

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

THE STATEMENT EMBARGOES AND THE ADVERSARIAL PRINCIPLE

LOS EMBARGOS DE DECLARACIÓN Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

Resumo:

Os Embargos de Declaração são um recurso apto a aclarar eventual obscuridade, contradição ou omissão havida na decisão, no entanto, pode produzir efeito modificativo no julgado. A Constituição Federal prevê a necessidade do contraditório no processo (art. 5º, LV), mas o processamento desse recurso não antevê a oitiva da parte contrária. Assim, será demonstrado que estabelecer o princípio do contraditório como regra nos Embargos de Declaração corresponde a verdadeira harmonização da legislação processual civil com a ordem constitucional, além de preencher uma lacuna deixada pelo legislador ordinário, sem, contudo, expurgar a originária função aclaradora dos referidos embargos.

Abstract:

The Declaration Embargoes is a kind of action that is able to brighten possible obscurity, inconsistency or omission has happened in the decision, although, the effect can change the decision. The Federal Constitution brings the need of the contradictory in the process (art. 5º, LV), however, the processing of this action does not predict to listen the other part. This way, it will be reach The Principle of the Contradictory with the rule in The Declaration Embargoes which corresponds to the true match to the Civil Procedure Law with the constitutional order, as well as fill the blank space left by

* Assessor de Promotoria - Ministério Público de Goiás. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

** Escrevente e Conciliador - Poder Judiciário de Goiás. Bacharel em Direito e Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba.

the common legislator, without, although, to pull out the original function brighten of the Declaration Embargoes.

Resumen:

Los embargos de la Declaración son un recurso apto para aclarar cualquier oscuridad, contradicción u omisión ocurrida en la decisión, sin embargo, pueden tener un efecto que modifica la ley en el juzgado. La Constitución Federal establece la necesidad del contradictorio (art. 5, LV), pero la tramitación de ese recurso no prevé la oitiva de la parte opuesta. Por lo tanto, será mostrado que establecer el principio del contradictorio como regla en los embargos de la Declaración corresponde a la verdadera armonización de la legislación procesal civil con el orden constitucional, además de llenar el vacío dejado por el legislador ordinario, sin que, no obstante, reorganice la función original aclaradora de los referidos embargos.

Palavras-chaves: *Constituição Federal, Código de Processo Civil, função aclaradora dos embargos, contraditório.*

Keywords: *The Federal Constitution, Civil Procedure Law, function elucidative embargoes, contradictory.*

Palabras clave: *Constitución Federal, Código Procesal Civil, función aclaradora de embargos, contradictorio.*

INTRODUÇÃO

O Direito sempre teve como função primordial a manutenção ordenadora da vida social, por meio da regulamentação de condutas, ao mesmo tempo garantindo direitos e demarcando deveres, mas, sempre, com o intuito de pacificar as divergências resultantes de interesses diversos.

A dita missão pacificadora sempre competiu ao Estado, o

qual a exerce por meio da denominada jurisdição¹, quando, utilizando-se de instrumentos de aplicação do direito objetivo regente do caso, profere decisões judiciais, com força imperativa, para atingir seu escopo central: a solução dos conflitos.

Assim, as decisões judiciais, em sentido amplo, precisam transparecer comandos retos, sem qualquer sombra de dúvida, pois, se o jurisdicionado leva ao Estado seu caso para ser solucionado, não é certo que receba uma resposta incapaz de esclarecer sua questão.

Nesse aspecto, como forma de manter a retidão dos comandos judiciais, surgem os Embargos de Declaração, figura típica do direito lusitano, como um mecanismo destinado a suprir ou corrigir as falhas porventura existentes nas decisões (já que os magistrados não são seres perfeitos indene de falhas), mais especificamente sanando omissões, contradições e obscuridades.

No Direito Civil brasileiro, os Embargos de Declaração estão previstos e disciplinados nos arts. 535 e seguintes do Código de Processo Civil, com a missão de aclararem decisões viciosas em sua compreensão.

Contudo, podem atingir, ainda que indiretamente, efeitos além do esclarecimento da decisão, eis que, com a correção das falhas no texto decisório, haverá a possibilidade da modificação do julgado, consistindo, agora, em verdadeiro efeito modificativo da decisão.

Em face da possibilidade de alteração substancial no julgado em decorrência do julgamento dos Embargos de Declaração, surgiu na doutrina discussão referente à necessidade de manifestação da parte não embargante antes do julgamento do pedido aclarador, pois a Constituição Federal garante, em âmbito de princípio basilar do nosso estado democrático de direito, o contraditório (art. 5º, inciso LV), enquanto o Código de Processo Civil dispensa aos Embargos de Declaração tratamento unilateral, sem a intervenção da parte da contrária.

Permitir que ambas as partes se manifestem em sede de Embargos de Declaração representaria verdadeiro respeito ao princípio

¹ “[...] é o poder de dizer o direito no caso concreto (*pelo Estado*) [...] como uma das expressões de sua soberania, que é exercido por meio de órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário, sempre quando provocado para compor a lide” (SANTOS, 2005, p. 65).

do contraditório, haja vista que cada litigante poderia, em condições de igualdade, defender sua tese. Por outro lado, pode-se argumentar a impropriedade de contrarrazões, ante a falta de previsão legal e a maior dilação temporal que poderia provocar o manejo dos Embargos, os quais já interrompem a marcha processual quando opostos.

