

ISSN 1127-8579

Publicato dal 12/03/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34770-embargos-de-declara-o-no-processo-do-trabalho>

Autore: José Geraldo da Fonseca

Embargos de Declaração no Processo do Trabalho

Embargos de Declaração no Processo do Trabalho

Introdução

Embargos declaratórios são a praga da jurisdição laboral. Nenhum outro recurso trabalhista é tão mal compreendido ou utilizado com tanta impropriedade quanto esse, de que trata o art.535 do CPC, aplicado subsidiariamente. A doutrina e a jurisprudência insistem em dizer que embargos declaratórios são sempre úteis e necessários¹ porque representam a forma mais democrática e saudável de contribuir para o aperfeiçoamento do conteúdo decisório². Como juiz há mais de trinta anos, posso assegurar que, por maior que seja o espírito democrático da judicatura, nem mesmo a vontade quase messiânica de solucionar enxurradas de lides com rapidez e justiça permite que o juiz veja com bons olhos os embargos de declaração. Não vê. Se disser que vê, mente. E não vê, não por vaidade ou por um aborrecimento juvenil momentâneo, que o faz supor estar acima de qualquer crítica, ou que o advogado está dando um puxão de orelhas ou metendo o bico no seu trabalho jurisdicional. Não é isso. Há juízes que pensam assim, é claro. Não há santos na magistratura (segundo Eliana Calmon, “há bandidos de toga”). Essa atávica antipatia dos juízes pelos embargos declaratórios não é gratuita, decorre do fato de que a maioria não sabe mesmo embargar. Embarga para dissipar *dúvida subjetiva, pessoal*, que não deflui da leitura do julgado em si, mas da forma como a parte interpreta a extensão da decisão contrapondo-a à sua expectativa no processo. Quase sempre são dúvidas sobre questões de somenos, pequenas querelas desimportantes para o deslinde da controvérsia, que habitam o mundo anímico de quem litiga e se faz juiz da própria causa. Quando não se fundam em

1 “Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve fazê-lo com espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal” (STF-2ª T., AI 163.047-5-AgrRg-EDcl, Min. Marco Aurélio, j.18/12/95, DJU 8/3/1996).

2 “Os embargos declaratórios devem ser encarados como instrumento de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional” (STJ-1ª T., RMS 27.446, Min. Teori Zavascki, j.19/3/2009, DJ 30/3/2009).

dúvida da parte, costumeiramente os embargos trazem fastidiosos e inúteis questionários que o embargante tem a veleidade de supor que o juiz tenha tempo e paciência para responder³⁻⁴. São, em regra, indagações atécnicas, frutos de uma desatenção do próprio embargante, que não produziu uma boa prova, não analisou criticamente a prova produzida pela outra parte ou não espancou por qualquer modo a presunção que a sua relapsia ajudou a criar em favor do adversário e agora quer remendar a lide como um cavaleiro desastrado que decide apear do cavalo no meio do banhado. De último, quando não são dúvidas pessoais nem inquérito do juiz, os embargos limitam-se a discutir a justiça da decisão ou revolver provas. Se a sentença é justa ou injusta, se contrariou a doutrina ou a jurisprudência, se desafiou entendimento sumulado, divergiu do entendimento de outro juiz ou tribunal sobre a mesma matéria ou errou na partição do encargo da prova, nada disso é assunto para embargos⁵. Deixe isso para o recurso próprio, pois embargos são recurso de *índole meramente integrativa*. Não está ao seu alcance mudar a decisão⁶, mas integrá-la. Nos declaratórios, espera-se que o juiz *reexprima*, e não que *redecida*.

Esses “fundamentos” nos quais a maioria dos advogados se apoia para embargar quando quer ganhar tempo ou não sabe que defeito imputar objetivamente ao julgado na parte que lhe foi desfavorável, são tão primários que nem escondem a óbvia

3 “Nos embargos de declaração, o órgão julgador não está obrigado a responder a “questionário formulado pela parte com o intuito de transformar o Judiciário em órgão consultivo” (RSTJ 181/44: Pet. 1.649-AgRg-EDcl).

4 “O órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que, por si só, achou suficiente para a composição do litígio” (STJ-1ª T., AI 169.073-AgrRg, Min. José Delgado, j. 4/6/98, DJU 17/8/98).

5 “Não cabem embargos para a correção de errônea apreciação de prova, com alteração do resultado do julgamento”(STJ-3ª T., REsp. 45.676-2-SP, rel. Min. Costa Leite, j.10/5/94).

6 “Os embargos de declaração não são palco para a parte simplesmente se insurgir contra o julgado e requerer sua alteração. Por isso, “não se admite embargos de declaração com efeitos modificativos quando ausente qualquer dos requisitos do art.535 do Código de Processo Civil” (STJ-Corte Especial, ED no REsp 437.380, Min. Menezes Direito, j. 20/4/2005, DJU 23/5/2005).

intenção de criar “factoides processuais”, isto é, questiúnculas jurídicas artificializadas, enfiadas nos embargos como ardil para fornecer munição a um provável recurso de revista aventureiro e de êxito duvidoso.

Segundo penso, já que a Lei nº 8.950/94 diz que embargos são *recursos*, o ideal seria que se exigisse *preparo — como aliás se exige para todos os recursos—*, em valor nunca inferior a pelo menos a metade do valor do depósito necessário para a interposição do recurso ordinário ou de apelação, tanto para o empregado quanto para a empresa. O bolso — *alguém já disse* — é o órgão mais sensível do corpo humano. Somente quando doer no bolso a parte vai pensar duas vezes antes de interpor embargos sem pé nem cabeça apenas para ganhar tempo, mostrar serviço, entulhar a jurisdição ou criar andaimes artificiais para interposição do recurso de revista e transformar o juiz num tubo de ensaio.

Origem histórica dos “embargos de declaração”

“Embargo” provém do verbo latino *imbarricare*, que significa *prender a barra, embaraçar, estorvar, opor obstáculo*. Embargar é impedir que a decisão judicial passe de logo em julgado e cumpra a sua finalidade essencial.

Os embargos declaratórios chegaram até nós por mãos portuguesas, previstos, inicialmente, nas três Ordenações reinóis, e, depois, nos arts. 641 a 643 do Regulamento nº 737, de 1.850, e na Consolidação Ribas. Posteriormente, foram disciplinados nos arts. 682, 683 e 687 do D. nº 3.083, de 1.858 e, por último, no art.683 do D. nº 3.084, de 1.898. A Constituição de 1.891 permitia aos Estados-membros legislarem sobre direito processual e, por conta disso, os embargos declaratórios tiveram disciplina díspar nos diversos Códigos estaduais, dentre esses o do Rio Grande do Sul; o da Bahia; o de Minas Gerais; o do Distrito Federal; o de São Paulo; o do Rio de Janeiro; o de Pernambuco; o de Santa Catarina; o do Ceará e o do Paraná. A Constituição de 1934 reservou à União competência exclusiva para legislar sobre direito processual e, a partir daí, editou-se o DL nº 1.608, de 18/11/39, que instituiu o primeiro código unitário de direito processual, revogado, em 11/1/73, pela L. nº 5.869, que instituiu o Código de Processo Civil e passou a regular os embargos declaratórios nos arts. 463,II, 464, 465 e

535 a 538, segundo fossem interpostos contra sentença ou acórdão. Até a edição da L. nº 2.244, de 23/6/54, a CLT era omissa sobre embargos. Com a nova redação do art.702, II, letra “e” e §2º, letra “d”, os embargos passaram a ser admitidos contra acórdãos do Tribunal Pleno ou das Turmas do TST. Atualmente, sua previsão está no art.897-A da CLT.

