

4. PARECERES

4.2

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS: a decisão dos embargos, neste caso, “integra-se” na decisão embargada?

ATHOS GUSMÃO CARNEIRO

SUMÁRIO: 1. Sinopse dos eventos relevantes – 2. Podem os embargos de declaração “modificar” o acórdão embargado? – 3. O voto vencido, nos embargos declaratórios, pode ser “transportado” para o acórdão embargado?

Examinei recentemente, consultado por instituição bancária através o eminente jurista Dr. Sérgio Bermudes, uma relevante e pouco versada questão processual: pode a decisão de um Tribunal, *denegatória de provimento a embargos de declaração*, vir a influir no julgamento proferido no aresto embargado, “transformando-o” de acórdão *unânime* em acórdão por *maioria de votos* e, assim, suscetível de ser impugnado não mediante recurso especial (ou extraordinário), mas sim por embargos infringentes?

1. Sinopse dos eventos relevantes

O estabelecimento bancário havia requerido, perante a Justiça do Estado de Pernambuco, a *falência* de uma empresa pela falta de pagamento de quantia equivalente a US\$ 200.000,00, pretensão esta julgada improcedente em primeira instância; a sentença foi confirmada, em nível de apelação, por dois votos a um, e em embargos infringentes do julgado por três votos a dois.

Com base no art. 20, par. ún., da Lei falencial, a aludida empresa promoveu então, contra o banco, *ação de indenização, julgada procedente*, resultando condenado o réu ao pagamento de imensa indenização, que teria alcançado o valor de US\$ 60.000.000,00 (!).

Em apelação, a sentença resultou confirmada pela 4.^a Câm. Cív. do TJPE, por “unanimidade” de votos.

Ao aresto o estabelecimento bancário opôs *embargos de declaração* a fim de eliminar suposta contradição, embargos aos quais a Câmara, por maioria de votos, *negou provimento*. Neste julgamento o desembargador revisor, que havia, com os demais julgadores, negado provimento à apelação do banco, *voltou atrás*, inclusive afirmando que o apelante “nada devia” à autora. Pelo teor de seu pronunciamento, vê-se que o mesmo teve *caráter infringente*, em princípio não ade-

quado à natureza dos embargos declaratórios; em última análise, diga-se desde logo, o ilustre julgador proferiu em nível de embargos de declaração o voto de mérito que poderia (e deveria) ter prolatado quando da apelação.

Vale transcrever o trecho final do voto:

“Isto posto, o meu voto é no sentido de dar provimento aos Embargos, dando-lhes caráter infringente a fim de que seja reconhecido o monstruoso anatocismo que redundou no *quantum* astronômico, o qual, dada a total improcedência da sua origem, deve ser reduzido a nada, isentando-se de qualquer obrigação uma entidade bancária que em nada contribuiu para a periclitante situação da empresa Embargada, ainda tendo créditos a receber. É como voto” (*sic*).

O banco apresentou, então, seus segundos embargos de declaração, os quais foram “rejeitados” por maioria de votos, sendo punido com multa de 10% sobre o valor da causa, com base no art. 538, par. ún., *in fine*, do CPC. Na oportunidade, manteve-se vencido o desembargador revisor, o qual reiterou haver proferido *juízo de retratação*.

O sucumbente, inconformado, interpôs recurso especial ao C. STJ, com supedâneo nos incs. *a* e *c* do permissor constitucional, sustentando inclusive o absoluto descabimento da multa imposta por reiteração de embargos protelatórios, eis que os primeiros embargos sequer haviam sido afirmados como tais. A empresa autora seria uma empresa “criada, como tantas outras, para açambarcar benefícios da Sudene”, já insolvente quando do pedido de falência, de forma que, ao requerer-lhe a quebra, o banco credor não cometera nenhum ato ilícito, capaz de justificar teratogênica indenização. É argüida a contrariedade aos arts. 20 da Lei de Falências, 159 e 1.062 do CC e 535, I e II, e 538, par. ún., do CPC, além do dissídio pretoriano.

Em contra-razões, a empresa recorrida trouxe à balha, em prefacial, a Súm. 207 do STJ, pela qual *não é admissível o recurso especial “quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”*.

Esta preliminar *foi acolhida* pelo desembargador vice-presidente do TJPE, que ao apelo extremo negou seguimento.

Interpôs o banco, então, a teor do art. 544 do CPC, agravo de instrumento contra a decisão de não-admissão do apelo extremo, afirmando o cometimento de uma “cinca deplorável”, eis que a modificação do acórdão pode, excepcionalmente, ocorrer por via dos embargos declaratórios, mas isso “somente quando esses embargos são providos, o que não ocorre quando dois juízes os rejeitarem”.