Por isso, o estudo do tema proposto justifica-se com a intenção de colaborar na solução desse impasse, que vai além do plano teórico, pois atinge questões de ordem processual e constitucional que não podem permanecer indefinidas, sob pena de provocar insegurança no meio jurídico.

Na primeira fase da pesquisa acadêmica será abordado o conceito, a origem e o tratamento dispensado aos Embargos de Declaração no Direito Processual Civil brasileiro.

Posteriormente, caberá esclarecer se os Embargos de Declaração possuem natureza recursal ou não, e, por derradeiro, apurar se deve existir a possibilidade da utilização do princípio do contraditório em sua apreciação e julgamento.

Finalmente, a par dos ensinamentos doutrinários e do caminho perfilhado pela jurisprudência, será possível obter a conclusão sobre a necessidade ou não do emprego do princípio do contraditório no processamento dos Embargos de Declaração.

CONCEITO

O objetivo principal de uma decisão judicial repousa na busca pela derradeira definição de direitos, como forma de o Estado dizer o direito no caso concreto, impondo sua vontade soberana e garantindo a paz social, em outros dizeres, fazendo-se justiça.

Logo, diante de seu caráter eminente, a decisão judicial deve ser pautada na coerência, na clareza e, sobretudo, na precisão, pois, do contrário, jamais poderá atingir a pacificação a que se destina.

Contudo, adverte o agora Ministro do Supremo Tribunal, Luiz

Fux (2004, p. 1157), que as decisões emanadas pelos juízes nem sempre são justas ou legais e “podem também incidir no vício *in procedendo*² da pouca clareza de suas manifestações judiciais, ensejando dúvidas por força de omissões, contradições ou obscuridades”.

Nesse aspecto, a lei processual permite a parte provocar o próprio juízo que emanou a ordem defeituosa, por meio do oferecimento dos chamados Embargos de Declaração (art. 535 do Código de Processo Civil).

O citado artigo diz que caberá Embargos de Declaração quando houver, na sentença ou acórdão, obscuridade ou contradição, ou mesmo em face de algum ponto omitido pelo julgador.

Apesar da redação do art. 535 prever a existência tão somente de oposição de Embargos de Declaração perante sentença ou acórdão, sua aplicação incide sobre qualquer decisão judicial, pois:

é inconcebível que fiquem sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento jurisdicional. Não tem a mínima relevância ter sido a decisão proferida por juiz de 1º grau ou tribunal superior, em processo de conhecimento, execução ou cautelar; nem importa que a decisão seja terminativa, final ou interlocutória. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 698)

A admissibilidade dos Embargos de Declaração está vinculada a cabal demonstração de algum dos seguintes pontos no ato judicial atacado: obscuridade, omissão ou contradição.

De acordo com Marinoni (2010, p. 554), a “decisão obscura é a decisão a que falta clareza”, enquanto a contradição é visualizada quando o comando judicial “encerra duas ou mais proposições inconciliáveis”.

Já a omissão surge “quando o julgado não se pronuncia sobre ponto, ou questão, suscitada pelas partes, ou que o juiz ou juízes deveriam pronunciar-se de ofício.” (SANTOS, 1984, p. 150).

Cabe salientar que os Embargos de Declaração não visam à reforma do julgado, mas à correção de vício pautado na obscuridade, omissão ou contradição. Em momento oportuno será demonstrado que os Embargos de Declaração podem gerar efeitos modificativos na decisão, contudo, esse não é o seu escopo principal.

² Do Latim: no procedimento (PRADO, 2005).

A apreciação dos Embargos de Declaração compete ao julgador signatário da decisão objurgada, servindo como verdadeiro instrumento a permiti-lo se retratar ou esclarecer sua ideia.

Esse ponto guarda significativa lógica, pois ninguém melhor que o próprio julgador para aclarar o seu dito.

Por fim, há que anotar que no procedimento da Lei 9.099/1995 também podem ser oferecidos Embargos de Declaração no sentido de esclarecer dúvida presente na decisão judicial (art. 48).

Não obstante a possibilidade do questionamento da dúvida, a doutrina critica sua previsão, porque ela não existe na decisão, mas está presente somente no espírito de seu intérprete, sendo duvidosa apenas no plano subjetivo e não objetivamente (FUX, 2004, p. 1162).

HISTÓRICO

Os registros históricos indicam que os Embargos de Declaração surgiram como um recurso no processo português, não encontrando instituto similar no direito romano ou em outra legislação. Estiveram presentes nas Ordenações Afonsinas, com a função de modificar a sentença em algum ponto acessório (REZENDE FILHO, 1968, p. 109).