Natureza jurídica dos embargos de declaração

A expressão “natureza jurídica” soa para o direito como um mistério de esfinge. Falar da natureza jurídica de alguma coisa deixa um quê de mistério no ar, passa a imagem de alguém que conhece um desses segredos da cabala, do hermetismo alquímico que somente se revela a uns poucos iniciados ungidos com a centelha do divino. *Natureza jurídica de uma coisa é o que essa coisa é.* Dois exemplos talvez deixem tudo mais claro. Se extraordinário é o que está além do ordinário (extra-ordinário), hora extraordinária é aquilo que se produz após o horário normal (ordinário) de trabalho. Se é um sobretrabalho, e se trabalho paga-se com salário, aquilo que se paga pelas horas extraordinárias é tão salário quanto o salário que se paga pelas horas normais de trabalho, apenas com um pequeno acréscimo (mínimo de 50%) porque o legislador entendeu que o trabalho além do ordinário, sendo mais penoso, merecia um pagamento extra-ordinário. A natureza jurídica das horas extras é, portanto, *salário*. Ponto e basta.

Outro exemplo: o aviso prévio é um comunicado que uma das partes do contrato de trabalho faz à outra de que dali a trinta dias vai deixar o emprego. Se se trata de um aviso, que se faz previamente— *por isso, “aviso prévio”* —, sua natureza jurídica é de *denúncia* do contrato. Como a denúncia do contrato somente é válida se a parte denunciada puder aceitá-la, isto é, não estiver em férias ou com o contrato interrompido ou suspenso, diz-se que aviso prévio é uma *“denúncia condicionada a uma declaração receptícia de vontade”*. Trocando em miúdos: o aviso prévio é uma denúncia cuja vontade (de romper o contrato) somente será válida se a outra parte puder recebê-la e não dispuser de meios lícitos para se opor a ela. Nada além disso.

A L. nº 8.950/94 diz que embargos declaratórios são recursos. Se são mesmo, não importa. A palavra não muda a essência da coisa. Conceitualmente, entendo que não o são. Mas se a lei diz que são, então são. Sempre que alguém lhe perguntar qual a natureza jurídica dos embargos de declaração, não hesite: *recurso atípico*. Trata-se de um *recurso atípico*, de *cognição restrita*, mas sempre recurso. Recurso *atípico*, porque não tem muitos dos pressupostos de um recurso típico, como o preparo, por exemplo. Com essa natureza — *recurso* —, não há instituto semelhante no direito comparado, e até mesmo a legislação portuguesa, que nos serviu de semente, não mais lhes empresta tal. A presença dos embargos declaratórios no sistema recursal parece ter como fundamento a garantia constitucional de que aquele que se socorre do judiciário tem o direito de ver a sua questão decidida de modo claro, fundamentado e justo.

“Recurso” provém de *recursus*, de *recurrere*, que significa *retorno*, *regresso*, *caminho de volta*, *retroação*, *reflução*. O sentido é daquilo que tem o curso ao contrário, aquilo que regressa ao ponto de partida, que retoma — *re* — o seu curso — *cursus*—, o seu caminho. Por embargos, não se pede *modificação* do julgado, ou sua *substituição*, mas *esclarecimentos*. Embargos declaratórios são meios postos ao alcance da parte para pedir ao juiz que torne clara a decisão.

Todo recurso tem princípios e pressupostos que precisam ser de antemão satisfeitos, e que, por certo, não estão presentes nos embargos de declaração, por isso o dissenso sobre a sua natureza jurídica. Em sentido amplo, recurso é o remédio jurídico adequado para que o vencido, total ou parcialmente, possa obter, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da prestação jurisdicional consubstanciada na sentença ou no acórdão. É o meio processual estipulado pelo legislador para permitir à parte o reexame de determinada decisão e obter a sua anulação, reforma total ou parcial, ou a sua substituição. No caso específico dos embargos de declaração, o que se pede é que o juiz reexprima, deixe mais clara a decisão que proferiu, e não que a modifique, reforme ou substitua. Está implícita na expressão “recurso” a ideia de que a situação que se quer corrigir por meio dele fugiu à sua destinação natural.

Se a L. nº 8.950/94 pôs fim à controvérsia sobre natureza jurídica dos embargos de declaração e os apelidou recurso, o que, de resto, já estava no art.496 do CPC, com a redação da L. nº 8.038/90, o conforto de se achar que algo é porque alguém

ou alguma coisa diz que é, tem o incômodo de esconder a essência das coisas, e dar primazia ao nome em vez do conceito. Como visto, a natureza recursal dos embargos é *atípica, anômala e restrita* porque os embargos não têm a mesma finalidade dos demais recursos previstos do art.496 do CPC, ou dos admitidos em leis extravagantes, por exemplo os do art.34 da L. nº 6.830/80 e os do art.42 da L. nº 9.099/95. Seriam, se tanto, “*recursos de fundamentação vinculada*”, na medida em que aquele que embarga somente pode fazê-lo nas hipóteses expressamente taxadas na lei, isto é, *omissão, obscuridade e contradição* e, excepcionalmente, como forma de exigir do juiz a correção de erro material, ou examinar vício acerca de matéria de ordem pública.

Enquanto nos recursos, em sentido estrito, o sucumbente quer a *reforma*, a *modificação*, a *invalidação* ou a *ampliação* do conteúdo do ato decisório, o que pede por meio dos declaratórios não é a substituição da decisão guerreada, mas a sua *integração*. Ainda quando se empreste aos embargos, *efeitos infringentes*, isto é, *modificativos*, de modo que a sentença ou o acórdão sejam parcial ou totalmente absorvidos pela nova decisão neles proferida, tecnicamente não se quis a sua substituição ou reforma, mas a sua integração, que, em determinadas circunstâncias, pode mudar radicalmente a conclusão do julgado. Mesmo nessa hipótese, em que o efeito infringente dos embargos declaratórios altera radicalmente a conclusão do julgado embargado, entende-se que a alteração de conteúdo é simples efeito secundário da *integração* pretendida nos declaratórios. Afirma-se que o julgador, ao dar provimento aos embargos de declaração, e esclarecer, completar ou integrar o conteúdo decisório do primeiro julgamento, altera as premissas de seu raciocínio para concluir que a integração pretendida pelo embargante é de tal modo substancial que o obriga a consignar na decisão de embargos aquilo que, efetivamente, desejou, sem êxito, remarcar na primeira decisão.