Feita esta breve narrativa, passemos à análise do interessante tema processual.

2. Podem os embargos de declaração “modificar” o acórdão embargado?

A esta indagação respondemos que, *em princípio, atendidos determinados pressupostos, sim*. Como está no magistério de Antônio Carlos de Araújo Cintra,

“qualquer restrição que se oponha a essa força modificativa dos embargos de declaração nos estritos limites necessários à consecução de sua finalidade específica constituirá artificialismo injustificável, que causará a mutilação do instituto” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, n. 256, vol. IV, 2000; RT 595/15).

A pretensão de quem embarga é, aliás, exatamente a de *alterar* a decisão singular ou colegiada, conforme dispõe o art. 463, II, do CPC, *verbis*:

“Art. 463. Ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la:

I – (...);

II – por meio de embargos de declaração”.

Assim ocorre, v.g., quando a decisão padeça de *obscuridade*, ou seja, de falta de clareza, quer na fundamentação da sentença ou do acórdão, como no próprio dispositivo; em casos tais, a decisão proferida nos embargos declaratórios, nos quais a obscuridade é reconhecida, irá *completar e explicitar* o real sentido daquela que se pediu fosse aclarada (REsp 5.750/ES, 4.ª T. do STJ, de relatoria do signatário, RSTJ 32/227), ainda que o acórdão de embargos declaratórios possa por vezes haver declarado, por manifesto equívoco, que estes não foram conhecidos.

Opera-se, destarte, uma “integração” plena entre a decisão declarada e a decisão proferida em nível de embargos de declaração; na antiga lição de João Monteiro (ainda que atualmente suscetível de certas restrições), a decisão dos embargos “está para a sentença declarada na mesma relação em que, para a lei interpretada, está a lei interpretativa: assim como esta faz parte integrante daquela, de modo que uma e outra são a mesma lei, assim também a sentença declarativa e a declarada se integram em uma mesma sentença (*Teoria do processo civil e comercial*, 4. ed. 1925, vol. 3, p. 615).

Nos casos de *obscuridade*, é possível, em termos, aceitar o ensinamento de Pontes de Miranda: “A sentença nos embargos de declaração não substitui a outra, porque diz o que a outra disse. Não pode dizer algo menos, nem diferente, nem mais. *Se o diz, foi a outra sentença que o disse*” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 2. ed., 1961, t. XII, p. 345) (grifamos).

Mestre Frederico Marques, com remissão a Carvalho Santos e a Pimenta Bueno, refere que a decisão dos embargos “nada mais poderá acrescentar, alterando a decisão anterior”, sendo-lhe defeso, “por qualquer modo, direto ou indireto, alterar a substância da decisão embargada”: isso, no dizer do saudoso processualista, “significa que o juiz dos embargos não pode ir além do que o recurso permite, transmutando o reexame declaratório em infringência do julgado”. Todavia, prossegue Frederico Marques, tal não significa que a decisão dos embargos, quando providos, não implique em modificação da decisão embargada: “Desde que completou o acórdão recorrido, no que ele tinha de omissivo, ou desfez suas ambigüidades, ou concertou as contradições ali existentes, claro está que algo foi inovado na decisão anterior”. Assim, conclui ele, a decisão dos embargos consti-

tui “um pronunciamento integrativo-retificador” (*Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. n. 1.112, vol. IV).

Sublinha, no entanto – e é importante que se destaque –, que não se permite vá a “inovação” além dos limites da simples declaração, para, “indeviadamente, alterar o conteúdo da decisão, suprindo *errores in iudicando* ou *errores in procedendo* que não podiam ser objeto do julgamento declaratório” (ibidem).

Não será demasia lembrar, desde logo, que em alguns casos excepcionais tem sido admitido o efeito infringente para correção de *erro material*.

Assim os EDcl no REsp 260.096, de cuja ementa consta:

“Os embargos de declaração devem ser examinados dentro dos critérios de natureza integrativa peculiares à especialidade do recurso, visando aclarar pontos obscuros, omissos ou contraditórios do julgado (art. 335 do CPC) e excepcionalmente, por construção pretoriana, corrigir erro material” (STJ, 1.^a Seção, acórdão de 26.09.2001, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 22.10.2001, p. 262).