No cenário brasileiro, pode-se dizer que os Embargos de Declaração foram introduzidos por meio das Ordenações Filipinas, haja vista que após o advento da independência do Brasil (1822), foram mantidas no ordenamento jurídico pátrio as leis portuguesas promulgadas até 25 de abril de 1821, desde que não contrariassem a soberania brasileira.

As disposições das Ordenações Filipinas já disciplinavam os embargos declaratórios em seu Livro III, Título 66, § 6º, ao lado dos embargos modificativos e ofensivos (MIRANDA, 2000, p. 313, *verbis*):

[...] Porém, se o Julgador der alguma sentença definitiva, que tenha em si algumas palavras 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 [...].

O Regulamento 737/1850, primeira norma de procedência brasileira em matéria processual, previa a existência dos Embargos de Declaração ao lado dos Embargos de Restituição de Menores, mas somente tinham cabimento à sentença de 1º grau, conforme previsto em seu art. 639, *verbis*:

Art. 639. Dentro de dez dias depois da publicação ou intimação da sentença (Art. 235) poderão as partes opor embargos à sentença da 1ª instância, somente se forem de simples declaração ou de restituição de menores.

Durante a vigência do primeiro Código de Processo Civil Brasileiro (Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939), os Embargos de Declaração foram regulados em seu art. 862, mas por não serem especificadas as hipóteses de seu cabimento, “a doutrina e a jurisprudência só os admitia quando fosse o acórdão omissivo ou contivesse obscuridade ou contradição.” (PAULA, 1988, p. 1953).

Registra Fadel (1974, p. 171) que os Embargos de Declaração foram previstos em diversos códigos estaduais: “Bahia, art. 1.239; Distrito Federal, art. 1.179; Minas Gerais, art. 1.439; Pernambuco, art. 1.434; Rio de Janeiro, art. 2.333”.

Com a promulgação do atual Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973), os Embargos de Declaração tiveram seu campo de incidência ampliado para oposição junto às sentenças e acórdãos (arts. 464 e 535), mas com prazos diferenciados para oferecimento, vez que na primeira hipótese era de 48 (quarenta e oito) horas, enquanto nos tribunais podiam ser apresentados em até 05 (cinco) dias.

Posteriormente, a Lei n. 8.050/1994 tratou de modificar essa situação, pois, além de revogar os arts. 464 e 465, alterou a redação dos arts. 535 a 537, todos do Código de Processo Civil, reunindo a possibilidade de oposição de Embargos de Declaração tanto para sentenças como para acórdãos no prazo de 05 (cinco) dias, em caso de omissão, contrariedade ou omissão do julgado.

Outra sensível modificação introduzida pela Lei n. 8.050/1994 consistiu na exclusão da dúvida como causa de admissibilidade dos Embargos de Declaração no processo civil. Contudo, ainda poderá ser utilizada tão somente no procedimento dos Juizados Especiais Cíveis, pois “elaborada por comissão diversa da que alterou o Código de Processo Civil, a Lei dos Juizados Especiais reavivou a dúvida como defeito ensejador dos embargos” (FUX, 2004, p. 1162).

Atualmente, os Embargos de Declaração no processo civil estão regulados nos arts. 535 a 538 do Código de Processo Civil (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973).

O PROCESSAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Além de prever as hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração (contrariedade, omissão ou obscuridade – art. 535), o Código de Processo Civil tratou de regular rito específico para o julgamento desse instrumento.

O prazo para oferecimento dos Embargos de Declaração é único, ou seja, independentemente se o ato atacado consiste em decisão interlocutória, sentença ou acórdão, o embargante terá 05 (cinco) dias para apresentá-los ao juiz ou relator que proferiu o *decisum*³ embargado, por meio de petição escrita, sem necessidade de preparo (art. 536).

Além disso, “cabe ao embargante apontar, na petição de interposição do recurso, qual a obscuridade ou contradição contida no provimento embargado, ou ainda qual o ponto sobre o qual o pronunciamento judicial permaneceu omissivo.” (CÂMARA, 2008, p. 109).

A propósito, o Supremo Tribunal Federal sumulou entendimento no sentido da obrigatoriedade do pedido de esclarecimento do julgado em análise como condição de procedibilidade dos embargos, *verbis*: “317. São improcedentes os embargos declaratórios,

³ Do Latim: o decidido, a decisão, a sentença (PRADO, 2005, p. 340).

quando não pedida a declaração do julgado anterior, em que se verificou a omissão”.

Em prazo idêntico (05 dias), o juiz proferirá o julgamento dos Embargos de Declaração e o relator os apresentará em mesa na sessão subsequente, quando, então, proferirá seu voto (art. 537).

Por serem apreciados pelo próprio órgão julgador, os Embargos de Declaração guardam efeito devolutivo, mas, ante a ausência de previsão legal, seu oferecimento não suspende os efeitos do julgado.

Cumpra destacar sua situação peculiar: o art. 538, *caput*⁴, do Código de Processo Civil, diz que a apresentação do remédio aclarador interrompe o prazo para interposição de outros recursos:

O efeito interruptivo influi no prazo do recurso subsequente, e a razão é simples: enquanto não esclarecida decisão judicial, as partes não podem depreender a extensão do gravame.