Quem pode embargar

Podem interpor embargos declaratórios todos quantos, de modo direto ou indireto, possam ser alcançados pelos efeitos da decisão. Mesmo aquele que nada

perdeu pode embargar para obter simples esclarecimento ou integração⁷⁻⁸. O prazo é de cinco dias para todos. É pobre de fundamentos a tese de que o Ministério Público e as entidades referidas no DL nº 779/69 dispõem de prazo dobrado para embargos. Esse privilégio não está nos arts. 897-A da CLT e 536 do CPC, não bastasse pesar contra tal tese a evidência de que embargos não são recursos. Até o advento da L.nº 8.950/94, o prazo para a interposição dos embargos de declaração era de 48h contra as sentenças e de cinco dias contra os acórdãos. Agora, é de 5 dias contra aquelas e estes, interponíveis contra sentenças terminativas ou definitivas, decisões, em sentido lato⁹, e até mesmo contra “despacho monocrático” — *em rigor decisões monocráticas, que não são, tecnicamente, sentenças*¹⁰ — e acórdãos, não com a natureza de recurso, mas de meio de esclarecimento do julgado, simples incidente processual cujo objetivo é o aperfeiçoamento da decisão. Os embargos devem ser opostos em petição dirigida ao juiz da causa ou relator, com indicação do ponto *obscuro, contraditório* ou omissivo (CPC, art.536). Não se exige preparo (CPC, art.536). Nas Varas do Trabalho, devem ser julgados pelo juiz causa, em cinco dias contados da sua interposição, caso não se tenha aberto prazo de contraminuta (também de cinco dias) para a outra parte. Se o juiz mandar ouvir a outra parte, o prazo de cinco dias conta-se do último dia deferido para contraminuta. Nos tribunais, a solução dos embargos deve ser apresentada pelo relator, em mesa, na primeira sessão subsequente à sua interposição.

7 “O interesse em recorrer na via dos (sic) embargos declaratórios prescinde da sucumbência” (STF-2ª T., RE 221.196-5-RS-EDcl, rel. Min. Marco Aurélio, j.30/6/98).

8 “Se não foi apreciado integralmente pedido formulado, qualquer das partes pode embargar de declaração, e não apenas a que deduziu o pedido porque o julgamento integral da demanda a ambas interessa” (TFR-6ª T., Ag 57.702/RJ, rel.Min. Eduardo Ribeiro, j.26/10/1988).

9 Súmula nº 421/TST, antiga OJ nº 74 da SBDI-II, do TST.

10 “Os embargos declaratórios são cabíveis contra qualquer decisão judicial e, uma vez interpostos, *interrompem* o prazo recursal. A interpretação meramente literal do art.535 do CPC atrita com a sistemática que deriva do próprio ordenamento processual, notadamente após ter sido erigido a nível constitucional o princípio da motivação das decisões judiciais” (STJ-RF 349/235 e RP 103/327: Corte Especial; STJ-2ª T., REsp 1.017.135, Min. Carlos Mathias, j.17/4/2008, DJU 13/5/2008).

Quando o art.536 do CPC diz que a petição de embargos *deve indicar o ponto obscuro, contraditório ou omissivo*, está dizendo que se trata de *recurso de cognição estrita* (os embargos somente são cabíveis se a matéria debatida se encaixar em uma ou mais dessas três hipóteses) e deve ser *dialético*, isto é, a parte que interpõe um recurso deve dizer ao juiz que o vai reexaminar (1) o que pediu e não foi deferido; (2) o que foi contestado pelo réu; (3) que provas produziu das suas alegações; (4) que provas o réu deixou de produzir, embora tivesse o ônus de fazê-lo; (5) de que modo a sentença decidiu a questão; (6) o que quer ver esclarecido. A isso se diz *discursividade* ou *dialecividade recursal*. Se o recurso não satisfizer a esses requisitos, será declarado inepto. Em rigor, seria o caso de indeferir liminarmente a petição inicial recursal, mas, na prática, os tribunais preferem desprezar essas falhas estruturais dos recursos e ver o seu mérito, negando-lhes provimento. Essa exigência — *motivação ou dialecividade* — acha-se nos arts.514,II e III e 515 do CPC:

“Art.514 — A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà:

I — os nomes e a qualificação das partes;

II — os fundamentos de fato e de direito;

III — o pedido de nova decisão.

“Art.515 — A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada”.

Assim também está na Súmula nº 4 do (agora extinto) 1º Tribunal de Alçada de São Paulo: *“Não se conhece de apelação quando não é feita a exposição do direito e das razões do pedido de nova decisão”.*

Na doutrina, NELSON NERY diz:

“O procedimento recursal é semelhante ao inaugural de ação civil. Petição de interposição de recurso é assemelhável à petição inicial, devendo, pois, conter os fundamentos de fato e de direito que embasariam o inconformismo do recorrente, e, finalmente, o pedido de nova decisão. Tanto é assim, que já se afirmou ser causa de inépcia a interposição de recurso sem motivação”.

Mais adiante, conclui:

“As razões do recurso são elemento indispensável a que o tribunal, para o qual se dirige, possa julgar o mérito do recurso, ponderando-as em confronto com os motivos da decisão recorrida. Sua falta acarreta o não conhecimento. Tendo em vista que o recurso visa, precipuamente, modificar ou anular a decisão considerada injusta ou ilegal, é necessária a

apresentação das razões pelas quais se aponta a ilegalidade ou injustiça da referida decisão judicial”.

A jurisprudência sobre o ponto é clara:

“Da mesma forma que se faz necessária a impugnação específica na contestação, deve o apelante impugnar ponto por ponto da sentença, sob pena de não se transferir ao juízo “*ad quem*” o conhecimento da matéria em discussão (“*tantum devolutum quantum appellatum*”). STJ-4ª Turma, REesp nº 50.036-PE, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, julgado em 8/5/96 — DJU de 3/6/96, p. 19.256”.

Contraditório

Embora a lei diga que embargos são “recurso”¹¹, o *contraditório*, essencial nos demais *recursos típicos*, nem sempre é necessário quando se trata de declaratórios. Essa exigência não está nos arts. 535 a 538, do CPC. O STF entende, porém, que somente é possível emprestar *efeito infringente* (modificativo) aos embargos de declaração se a parte contrária tiver sido previamente intimada para contraminuta¹². Se o contraditório não for observado, o julgamento é nulo¹³, mas não haverá nulidade se os embargos são providos apenas para mera correção de erro material¹⁴.

11 L.nº 8.950/94.

12 “Não é possível dar efeito infringente aos embargos de declaração sem a prévia intimação da parte contrária para responder ao recurso, sob pena de violação do princípio do devido processo legal”(STF-2ª T., RE 250.396-7, Min. Marco Aurélio, j.14/12/2000).

