na questão, inclusive em processo penal, onde são mais graves as conseqüências, mas tenho muito respeito pela posição de meus ilustres pares que, afinal, está de acordo com secular tradição.

Contudo, já é firme na jurisprudência do **Supremo Tribunal Federal**, guardião da Constituição, a necessidade de observância do contraditório quando os embargos de declaração possuem efeito modificativo, qual demonstro, por amostragem, com estes exemplos colhidos à jurisprudência de suas ambas Colendas Turmas:

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 8950/94 – IMPUGNAÇÃO A ACÓRDÃO QUE CONHECEU E DEU PROVIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE DO APELO EXTREMO FEITA PELO EMBARGANTE – **EFEITO MODIFICATIVO – NECESSIDADE DE PRÉVIA AUDIÊNCIA DA PARTE EMBARGADA (CF, ART. 5º, LV)** – EXTEMPORANEIDADE NÃO CARACTERIZADA – EMBARGOS REJEITADOS.

- **A garantia constitucional do contraditório im-**

põe que se ouça, previamente, a parte embargada na hipótese excepcional de os embargos de declaração haverem sido interpostos com efeito modificativo.

- *Omissis.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Primeira Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por votação unânime**, em julgar rejeitados os embargos de declaração”.

(Grifei, Rel. Ministro CELSO MELLO, EDRE nº 144.981-4 - RJ).

“EMENTA: Constitucional. Processual. **Julgamento de embargos declaratórios com efeitos modificativos sem a manifestação da parte embargada. Ofensa ao princípio do contraditório. Precedente (250936).** Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Segunda Turma**, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por unanimidade**, em negar provimento ao agravo regimental”.

(Grifei, Rel. Ministro NELSON JOBIM – AGRG no AI nº 327.728-6 - SP)

Na mesma linha, já pontifica a jurisprudência do **Superior Tribunal de Justiça**, como nestes expressivos exemplos da Segunda e da Quinta Turmas:

“EMENTA: TRIBUTÁRIO – COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS LIMITAÇÃO DA LEI Nº 8.981/95 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – EFEITOS – MANDADO DE SEGURANÇA: DECADÊNCIA.

1. A jurisprudência vem reconhecendo a possibilidade de se atribuir efeitos infringentes aos embargos declaratórios, quando evidenciados

erro material, omissão, obscuridade ou contradição no acórdão embargado, suficientes à modificação do entendimento judicial sobre a matéria controvertida, desde que observado o princípio do contraditório.

2. *Omissis.*

3. *Omissis.*

4. *Omissis.*

5. *Omissis.*

6. *Omissis.*

7. *Omissis.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, **por unanimidade**, negar provimento ao recurso especial. Votaram com a Relatora os Ministros FRANCIULLI NETTO e FRANCISCO PEÇANHA MARTINS – Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro CASTRO FILHO”.

(Sem os grifos - Relatora Ministra ELIANA CALMON – Recurso Especial nº 255.486-RS)

“EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE REPRESENTAÇÃO. VÍCIO SANÁVEL. ART. 13 DO CPC. REQUISITOS. ART. 535 DO CPC. PRETENZA OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. CONCESSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES. EXCEPCIONALIDADE.

I. Os embargos de declaração devem atender aos seus requisitos, quais sejam, suprir omissão, contradição ou obscuridade. Inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 535 do CPC, rejeitam-se os declaratórios. **A concessão dos chamados efeitos infringentes somente se verifica em casos excepcionalíssimos, desde que observado o princípio do contraditório.**

II. *Omissis.*

III. Omissis.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: a Turma, **por unanimidade**, rejeitou os embargos – Os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer votaram com o Relator”.

(Sem os grifos – Rel. Ministro GILSON DIPP – EDEL no R.O. em MS nº 12641-PA).

Conhecidas as posições das Cortes Superiores, é de bom alvitre que as próprias partes suscitem o contraditório aos tribunais *a quo*, quando o escopo dos embargos for pré-questionar matéria constitucional ou federal para ensejo dos eventuais recursos Especial ou Extraordinário.

Não pesquisei à jurisprudência pertinente, nem nos demais Tribunais Regionais Federais, nem nos Tribunais de Justiça estaduais.

6. CONCLUSÃO

Inseparável do princípio da igualdade das partes no processo, o princípio do contraditório, na singela e sempre lembrada definição de MENDES DE ALMEIDA consiste na “*expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo e na possibilidade de contrariá-los*”, constituindo, na atualidade, ou seja, desde 05 de outubro de 1988, com a instalação da nova ordem jurídica, direito constitucional processual, a teor do artigo 5º, LV da Carta da República.

Com efeito, nas ordens jurídicas anteriores e ao tempo da promulgação do Código de Processo Civil em vigor, o contraditório já era aplicado ao processo, mas não por exigência constitucional, como atualmente.

Segue que, ainda que o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal – *ad argumentandum tantum* – no procedimento dos embargos de declaração dispensassem expressamente a oitiva da parte embargada, o que – a bem da verdade – jamais dispensaram, seria a hipotética norma inconstitucional nas hipóteses

de modificação do julgado impugnado, a teor do dispositivo constitucional supra-invocado.

Afinal, se nos embargos de declaração com efeito modificativo não há contraditório, também não há defesa, nem muito menos ampla defesa e, sem defesa, nem contraditório, não condiz a modificação introduzida no processo com o devido processo legal.