A possibilidade de o esclarecimento trazer nova definição importa que a *interrupção estenda-se a ambas as partes*, já que, à luz do novel provimento, qualquer delas pode vir a ter interesse em recorrer, como, v.g., quando o juiz, ao dissipar a contradição, conclui sobre a procedência do pedido ao invés da improcedência anteriormente declarada em contradição com os fundamentos. (FUX, 2004, p. 1163)

Interessante é a questão anotada por Theodoro Júnior (2007, p. 700) em relação à possibilidade de uma das partes haver interposto recurso principal (apelação, por exemplo), quando a outra lançou mão dos Embargos de Declaração:

Duas são as situações a considerar: a) o objeto dos embargos não interfere no do recurso principal, de maneira que o julgamento daqueles nada alterou quanto à matéria impugnada no último; b) o objeto dos embargos incide sobre questões enfocadas no recurso principal. No primeiro caso, não haverá necessidade de ser renovado ou ratificado o recurso anteriormente interposto; no segundo, todavia, a reiteração se faz necessária, porque, uma vez julgados e acolhidos os embargos, a decisão recorrida já não será a mesma que o recurso principal atacara.

⁴ Do Latim: parte principal de um artigo de lei (PRADO, 2005, p. 335).

Noutra senda, para evitar que a parte apresente Embargos de Declaração com caráter meramente protelatório, como os “manifestamente inadmissíveis ou improcedentes” (CÂMARA, 2008, p. 110), o legislador infraconstitucional previu a imposição de multa ao embargante, com valor não excedente a 1% (um por cento) sobre o valor da causa (art. 538, parágrafo único).

A reincidência na protelação mereceu mais severidade, tanto que a multa pode ser elevada até 10% (dez por cento), além da exigência de seu depósito para interposição de qualquer outro recurso:

É importante notar que, ao falar em reiteração dos embargos de declaração protelatórios, está a lei punindo a conduta da má-fé reiterada, a reincidência. Não é preciso que os novos embargos de declaração tenham o mesmo conteúdo dos primeiros, já considerados manifestamente protelatórios, para que se possa agravar a sanção. Basta que o segundo recurso tenha, assim como o primeiro tinha, caráter manifestamente protelatório. (CÂMARA, 2008, p. 110)

A NATUREZA JURÍDICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

A doutrina sempre divergiu sobre a natureza jurídica dos Embargos de Declaração, pois se discute se estes são propriamente recursos ou não.

Nesse sentido, Santos (1984, p. 148-149) enumera rol de doutrinadores que negam a condição de recurso aos Embargos de Declaração: Gabriel de Rezende Filho, Machado Guimarães, Lopes da Costa, Odilon de Andrade e João Monteiro. De outra banda, elenca o nome dos mestres que consentem no reconhecimento dos Embargos de Declaração como verdadeiramente um recurso: Pontes de Miranda, Frederico Marques, Seabra Fagundes, J. C. Barbosa Moreira e Sérgio Bermudes.

Os argumentos tecidos pela corrente contrária à condição de recurso aos Embargos de Declaração pautam-se na ausência de capacidade desse instrumento para reformar ou mesmo reexaminar o julgado.

Discorre Paula (1988, p. 1954) que, nos Embargos de Declaração, pleiteia-se apenas o esclarecimento da decisão, mas não sua modificação, elemento essencial de um recurso:

De fato um reexame do julgado, mas não com o fito de reformá-lo, de alterar suas conclusões. Apenas com o escopo de aclarar obscuridades, de sanar dúvidas, ou contradições, ou suprir deficiências, porque seja o pronunciamento obscuro, duvidoso, contraditório, lacunoso ou *citra petita*⁵, isto é, parcial, incompleto.

Acrescenta Paula (1988, p. 1953) que os contornos e objetivos dos Embargos de Declaração, no máximo, podem caracterizá-lo como simples incidente processual.

Por outro lado, a linha de doutrinadores que admitem o tratamento aos embargos como recurso tem como primeiro fundamento o fato de encontrar-se previstos no Código de Processo Civil na parte dos recursos (Título X, Capítulo V), pois “há que se considerar que a atribuição de natureza recursal a determinado instituto é função do legislador, cabendo ao intérprete, tão-somente, acatá-la [...]” (CÂMARA, 2008, p. 107).

Ademais, entendem que os Embargos de Declaração visam sanar o prejuízo acostado à decisão obscura, omissa ou contraditória, tanto que “o fato de visarem os embargos de declaração à reparação do prejuízo que os defeitos do julgado trazem ao embargante, os caracteriza como recurso” (SANTOS, 1984, p. 149).

Com efeito, além de estar implicitamente na natureza dos Embargos de Declaração o desejo de saneamento do dano da decisão precária, o Código de Processo Civil trata de ressaltar sua condição de recurso na redação do art. 538, onde se lê a nítida intenção do legislador em equipará-los aos demais recursos.

A história do Direito Processual Civil brasileiro revela que os Embargos de Declaração sempre foram tratados pelo legislador nacional como recursos, *ex vi*⁶, do art. 641 do Regulamento 737/1850 e art. 808, inciso V, do Código de Processo Civil de 1939.