13 “A atribuição de efeitos infringentes aos embargos de declaração supõe a prévia intimação da contraparte; sem o contraditório, o respectivo julgamento é nulo” (STJ-RDDP 69/163: Corte Especial, AR 1.228-EDcl).

14 “Não se configura cerceamento de defesa ou afronta aos princípios do contraditório e do devido processo legal a ausência de intimação da parte adversa quando os embargos de declaração são acolhidos para mera correção de erro material sem que haja fato novo trazido unilateralmente pela parte contrária” (STJ-3ª T., REsp 1.007.692, Min. Nancy Andrighi, j. 17/8/2010, DJ 14/10/2010).

Efeitos dos embargos declaratórios

Segundo a regra do art.538 do CPC, os embargos de declaração *interrompem* o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes. Os efeitos mais elementares de qualquer recurso são o *devolutivo* — a apelação devolve ao tribunal o conhecimento de tudo aquilo contra o qual se apela —, o *suspensivo* — o apelo obsta os efeitos da sentença e a formação da coisa julgada até o trânsito em julgado da decisão — e o *substitutivo* — a decisão sobre o mérito do apelo substitui inteiramente a decisão recorrida—. A doutrina também refere ao *translativo* — o julgador “*ad quem*” pode julgar fora dos limites da apelação nos casos das matérias de ordem pública ou que deva conhecer de ofício¹⁵ — e ao *expansivo* — vencido o juízo de admissibilidade, o órgão “*ad quem*” pode proferir decisão mais abrangente do que o simples reexame da matéria impugnada trazida pelo mérito do recurso—. Foi dito que a jurisdição é inerte. O efeito *devolutivo* dos embargos é a revelação de seu caráter dispositivo. O que a desperta é o ato de disposição da parte. Por outro lado, o juiz deve julgar a lide nos limites do pedido (CPC, art.128), e estes são fixados pela petição inicial. Quando embarga, a parte deduz frente ao juízo prolator da decisão hostilizada não um pedido novo, mas um *pedido de esclarecimento* da decisão anterior, cujos contornos haviam sido fixados na petição inicial. Os embargos declaratórios não deixam de ter efeito devolutivo apenas porque são interpostos para o mesmo juízo prolator da decisão recorrida. Como dito, sua função essencial é aclarar a decisão, e não reformá-la. Como regra, ao apreciar embargos, o juízo sentenciante não profere novo julgamento, e sim aclara a decisão anterior. Excepcionalmente, quando supre omissão, o caráter infringente dos embargos autoriza o juiz a prolatar nova decisão, “*pois diz mais do que continha a decisão anterior*”.

O efeito *suspensivo* é uma qualidade do recurso que posterga a produção dos efeitos da decisão embargada para o momento do trânsito em julgado. A suspensividade

15 “Os embargos declaratórios produzem *efeito translativo*, o qual autoriza que regressem ao órgão prolator da decisão embargada as questões apreciáveis de ofício, como, por exemplo, as questões relacionadas aos requisitos de admissibilidade dos recursos” (STJ-1ª T., REsp. 768.475-EDcl, Min. Denise Arruda, j.21/10/2008, DJ 12/11/2008).

somente pode ocorrer se a decisão embargada for recorrível, o que não é o caso, por exemplo, das sentenças de alçada (L. nº 5.584/70). Embora na constância da suspensividade não se possa, como regra, praticar atos de sequência do procedimento, o juiz pode determinar providências urgentes, que visem à conservação da coisa ou a evitar o perecimento do direito. O efeito *substitutivo* dos embargos declaratórios somente estará presente nos casos de conhecimento, ainda que não se lhes dê provimento de mérito. Superado o exame dos pressupostos de admissibilidade dos embargos, o órgão julgador pode dar-lhes provimento, no todo ou em parte, ou simplesmente negar-lhes provimento. Se modifica a decisão, aclarando-a, esta nova decisão substitui a anterior porque é a única que passa a valer no processo. A substitutividade dos embargos se dá mesmo que o órgão julgador lhes negue provimento. Assim é porque o que passa a valer no processo não é a decisão embargada, mas a proferida nos embargos, que confirma a decisão recorrida por não vislumbrar nos embargos qualquer das condições do art.535 do CPC.

Penso que não se possa aplaudir a lição de que o efeito substitutivo do recurso — *e aqui me refiro especificamente aos embargos declaratórios* — somente se dá quando se tratar de recurso contra *error in judicando* ou contra *error in procedendo* ao qual se nega provimento. Segundo esse entendimento, quando se dá provimento aos embargos interpostos contra decisão com *error in judicando*, substitui-se a decisão anterior, por outra. O mesmo efeito ocorreria nos casos de improvimento de embargos contra sentença com *error in procedendo* porque, nesse caso, se manteria incólume a sentença embargada. Mas, na hipótese de se dar provimento aos embargos contra sentença com *error in procedendo*, o julgamento posterior anularia a sentença atacada e não haveria o que substituir. Intuo que mesmo que se acolha a tese de *error in procedendo* e se anule a sentença, o efeito substitutivo estará presente justamente porque essa nova decisão substitui a antiga, e é a única que prevalecerá no processo. Tratando-se de embargos declaratórios, a natureza infringente, de que podem ser dotados, permite essa alteração, o que mais reforça a evidência de que o efeito substitutivo pode estar presente mesmo no caso de *error in procedendo*.

Reflexos da inadmissibilidade dos embargos declaratórios no prazo do recurso ordinário

Quando diz que nenhum juiz prestará a jurisdição senão depois de provocado, a lei quer dizer que a jurisdição é inerte. O ato de reclamar o exercício da atividade jurisdicional é, por assim dizer, *primal*, o que inaugura a jurisdição, desperta a jurisdição da sua inércia. O exame da validade desse ato postulatório é o exame da validade do próprio procedimento, do qual esse ato faz parte. Todo ato postulatório, qualquer que seja, se sujeita a um duplo exame pelo juiz da causa. Num primeiro juízo, verifica-se se o conteúdo da postulação é possível: trata-se de *juízo de admissibilidade* ou de *inadmissibilidade*. No segundo, se, sendo possível, a pretensão procede ou improcede: trata-se de *juízo de procedência* ou de *improcedência*. Somente se chega ao segundo juízo — *se a pretensão procede ou improcede* — se superado, com êxito, o juízo de admissibilidade. Quando o órgão julgador não pode superar o juízo de admissibilidade do recurso, diz-se que o apelo não foi admitido, ou não foi conhecido. O juízo de admissibilidade opera no *plano da validade* dos atos jurídicos, pertence à teoria geral do processo e se aplica ao procedimento. Apoia-se em pressupostos de admissibilidade, que se dividem em *intrínsecos* e *extrínsecos*. Os *intrínsecos* dizem respeito à própria existência do poder de recorrer: *cabimento*, *legitimação*, *interesse* e *inexistência de fato impeditivo* ou *extintivo do poder de recorrer*. Os *extrínsecos*, referem-se ao modo de exercitar o direito de recorrer: *preparo*, *tempestividade* e *regularidade formal*. Como todo recurso, os embargos declaratórios sujeitam-se a esses dois juízos (com exceção, como se disse, do preparo).