E, finalmente, no âmbito dos Tribunais, os Embargos de Declaração são tratados propriamente como recursos, conforme previsto

⁵ Do Latim: aquém do pedido (PRADO, 2005, p. 336).

⁶ Do Latim: por força (COSTA, 2005, p. 56).

nos regimentos internos do Supremo Tribunal Federal (art. 337), Superior Tribunal de Justiça (art. 263) e Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (art. 384).

Ao lado das citadas correntes doutrinárias, surge uma terceira via proposta por Dinamarco (2004, p. 178), que afirma que em sua *pureza conceitual*⁷ os Embargos de Declaração não são um recurso (função aclaradora), mas quando provocam alguma alteração substancial no julgado assumem contornos de recurso.

Todavia, a doutrina mais autorizada parece não acolher a tese bipartida proposta por Dinamarco, pois, discorrendo sobre o tema, Moreira (2004, p. 287), entende inviáveis os argumentos aduzidos por esta terceira corrente:

A tese peca pela base: supõe a existência de um conceito apriorístico de recurso, no qual nem sempre enquadrariam os embargos de declaração: daí a escassa (ou nenhuma) relevância que teria, aos olhos do autor, o fato – ao nosso ver, decisivo – de que o direito positivo “desenganadamente” (p. 16), trata a figura como recurso. De que “pureza conceitual” cabe falar a propósito dos embargos de declaração, com abstração do *ius positum*⁸? Ademais, não se vê que vantagem teórica ou prática adviria dessa bipartição do instituto.

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Conforme dito em linhas volvidas, a função primordial dos Embargos de Declaração repousa no esclarecimento das decisões, em geral, fazendo sanar contradições, obscuridades ou omissões, porventura existentes.

Ocorre que, apesar de sua nítida intenção, os Embargos de Declaração, quando providos, podem provocar uma alteração substancial

⁷ Expressão utilizada por Dinamarco (2004, p. 178).

⁸ Do Latim: o decidido, a decisão, a sentença (PRADO, 2005).

no julgado, apresentando, com isso, efeitos infringentes⁹.

Com a possibilidade iminente de modificação indireta do julgado por meio dos Embargos de Declaração, emerge a discussão sobre a necessidade de intimação da parte contrária para oferecer contrarrazões, como forma de preservação do princípio constitucional do contraditório, em um recurso que não prevê esse procedimento.

Pois bem, a partir desse ponto será analisado o conceito do princípio do contraditório e, em seguida, se discutirá sua relação com os Embargos de Declaração, para isso observando os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários.

O Princípio do Contraditório

Sem mais dilações sobre o tema, pode-se conceituar o contraditório como a oportunidade concedida à parte para manifestar-se diversamente da outra, podendo “opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda de fornecer uma interpretação jurídica daquela feita pelo autor” (MORAES, 2007, p. 100).

De acordo com o texto constitucional, a definição de um processo justo reclama seja oportunizada a ambas as partes litigantes poderem manifestar-se de forma igual, pois é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV).

Daí, o contraditório apresenta-se como instrumento garantista de um processo lícito, onde as partes são tratadas de forma igual (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal), e, ao mesmo tempo, com mais segurança.

⁹ “Observe-se que o embargante não pretende diretamente a rediscussão da causa e conseqüente modificação no entendimento exposto pelo órgão jurisdicional [...] O que pretende é o esclarecimento da obscuridade, o desfazimento da contradição e a supressão da omissão, que, indiretamente, acabam por modificar o julgado” (MARINONI, 2010, p. 555).

Aplicação do Princípio do Contraditório nos Embargos de Declaração

Consoante o material anterior, a essência dos embargos de declaração funda-se no esclarecimento, no manifesto ou na revelação exata dos fatos e fundamentos que levaram o julgador a exarar positiva ou negativamente o provimento jurisdicional, e não em nova discussão da questão de fundo jurisdicional. Em suma, essa ferramenta jurídica processual não possui o objetivo legal originário de alterar o conteúdo da decisão, sentença ou acórdão embargados, mas tão somente adequar o *decisum*¹⁰ inicialmente maculado por algum dos vícios constantes no art. 535 do Código de Processo Civil.

Dessa feita, tem-se que, embora seja forçoso reconhecer, inicialmente, que os embargos de declaração tenham como alvo a expressão material do decidido (julgado), e não o conteúdo do pronunciamento embargado, são numerosos os casos nos quais seu papel vai muito além. Em outras palavras, se a capacidade de alterar a decisão impugnada não é sua função principal, deles também não está terminantemente vedada. Diversos são os casos em que do julgamento dos embargos decorre radical mudança no resultado do processo.