Questão interessante, já examinada em concreto, diz com a extensão da expressão “*para todos os outros recursos*”, constante da regra de direito. Imagine-se que, proferida uma sentença, um dos litigantes interpõe embargos de declaração. Como está no art.538 do CPC, esse ato faz *interromper* o prazo de qualquer outro recurso para ambas as partes, inclusive para aquela que não embargou. Seria possível que, após a decisão desses embargos, e já que o prazo de qualquer outro recurso está suspenso para todos, a parte que não embargou interpusse embargos de declaração não contra a sentença que decidiu os embargos do adversário, mas contra a sentença originária, que inicialmente não havia embargado? O STJ decidiu que sim, mas a solução não é bem-vinda na doutrina. O correto — *concordo* — seria admitir embargos declaratórios apenas contra a sentença que decidiu os embargos, pela própria parte ou pela parte contrária, até por que a parte que embargou não pode, depois de julgados os seus

embargos, continuar embargando a sentença já embargada, ainda que por outros fundamentos, mas apenas a sentença que decidiu os embargos de declaração.

Questão que ainda desafia a doutrina trabalhista diz respeito aos efeitos do *não conhecimento* dos embargos declaratórios na contagem do prazo de interposição do recurso ordinário. Na antiga redação dos arts.464 e 535, do CPC, a interposição dos embargos declaratórios *suspendia* o prazo de interposição do recurso seguinte. Hoje, embargos *interrompem* o prazo de qualquer outro recurso, mesmo para a parte que não embargou. Na *suspensão*, o prazo peremptório para o aviamento do recurso subsequente fluía inexoravelmente, mesmo em face da interposição dos embargos, de sorte que a parte, dispondo de oito dias para interpor o recurso ordinário no processo do trabalho, ou de quinze para o de apelação no processo civil, e tendo aviado embargos no 3º dia do prazo, somente poderia dispor dos cinco dias sobejantes para manejar o recurso próprio, se se tratasse do recurso ordinário do processo do trabalho, ou de doze, se de apelação do processo civil. Com a *interrupção*, todo o prazo é-lhe devolvido por inteiro a partir da intimação da sentença que julgar os embargos.

Como dito, no *juízo de admissibilidade*, o juiz verifica a satisfação dos *pressupostos intrínsecos* (*cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer*) e *extrínsecos* (*preparo, tempestividade e regularidade formal*) de admissibilidade dos embargos. Ainda que esses embargos não possam ser conhecidos por falta de um ou mais desses pressupostos, o prazo para a interposição do recurso subsequente estará automaticamente interrompido.

A única hipótese em que os embargos não conhecidos não interrompem o prazo do recurso seguinte é aquela em que os próprios embargos foram interpostos *fora do prazo legal*, ainda que dentro do prazo de interposição do recurso subsequente. Nesse caso, como não se interrompe prazo extinto, e os embargos declaratórios foram aviados de modo tardinho, o prazo de interposição do recurso subsequente ao de embargos continuou fruindo normalmente a partir da intimação da sentença. Se a parte interpuser o recurso próprio, fiando-se na suposição de que os seus embargos, embora intempestivos, interromperam o prazo do recurso principal, muito provavelmente terá deixado escapar o prazo legal e permitido a formação da coisa julgada material¹⁶.

16 “Os embargos de declaração intempestivos não interrompem o prazo para a interposição de outros recursos (STJ-3ª T., REsp. 434.913 – Edcl-AgRg, Min. Pádua Ribeiro, j. 12/8/2003, DJU 8/9/2003; STJ-4ª T., REsp. 230.750, Min. Sálvio de Figueiredo, j.9/11/1999, DJU 14/2/2000;

Mesmo aqui, há divergência, pois doutrina muito aplaudida diz que a interposição dos embargos declaratórios interrompe o prazo dos recursos ainda que feita a destempo. Segundo esse entendimento, os embargos declaratórios somente não interromperiam o prazo do recurso se viessem após o decurso do prazo do próprio recurso cabível contra a sentença que se pretendeu embargar. Como não se interrompe prazo já escoado, essa seria, em rigor, a única hipótese em que não haveria interrupção. Fora disso, e desde que o recurso próprio seja interposto dentro do prazo legal, haveria interrupção. Assim, por exemplo, se a parte dispõe de cinco dias para interpor embargos de declaração, e de oito para recorrer ordinariamente no processo do trabalho, haverá interrupção mesmo que interpostos embargos declaratórios no sexto dia, desde que o recurso ordinário seja aviado até o oitavo dia. Corrente jurisprudencial ainda mais rigorosa entende que embargos declaratórios interpostos no prazo, mas com a manifesta intenção de postergar a entrega da prestação jurisdicional, não interrompem o prazo do recurso subsequente¹⁷.

Recurso de cognição estrita

Dissemos que embargos são *recursos de fundamentação vinculada* ou de *cognição estrita*. A cognição é *estrita* porque ninguém pode interpor embargos a torto e a direito, por este ou aquele motivo. Somente os casos expressamente previstos pelo legislador comportam embargos. Assim, a cognição nos embargos deve restringir-se aos casos de *omissão*, *contradição* e *obscuridade* da sentença, decisão ou acórdão (CPC, art.535). Por isso que a cognição é restrita a esses três aspectos. Para toda e qualquer outra objeção que se tiver de fazer no processo há recurso próprio, ou não há recurso nenhum. Vejamos uma e outra:

STJ-5ª T., REsp.227.820, Min. Félix Fischer, j.26/10/1999, DJU 22/11/99).

17 “A utilização dos embargos declaratórios com a finalidade ilícita e manifesta de adiar a efetividade de decisão proferida pelo Tribunal, em aberta tentativa de fraude processual, enseja o não conhecimento desses embargos e a concessão excepcional de eficácia imediata àquela decisão, independentemente de seu trânsito em julgado”(STF-Pleno, RE 179.502-6-EDclEDclEDcl, Min. Moreira Alves, j. 7/12/95, DJU 8/9/2000.