Discorrendo sobre esse enfoque modificativo dos embargos de declaração, englobando sobretudo esse efeito infringente nos casos da decisão, sentença ou acórdão omissos, logicamente sem afastar a possibilidade de modificação em outros casos que não a omissão do julgado, Pessoa (2010, p. 124) pondera diversas hipóteses nesse sentido:

Suponha-se haver o juiz omitido a apreciação de fato extintivo da obrigação suscitado pelo réu e receba os embargos de declaração por esse motivo. Se julgar procedente a alegação, ficará eliminado tudo quanto houver sido julgado a respeito, com inversão do resultado do processo. O mesmo se diga com relação às questões de ordem pública; aos fatos supervenientes; aos pedidos acessórios; aos fundamentos do pedido ou da defesa etc. Acolhida que seja a medida, observar-se-á a mudança ou acréscimo – conforme o caso – no provimento emitido.

¹⁰ Do Latim: decisão, sentença (PRADO, 2005).

Outro clássico exemplo que a doutrina discorre sobre o efeito infringente dos embargos de declaração por omissão refere-se a não apreciação pelo magistrado acerca da preliminar ou mesmo arguição no curso do processo de prescrição do direito ou outra matéria de ordem pública alegada pelo réu. Ao final da lide, caso o julgado tenha reconhecido pela procedência do pedido do autor silenciando-se, por exemplo, sobre a prescrição arguida, e, interpostos embargos pelo requerido e sendo estes julgados procedentes passando então a apreciar a questão omissa, acabar-se-á por alterar todo o julgado, inclusive invertendo-se a posição sucumbente, o que mais uma vez correspondeu a verdadeira modificação do julgado por via que não pretendia originariamente esse efeito, e, por conseguinte, torna-se imperiosa a manifestação primeira do embargado antes da solução da celeuma.

Por outro lado, mesmo que aconteça em raríssimas oportunidades, não se pode negar a possibilidade modificativa dos embargos nos casos de decisão contraditória, e ainda nos casos de obscuridade, haja vista a dinâmica da ordem jurídica, que faz surgir a cada dia situações novas, as quais não excluem qualquer possibilidade jurídica de um instituto ser aplicado nesse ou naquele caso.

O certo é que em todos esses casos não será difícil vislumbrar ter havido mais do que simples integração, senão autêntica modificação substancial do provimento original, o que demonstra a possibilidade modificativa ou infringente dos embargos de declaração.

Estabelecidas essas premissas e rechaçadas quaisquer teses que excluam a qualidade modificativa dos embargos de declaração, é de rigor a aplicação em seu processamento do princípio constitucional do contraditório, impondo-se antes de sua apreciação pelo juízo prolator da decisão embargada a oitiva da parte contrária.

Conforme dito alhures, e apesar das divergências doutrinárias, prevalece o entendimento de que os embargos de declaração possuem natureza recursal, seja porque previstos no título referente aos recursos no procedimento cível, seja porque a sua função/possibilidade modificadora do julgado urge a sua compreensão como sendo, de fato, um recurso, além de outros argumentos.

Fazendo essa comparação entre os embargos de declaração e os recursos, consoante justamente a natureza recursal daqueles aqui defendida, Pessoa (2010, p. 122) ensina da seguinte maneira:

[...] a vocação para modificar a decisão impugnada não é nem pode ser considerada característica exclusiva dos embargos. Por definição, os recursos, sem nenhuma exceção, nascem com o propósito de alterar o julgado, a fim de que o recorrente alcance situação prática mais favorável. O que irá variar – e que de fato varia – é a extensão em que essa alteração seja possível.

Nesse ínterim, e haja vista sua natureza recursal, não se pode deixar de lado para a sua apreciação o mesmo procedimento utilizado/decorrente nos recursos em geral, onde, por exemplo, é premente o juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*¹¹, não se podendo olvidar a imprescindibilidade da oitiva da parte contrária (por meio das contrarrazões, naquele caso) antes de se adequar a decisão ao ideal pronunciamento sobre a matéria colocada para solução pelo poder jurisdicional.

Dito isso, é inegável que a nossa atual legislação processual cível não prevê a oitiva da parte contrária no caso da interposição dos embargos de declaração e sua respectiva e eventual integração do julgado, sendo este, na regra geral, uma verdadeira arguição *inaudita altera pars*¹².

Ocorre que, na prática, por construções doutrinária e jurisprudencial, inclusive com entendimento já firmado pelo Supremo Tribunal Federal (AC 2639 MC-REF-ED, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, DJe-053), os embargos de declaração impõem em algumas poucas oportunidades a oitiva da parte embargada antes que o julgador endereçado profira sua análise integrativa da decisão, qual seja, tão somente nos casos em que haverá a modificação do julgamento embargado. Esse entendimento funda-se no denominado princípio da prejudicialidade, em que, havendo possibilidade de prejuízo para o embargado em razão da omissão ou de outro vício a ser analisado, ele deverá ser ouvido previamente, sob pena de nulidade da integração efetivada.

Por outro lado, ao contrário da omissão legislativa e desse entendimento limitado de aplicação do princípio do contraditório nos embargos de declaração, a melhor inteligência atual defende que

¹¹ Do Latim: do qual; do juiz ou tribunal de instância inferior de onde provém o processo (PRADO, 2005).

¹² Do Latim: decisão sem a oitiva ou manifestação da parte contrária (PRADO, 2005).

referido princípio constitucional deve ser aplicado em todos os casos de interposição desse recurso.

Os principais argumentos a esse respeito baseiam-se na subordinação da norma processual à constitucional (frente ao silêncio do legislador ordinário) e pelo fato de que, direta ou indiretamente, o embargado é atingido pela interposição do recurso em tela, razão pela qual merece manifestar nos autos antes do julgador apreciar o vício apontado.

Isso porque, com respeito aos embargos, tendo em vista sua possibilidade em veicular verdadeira transformação no desfecho da demanda, a observância do contraditório será de rigor, diante da sobreposição da norma constitucional sobre a processual civil, não obstante esta ser silente quanto a oitiva da parte embargada.

Nesse proceder, há que se destacar a clara hierarquia existente entre a norma processual omissa para com a norma constitucional superior, a qual prevê de forma explícita em seu art. 5º, inciso LV da Carta Magna. Dessa feita, encontrando-se aquela silente, deve-se aplicar aos embargos de declaração o princípio basilar da norma superior, até porque há, nesse caso, a denominada presunção legal do preceito processual decorrente da consonância que deve ter com a regra superior, sob pena, inclusive, de estar fadada à inconstitucionalidade.

Discorrendo sobre a hermenêutica que deve ter a lei processual para com a constitucional, ressaltando, sobretudo o papel do princípio do contraditório, Moreira (1996, p. 209) ensina que “com o advento da atual Constituição, não se pode negar ter sido o contraditório alçado a nível constitucional, estendendo a aplicação dos seus princípios ao processo não penal, ao lado da garantia da ampla defesa”. E sob essa severa interpretação, portanto, devem ser lidas todas as disposições do Código de Processo Civil, incluindo, por consequência, o procedimento inerente aos embargos de declaração, cujo julgamento, a princípio, é despido de grandes formalidades.

Outrossim, Pessoa (2010, p. 135) acrescenta com grande propriedade que:

seria, aliás, erro grave pretender interpretar as normas ou garantias em conformidade com o que dispõem a legislação ordinária ou mesmo simples normas de regimento interno dos

tribunais. O contrário deve-se fazer. As normas infraconstitucionais têm de ser interpretadas em harmonia com a Constituição, [...].

E no mesmo proceder destaca Jorge Miranda (1996, p. 216), em linhas rápidas, que “não é a Constituição que deve ser interpretada em conformidade com a lei, mas sim a lei que deve ser interpretada em conformidade com a Constituição”.

Em suma, encontrando-se o nosso Código de Processo Civil silente com relação à aplicação do princípio do contraditório antes de aclarados os embargos declaratórios, deve-se aplicar a norma constitucional a qual impõem esse procedimento, segundo se extrai da hermenêutica do art. 5º, inciso LV, da CF.

Por outro lado, há de ser mencionada ainda a necessidade de se ouvir a parte embargada antes de serem apreciados os embargos de declaração, em razão de que, tendo em vista que a parte contrária, mesmo que não verifique na sentença ou acórdão qualquer dos vícios apontados no art. 535, do CPC, é indiretamente interessada e vinculada no resultado dos referidos embargos, haja vista também sofrer os efeitos deste, como, por exemplo, no que atine à interrupção do prazo para outros recursos.

Ademais, e seguindo o mesmo raciocínio, tem-se que a simples interposição dos embargos declaratórios já atinge indiretamente a parte contrária, até porque impede o trânsito em julgado da decisão meritória, e, por conseguinte, o seu cumprimento e a satisfação do bem da vida ou mesmo qualquer outra medida inerente ao resultado final do provimento, o que, sem mais delongas, impõe sua participação direta nos autos antes do julgador emitir seu parecer, estabelecendo-se assim o princípio do contraditório.

Além disso, muitos doutrinadores ainda defendem a aplicação do contraditório nos embargos de declaração, em função da íntima relação que possui com o próprio conceito do Direito Processual, defendendo teleologicamente a necessidade de se estabelecer a antítese entre o embargante e o embargado para fins de formação de convicção do juízo. Nesse sentido, Pessoa (2010, p. 132-133) dispõe com propriedade que:

Nos domínios da ciência processual também se reconhece a relevância do conflito discursivo. O contraditório responde por um princípio fundamental do processo civil, dado que das diferentes visões parciais apresentadas pelos litigantes é que irá tirar o julgador a síntese necessária formação da decisão. Não existe, é evidente, processo nenhum em que certa manifestação do contraditório não se imponha. Basta ter em conta, antes de tudo, a necessidade da citação do réu para que se cogite da existência – e não validade, frise-se bem o ponto – da relação jurídica processual. Por isso chegou-se a verberar que a própria garantia de atuação da justiça pressupõe a interlocução entre os interessados [...].

Feitas todas estas considerações, importante frisar que o projeto do novo CPC visa estabelecer de maneira preambular a utilização do princípio do contraditório na apreciação dos embargos declaratórios, porém, somente nos casos em que houver efeito modificativo na declaração estabelecida, conforme a redação do seu art. 937, parágrafo único, que assim preceitua:

Art. 937. Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na decisão monocrática ou colegiada, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Parágrafo único. 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.