Obscuridade, contradição, omissão

O art.535 do CPC diz que cabem embargos declaração quando houver, na sentença ou no acórdão, *obscuridade, contradição ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal*. *Obscuridade* é “ausência de luz”. Em sentido figurado, obscuro é aquilo ao qual “*falta claridade*”; é o “*estado do que é ininteligível*”, “*difícil de compreender*”, “*vago*”, “*indistinto*”, “*pouco definido*”. Poderá haver *obscuridade* em um julgado quando encadear a conclusão para **A** ou para **B**, mas não concluir nem **A** nem **B**. *Dúvidas subjetivas* (dúvidas da parte) nunca serviram de supedâneo aos embargos. Até mesmo a *dúvida objetiva* (que decorre da sentença ou do acórdão em si mesmos) foi extirpada do rol do art.535 do CPC pela Lei nº 8.950, de 13/12/94, que reduziu o cabimento da declaração à *obscuridade*, à *contradição* e à *omissão* sobre ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal. Duas proposições contrárias são de tal modo inconciliáveis entre si que se neutralizam, equivalem a zero. Se uma é verdadeira, a outra é falsa, e isso, se ocorre no processo, torna o julgamento incerto, pois o jurisdicionado não tem nenhum elemento concreto para inferir qual das duas deve prevalecer. *Contradição* é “*uma afirmação contrária ao que se disse*“. A contradição que autoriza a interposição de embargos é *interna*, isto é, somente pode ser aferida entre as premissas ou entre os capítulos do próprio julgado, umas em relação a outras, *na própria decisão*¹⁸. Haveria contradição se do encadeamento lógico das premissas aceitas pelo juiz como verdadeiras e provadas devesse decorrer naturalmente que a conclusão seria **A**, mas o juiz concluísse **B**¹⁹. Não há contradição se o juiz decide contra a afirmação da parte ou contra o que dizem a doutrina majoritária ou a jurisprudência prevalente porque, nesse caso, a contradição é *ficta* e *exógena*, isto é, em relação a uma premissa externa ao próprio conteúdo da decisão. Há contradição, “*se houve determinada linha de afirmação ou posicionamento*

18 “A contradição que autoriza os embargos de declaração é do julgado com ele mesmo, jamais a contradição com a lei ou com o entendimento da parte”(STJ-4ª T., REsp 218.528-EDcl, Min. Cesar Rocha, j.7/2/2002, DJU 22/4/2002).

19 “É contraditório o julgamento cuja fundamentação conduz à negativa de provimento do recurso especial, mas que conclui pelo parcial provimento da irrisignação” (STJ-2ª T., REsp 1.062.475-EDcl, Min. Eliana Calmon, j.1º/10/2009, DJ 14/10/2009).

na decisão, mas esta operou-se de forma diversa daquela que seria indicada pela lógica, ou como consequência inderrogável e fatal do pensamento alinhado. A contradição advém de inclusão na decisão de proposições entre si, absolutamente inconciliáveis. O raciocínio se desenvolve na sentença através de proposições que devem estar harmonizadas entre si”. Não sendo um caso típico de erro material, a contradição da sentença traduz um *error in procedendo* do juiz porque representa um descompasso entre a situação de fato apurada nos autos e a elaboração do comando sentencial. Ou seja: o juiz conclui contrariamente ao que apurou nos autos e disso resulta uma contradição existente entre o que deflui dos autos e o que foi efetivamente decidido.

Dá-se *omissão* quando o juiz deixa de apreciar ponto jurídico controvertido, relevante e que efetivamente influa no conteúdo da decisão. Esse ponto controvertido deve ter constado necessariamente do recurso, ou não se considera devolvido²⁰. Se o ponto jurídico não é controvertido, não é relevante e não influi na decisão, inclui-se na categoria dos *atos simples processuais* e sobre eles não há necessidade de pronunciamento exposto. Sanar uma omissão não significa satisfazer o capricho ou o excesso de zelo da parte, *mas completar a jurisdição*, integrar uma decisão judicial com os requisitos mínimos que a tornem compreensível, justa e exequível. Admite-se interposição de embargos para corrigir omissão consistente na falta de juntada de voto vencido. Diz-se que o voto, embora vencido, integra a decisão prevalente e a parte tem o direito de conhecer o seu teor²¹⁻²². É sempre útil considerar que a função essencial dos embargos é “*a revelação do verdadeiro sentido da decisão, bem como repor a decisão nos limites traçados pelo pedido da parte*”. Embargos declaratórios não se prestam a

20 “À exceção das questões de ordem pública (“*verbi gratia*”, previstas no §3º do art.267 do CPC), não pode a parte suscitar questão nova(ou seja, que não constou das razões de apelação) em embargos de declaração” (STJ-2ª T., REsp. 127.643-SP, rel. Min. Adhemar Maciel, j.4/8/98).

21 “Caracterizada a omissão de não haver sido juntado aos autos o teor do voto vencido, acolhem-se os embargos de declaração” (STJ-4ª Turma, REsp 110.336-PR-EDEcl, rel. Min. Sávio de Figueiredo, j.17/10/1962).

22 “Sendo o voto vencido parte integrante do “*decisum*”, é direito da parte conhecer os seus fundamentos, emitidos na assentada de julgamento” (STJ-1ª Seção, ERsp 191.319-RS, rel. Min. Peçanha Martins, j.14/12/2000).

“obrigar o juiz ou o tribunal a responder a questionários da parte sobre meros pontos de fato (fatos simples), não tidos como relevantes para o julgamento“. Nos embargos, “o que se pede é que declare o que foi pedido, porque o meio empregado para exprimi-lo é deficiente ou impróprio. Não se pede que se redecida, pede-se que se re-exprima”. Segundo a jurisprudência, “não ocorre omissão quando o acórdão deixa de responder exhaustivamente a todos os argumentos invocados pela parte, certo que a falha deve ser aferida em função do pedido, e não das razões invocadas pelo litigante. Não há confundir ponto do litígio com argumento trazido à colação pela parte, principalmente quando, para a solução da lide, bastou o exame de aspectos fáticos, dispensando o exame da tese, por mais sedutora que possa parecer. Se o acórdão contém suficiente fundamento para justificar a conclusão adotada, na análise do ponto do litígio, então objeto da pretensão recursal, não cabe falar em omissão, posto que a decisão está completa, ainda que diversos os motivos acolhidos seja em primeira, seja em segunda instância. Os embargos declaratórios devem referir-se a ponto omissos ou obscuros da decisão e não a fatos e argumentos mencionados pelas partes”.

Prequestionamento

Na maioria dos casos de embargos no processo do trabalho, o embargante pré-avisa que o faz para “prequestionar” a matéria. A Súmula nº 356, do STF, costumeiramente citada para justificar a interposição dos embargos quando se quer o prequestionamento, diz que “o ponto omissos da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento”. A súmula fala em “ponto omissos da decisão”. É preciso, portanto, que a decisão não tenha enfrentado a questão jurídica objeto dos embargos, por isso que se exige a sua interposição para que sobre o ponto omitido o juízo deixe expresso o seu entendimento. Se a questão jurídica objeto dos embargos foi enfrentada expressamente pelo juiz ou tribunal, e rejeitada, ou provida em parte, ou provida de maneira que não agrada ao embargante, de nada servem os embargos porque não se trata de omissão que prejudique o recurso extraordinário, mas de pronunciamento direto do órgão julgado contra o qual o recurso obviamente não é o de embargos. Nessa

hipótese, não é possível interpor embargos “para prequestionar” porque, em tese, nada o recurso extraordinário seria prejudicado.