Outrossim, em que pese este posicionamento, o certo é que não se pode olvidar que a aplicação desse princípio deve atender aos moldes constitucionais nos quais ele se fundamenta, até porque todo o ordenamento deve estar em consonância com a nossa Carta Maior, e, por isso, muito antes sua aplicabilidade acompanhar um mandamento hierarquicamente superior do que continuar a se limitar à omissão do legislador ordinário, sob pena de, aí sim, estar condenada à inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO

Diante de todo estudo, observa-se que toda decisão judicial objetiva entregar a prestação jurisdicional da maneira mais exata possível e condizente com a noção de justiça, porém, partindo da premissa de que toda decisão judicial é emanada de um ser humano, portanto, passível de falhas, o legislador ordinário cuidou em tipificar no bojo do Código de Processo Civil uma ferramenta capaz de clarear a sentença ou acórdão obscuros, contraditórios ou mesmo omissos, qual seja, os embargos de declaração.

Dito isto, é de fácil percepção que os embargos de declaração assumem originariamente função aclaradora no intuito de esclarecer na sentença ou acórdão alguns dos vícios apontados no art. 535, do CPC, porém, não se pode olvidar a sua possibilidade modificativa do julgado.

Nesse íterim, ainda é importante ressaltar a sua natureza recursal que exerce em nosso ordenamento processual, e, diante disso, há que merecer idêntico tratamento que recebem os recursos, qual seja, a oitiva da parte contrária ou recorrida antes do esclarecimento da decisão pelo julgador, estabelecendo-se assim o princípio do contraditório.

Aqui, calha asseverar que estabelecer o contraditório entre os referidos embargos e o embargado não acarretará nenhuma alteração na sua função originária aclaradora, uma vez que a manifestação do segundo simplesmente corresponderá à observância da formação da relação processual estatuída no início da lide, e até mesmo servirá de fonte ou subsídio para o julgador emitir seu parecer declaratório positivo ou negativo ao provimento recursal.

Além disso, o que se verifica é que a grande culpa pela desconsideração do princípio do contraditório no procedimento dos embargos de declaração deve-se à omissão do legislador ordinário, que não cuidou de estabelecer a sua aplicação.

Tal pecado legislativo pela omissão é amplamente reconhecido nos dias de hoje, conforme vem entendido de maneira uniforme na jurisprudência pátria, a qual reputa necessária a aplicação do contraditório nas hipóteses em que a apreciação dos embargos declaratórios acarretarão verdadeira alteração do julgado. Aliás, o

projeto do novo Código de Processo Civil traz de forma tipificada a necessidade da oitiva da parte contrária em casos de modificação do julgado pelos embargos.

Por outro lado, em que pese essa aplicação restrita dos embargos de declaração, defende-se neste trabalho a efetivação do contraditório em todos os casos de interposição do referido recurso, uma vez que, conforme esmerou-se anteriormente, o embargado é direta ou indiretamente interessado e atingido por seus efeitos, desde e até mesmo pelo próprio ajuizamento recursal.

Além do mais, e ainda muito importante, é asseverar a integração que deve ter a norma processual com a constitucional, uma vez que esta última, em seu art. 5º, inciso LV, preceitua que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Nesse proceder, verifica-se que referida norma constitucional, por estar prevista dentre os direitos e garantias fundamentais, possui aplicação imediata e cogente, o que impõe a sua adoção pela norma processual ordinária e hierarquicamente inferior, sob pena de ser considerada inconstitucional, já contrariar-se-á a nossa Carta Magna Federal.

Ademais, deixar de aplicar um preceito constitucional por mera omissão do legislador ordinário não condiz com a atual ordem processual, a qual visa cada vez mais estatuir uma prestação jurisdicional mais ampla e eficaz, o que certamente se estará edificando com a aplicação do contraditório nos embargos de declaração.

Por fim, há que se ressaltar a sensível evolução do legislador ordinário, pelo menos na edição do projeto do novo Código de Processo Civil, onde está previsto o uso – restrito – do contraditório nos casos de haver modificação do julgado, porém, e salvo melhor juízo, referido princípio basilar de nossa ordem democrática de direito deve ser utilizado em todas as hipóteses de interposição dos embargos declaratórios, conforme toda a fundamentação ora trazida à baila.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Civil* - Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1979.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. v. II. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FADEL, Sérgio Sahione. *Código de Processo Civil comentado*. Tomo III. Rio de Janeiro, 1974.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo 2 – Constituição e inconstitucionalidade. 7. ed. Coimbra: Ed. Coimbra, 1996.

MIRANDA, Pontes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 496-538.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual (nona série)*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Correlação entre o pedido e a sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 83, 1996.

PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

PESSOA, Maurício. *Embargos de Declaração: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Rosana. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Lawbook, 2005.

PRATA, Edson. *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Civil*. 10º volume. São Paulo: EUD, 1977.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. III. São Paulo: Saraiva, 1968.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil: Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil*. 3º volume. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Valdeci dos. *Teoria Geral do Processo*. Campinas: Book-seller, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