Prequestionar é questionar antes, debater. Assim dizendo, o embargante deixa subentendido que, qualquer que seja o resultado dos embargos, irá interpor recurso de revista para o TST. Esse pré-aviso seria mesmo necessário? Mais que isso: embargos de declaração se prestam a isso? Para ambas as perguntas a resposta é “não”. Somente se admite o manejo de embargos declaratórios para prequestionar certa matéria quando se tratar de *questão federal* ou de *questão constitucional*, “para efeito de viabilizar a interposição de recurso especial ou recurso extraordinário. Trata-se de requisito necessário à admissão desses recursos, nos quais não se pode ventilar questões que não foram objeto de tratamento no acórdão recorrido”.

Vamos dissecar o conceito. Em primeiro lugar, o prequestionamento é necessário apenas quando se tratar de *questão federal* ou *constitucional*. Não é, portanto, qualquer matéria que exige prequestionamento, mas apenas aquela que envolver questão federal ou constitucional. Esse é o primeiro ponto. Além disso, o prequestionamento é necessário quando os recursos cabíveis após o ordinário forem o *especial* ou o *extraordinário*. Se esses recursos não são cabíveis, não há necessidade de prequestionamento. Assim é porque esses recursos são excepcionais e não admitem discussão de matérias que não tenham sido objeto de tratamento no acórdão recorrido, por isso se maneja embargo declaratório como forma indireta de completar a discussão sobre o ponto. Mas, em regra, essa discussão não é possível nem cabível em embargos de declaração. De fato, não há espaço para *nenhum prequestionamento* nos embargos de declaração se a tese neles debatida, e que se diz não enfrentada expressamente no acórdão, já foi ali examinada, ainda que sob outros fundamentos, ou sem menção expressa ao fato em si. O que rende ensejo aos embargos, com o fim específico de prequestionar, é, primeiro, a efetiva arguição da *questão federal* ou *constitucional*, antes da interposição dos embargos, pois não se admite que a parte se valha dos embargos para levantar nos autos, *pela primeira vez*, questões que não foram alvo de seu prequestionamento e padecem, assim, de completa falta de exame no acórdão embargado. O que a Constituição Federal exige como fundamento do recurso de revista não é prequestionamento, mas que a causa tenha sido decidida pelo Tribunal em face da questão federal ou constitucional. O que se exige é que a questão a ser debatida na revista tenha sido deduzida no recurso, como ônus das partes, e decidida pelo Tribunal,

dentro do princípio da devolutividade, e não o simples questionamento. Prequestiona-se nas razões de recurso, por meio das quais se põe ao Tribunal a necessária dialeticidade que estabelecerá o diálogo recursal. Assim, a doutrina:

“O prequestionamento é realizado, ordinariamente, pela parte através das próprias razões recursais (v.g. as razões de apelação), que ensejarão a manifestação do órgão a quo acerca do tema levantado. Fora desse modo, não há como efetuar-se o prequestionamento. Se realizado a partir de embargos de declaração, deve ter como pressuposto um anterior debate em sede das razões recursais acerca do tema, já que, sendo defeso ao juízo a quo manifestar-se acerca da matéria não arguida pelas partes, de igual modo sequer seriam passíveis de conhecimento os embargos de declaração que visassem apenas e tão somente incitar o órgão julgante a declarar-se acerca de determinado tema, se o assunto já não tivesse sido levantado em razões recursais. Vê-se, pois, que através de embargos de declaração não é possível realizar-se prequestionamento, uma vez que, a rigor, o prequestionamento eminentemente necessário já é de ter sido realizado quando da apresentação das razões recursais. Os embargos declaratórios prestar-se-iam, apenas, a incitar o órgão julgador a suprir determinada omissão, e nesse suprimento talvez fique demonstrada a existência de violação a disposição federal. No máximo, poder-se-ia entender que a parte requestionaria, através dos embargos de declaração. Isso porque já teria ocorrido o prequestionamento e, não havendo manifestação do órgão julgador a respeito da questão constitucional ou federal, através dos embargos de declaração se visaria a alcançar a supressão da omissão, mas não o prequestionamento, que já é de ter ocorrido. Quando a própria decisão viola a norma jurídica não há que se falar em necessidade de prequestionamento pela parte, através de embargos de declaração. Efetivamente, não há razão lógica para tal exigência, pois o requisito imposto pela Carta Magna à admissibilidade do recurso extraordinário ou especial já se encontra presente. Ademais, os embargos de declaração não se podem prestar a agitar matéria que já existe na decisão embargada, a não ser que haja contradição, obscuridade e omissão”.

Multa por embargos procrastinatórios

O parágrafo único do art.538 do CPC diz que na hipótese de embargos manifestamente protelatórios o juiz ou tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% sobre o valor da causa. Na reiteração dos embargos, eleva-se a multa para até 10%, e novo recurso somente será admitido se o

litigante de má-fé efetuar esse depósito²³. A doutrina diz que “o direito está emprenhado pela ética”²⁴. A “conducta del litigante es abusiva para con el Estado, no para con el adversário. La litigación temeraria constituye pues un ataque a las instituciones jurisdiccionales del Estado, un requerimiento inútil, excesivo o antifuncional del los tribunales estatales”²⁵. Josserand afirmou que “exercício de um direito não é incompatível com a noção de culpa, mas o conceito de culpa, que acolhe, quando trata do abuso de direito, não é o conceito clássico, mas o de culpa social, ou seja, o desvio da missão social do direito”. Embora se admita, modernamente, que a ação é um direito subjetivo e abstrato de agir, não se deve justificar a lide de má-fé a pretexto de dizer que qualquer ação, mesmo a que deduza lide temerária, deve ser acolhida e julgada porque se assenta num corolário constitucional. Ação e pretensão são coisas distintas, e isso já se sabe desde WINDSCHED e BÜLLOW, DEGENKOLB e PLÓTZ. CASTRO FILHO disse que “O embaraço desaparece se se recordam as modernas noções do direito processual, em que claramente se distinguem a ação e a pretensão. Assim, a ação, que é o poder ou faculdade de provocar a atividade jurisdicional, concede-se a qualquer um, sem cogitar a sua razão. Já a pretensão, que é a exigência da subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio (Carnellutti), só se admite posta em juízo aquela razoável, sendo repelida a pretensão abusiva. Pode-se, desta maneira, conciliar perfeitamente a tese da responsabilidade por lide temerária (pretensão infundada, manifestada em juízo), com o princípio de que a todos é lícito usar dos meios judiciais (ação), mesmo sem ter razão”. Está na jurisprudência:

“Dano processual — Litigante de má-fé — Pretensão sem fundamento.

Se a conduta do litigante no curso do processo, a par do notório conceito profissional de seus patronos, evidencia que não podia desconhecer a falta

23 “O prévio depósito do valor da multa somente passa a ser requisito de admissibilidade de recurso quando se trata de sanção imposta a embargos reiteradamente protelatórios. Se a parte teve um único embargos de declaração (sic) considerados protelatórios (sic), a admissão do ulterior recurso independe do recolhimento do valor da multa (STJ-Corte Especial, ED no REsp 389.408, Min. Francisco Falcão, j.15/10/2008, DJ 13/11/2008).

24 LEÃO, Adroaldo. **O Litigante de Má-Fé**, Forense, Rio de Janeiro, 1982, p.9.

25 ZEISS, Walter. **El Dolo Procesal**, Buenos Aires, 1979, p.32, apud Adroaldo Leão, *op.cit.*, p.10.

de fundamento de sua pretensão, inelutável é a aplicação da sanção processual do litigante de má-fé (1º TARJ, Ac. unânime da 5ª Câmara Cível, de 18/9/78, Ap.82.952, Rel. Juiz Astrogildo de Freitas).

“Dolo processual — Litigante de má-fé — Defesa protelatória.

Como litigante de má-fé deve ser havido aquele que argui pretensão ou defesa em fundamentos que saiba manifestamente sem base jurídica, com intuito protelatório (TARS, Acórdão unânime da 3ª Câmara Civil, de 25/4/79, Ap.20.256, Rel. Juiz Carlos Ignácio Sant’anna).

O art. 32 da Lei nº 8.906, de 4/7/94 (Estatuto da OAB), diz que “o Advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”. Embora o parágrafo único ressalve que “Em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria”, a culpa processual pode acarretar responsabilidade pessoal do advogado, e não da parte a quem representa.

O art.18 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei nº 8.952, de 13/12/94, diz que “O juiz, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou”. Para o art. 17, litiga de má-fé todo aquele que “deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; ou provocar incidentes manifestamente infundados”.

Apreciando arguição de litigância de má-fé em sede de embargos declaratórios, o E. STF disse:

“Embargos de declaração. Inocorrência de obscuridade ou omissão. Pretensão recursal que visa, na realidade, a um novo julgamento da causa. Caráter infringente. Inadmissibilidade. Pretendida imposição de multa. Ausência de intuito procrastinatório. Atitude maliciosa que não se presume. Inaplicabilidade do art.18 e do parágrafo único do art.538 do CPC. Embargos de declaração rejeitados.

1 — Os embargos de declaração — desde quando ausentes os seus requisitos de admissibilidade — não podem ser utilizados com a finalidade de sustentar eventual incorreção do acórdão impugnado ou de propiciar um novo exame da própria questão de fundo, em ordem a viabilizar, em sede

processual absolutamente inadequada, a desconstituição de ato decisório regularmente proferido. Precedentes.

2 — *A mera circunstância de os embargos de declaração haverem sido opostos com o objetivo de infringir o julgado não permite presumir que a parte recorrente tenha agido com o intuito de agredir o princípio da lealdade processual. É que não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer. Comprovação inexistente, na espécie”.*

Ou seja: sendo recurso de cognição estrita, os embargos declaratórios não podem ser utilizados para discutir eventual *incorreção* de julgamento ou para *desconstituir* a decisão, mas o fato de haverem sido interpostos com essa intenção não basta, em princípio, para configurar lide de má-fé. É preciso demonstrar que a parte, ao embargar, *abusou do direito de recorrer*. É claro que a má-fé não se presume. A má conduta da parte tem de ser provada, assim como provado deve estar o prejuízo da outra parte para que a condenação por litigância de má-fé se sustente. É preciso considerar, no entanto, que é direito constitucional de quem reside em juízo o tempo razoável do processo. A parte que embarga sem nenhum fundamento, e fora das hipóteses específicas do art.535 do CPC, deduz *lide temerária*, manifestação explícita de abuso do direito de recorrer. A parte que sofre os efeitos dos embargos desarrazoados não precisa provar, *objetivamente*, qualquer prejuízo processual, pois isso deflui do simples retardamento desnecessário da entrega da prestação jurisdicional²⁶.

Embargos de embargos

É possível interpor embargos de embargos, mas, pelos princípios da *unirrecorribilidade* e da *preclusão consumativa*, os segundos embargos somente podem atacar *omissão*, *contradição* ou *obscuridade* eventualmente contidas na decisão dos

26 “É protelatória a conduta processual que 1º) renova embargos de declaração sem causa jurídica ou fundamentação adequada; 2º) não aponta nenhuma omissão ou vício no julgamento anterior; 3º) visa modificar os fundamentos da decisão embargada; 4º) é reiteração de anteriores embargos de declaração, no qual a matéria foi expressa e fundamentadamente aclarada; 5º) retarda indevidamente o desfecho do processo; e 6º) há recurso cabível para a finalidade colimada”(STJ-2ª T., REsp 859.977-EDcl-EDcl, Min. Eliana Calmon, j.8/9/2009, DJ 24/9/2009).

primeiros embargos²⁷, e nunca na sentença ou no acórdão já embargados uma primeira vez²⁸. Por *unirrecorribilidade*, entende-se que cada ato processual eventualmente recorrível comporta um único tipo de recurso. A parte não tem a possibilidade de escolher dentre os recursos existentes o que melhor lhe convém. No *processo civil*, identifica-se esse princípio pela combinação dos arts. 162,163,504,513 e 522 do CPC; no *processo do trabalho*, pela leitura dos arts.895,896 e 897 da CLT. O que define o tipo de recurso cabível contra cada ato judicial é o conteúdo desse ato, e não a sua forma ou o seu *nomen juris*. Pouco importa que o juiz dê ao ato forma ou nome distintos dos que prevê a lei; importa o conteúdo do ato atacável, pois é ele quem vai definir o tipo de recurso. Se a parte embarga e obtém uma sentença acolhendo ou rejeitando seus embargos, não pode, a pretexto de reembargar, alegar omissão, contradição ou obscuridade contidos na decisão ou acórdão porque, para esses possíveis defeitos, há *preclusão consumativa*. Apenas os defeitos contidos na *primeira decisão de embargos* podem ser objeto de novos embargos. Assim, não é possível embargar de declaração uma sentença ou um acórdão alegando, por exemplo, *contradição* e *omissão*, e, depois de julgados os embargos, interpor novos embargos alegando *obscuridade* da mesma sentença ou do mesmo acórdão já impugnados pelos primeiros embargos. Há *preclusão* para esse tipo de estratégia e quebra evidente do princípio da *unirrecorribilidade*.

27 “Os segundos embargos de declaração se prestam para sanar eventual vício existente no julgamento do primeiro incidente declaratório, não para suscitar questão relativa a julgado anterior e que não foi arguida nos primeiros embargos declaratórios”(STJ-3ª Seção, MS 7.728-DF-EDcl-EDcl, rel. Min. Felix Fisher, j.23/6/2004).

28 “Os segundos embargos declaratórios devem alegar obscuridade, omissão, dúvida, ou evidente erro material do acórdão prolatado nos primeiros embargos, não cabendo atacar aspectos já resolvidos nesta decisão declaratória precedente e, muito menos, questões situadas no acórdão primitivamente embargado”(STF-2ª T., RE 229.328 – AgRg-EDcl-EDcl, Min. Ellen Gracie, j.10/6/2003, DJU 1º/8/2003).