Já os EDcl nos EDcl nos EDiv no REsp 240.794 foram acolhidos (*rectius*, “providos”) sob a ementa seguinte:

“Os embargos de declaração podem, em caráter de excepcionalidade, ter efeito esclarecedor, desde que detectada a omissão no *decisum* que, corrigido, importe em complementação do julgado” (STJ, 3.^a Seção, acórdão de 12.09.2001, rel. Min. Arnaldo da Fonseca, DJU 22.10.2001, p. 265).

Nos casos de decisão afirmada *omissa* ou de decisão que encerre *contradição*, afigura-se igualmente evidente que os embargos de declaração, uma vez providos, produzirão *efeito modificativo* da decisão embargada.

José Carlos Barbosa Moreira coloca com a habitual precisão a controvérsia:

“Costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma. Formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos. Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação *autêntica*. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos *inova* abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí, *mais* que a outra. O que parece mais exato é afirmar, como fazia o Código baiano (art. 1.341), que o provimento dos embargos se dá ‘sem nenhuma outra mudança no julgado’, além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. V, n. 304).

Em continuação, o renomado processualista assinala a existência de casos em que o suprimento da omissão importa efeito nitidamente infringente: assim, se a omissão diz respeito a alguma questão preliminar impeditiva do exame de mérito, e

tal preliminar vem a ser examinada e acolhida, então cai a decisão relativa ao mérito, e o julgamento dos embargos terá tido eficácia modificativa (ibidem).

E assim também Egas Moniz de Aragão:

“Ninguém contesta que os embargos de declaração *não* visam a *modificar* o julgamento; não é possível que, por seu intermédio, a proposição *a*, por estar errada, ou injusta, venha a ser substituída pela proposição *b*, tida como certa, ou justa – isso seria objeto dos julgamentos em grau de recurso. Mas é evidente que se o julgamento contiver, simultaneamente, afirmações excludentes entre si, urge que uma delas seja afastada (quicá ambas, para dar lugar a uma terceira) e isso só se faz, obviamente, alterando o próprio julgamento, a fim de, expungida a contradição, torná-lo coerente. Por conseguinte a velha e corriqueira afirmação, às vezes repetida sem meditação, de não ser permitido ‘modificar’ o julgamento através de embargos de declaração, precisa ser entendida com argúcia” (*Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. n. 116, p. 162).

Busquemos exemplo: se uma petição inicial contém os pedidos a), b) e c), e a decisão de mérito julga apenas os pedidos a) e b), omitindo-se quanto ao pedido c), claro está que os embargos declaratórios, *se providos* (por unanimidade ou por maioria de votos) e, pois, operado o julgamento deste último pedido, terão *alterado o decisum* inicial. O acórdão dos embargos “*integra-se*” substancialmente ao acórdão embargado.

Todavia, se os embargos forem à unanimidade *rejeitados* (o terceiro pedido, *v.g.*, terá sido considerado de natureza sucessiva eventual e, assim, logicamente prejudicado), negando-se portanto a existência de qualquer omissão, então a decisão dos embargos não altera em nada a decisão embargada, que remanesce íntegra e intocada.

E se a decisão de rejeição desses embargos for tomada *por maioria de votos*, um dos julgadores ficando vencido sob o argumento de serem todos os pedidos simplesmente cumulados, sem sucessividade? Ainda assim, *como os embargos não foram providos, logicamente o aresto embargado permaneceu intacto!* Como é do sistema, prevalecem os votos majoritários.

Nos casos de decisão eivada por *contradição*, ainda mais evidente a possibilidade de os embargos declaratórios importarem em alteração da decisão embargada. Com efeito, a corrigenda que se impõe ante a verificação de que no aresto (ou na sentença) existem proposições inconciliáveis entre si pressupõe necessariamente o afastamento ou a modificação de pelo menos uma destas proposições.

Tal incompatibilidade pode ocorrer entre proposições do próprio dispositivo, como se a sentença apelada é afirmada nula, mas, mesmo assim, o tribunal decide a apelação em seu mérito; ou entre os fundamentos do *decisum* e seu dispositivo: a fundamentação é no sentido da improcedência da pretensão do autor, porém, mesmo assim, ao final o autor é dado como parte vitoriosa.

Em qualquer caso, o afastamento da incompatibilidade, quando afirmada existente, supõe a alteração do aresto embargado e, pois, será nítida a “*integra-*

ção” entre o acórdão de acolhimento dos embargos e o acórdão embargado, em unidade substancial.

Todavia, caso a contradição argüida pela parte embargante venha a ser negada, claro está que o aresto permanece intocado. Pouco importa que um dos julgadores, na instância dos embargos, haja considerado nula a sentença e votado no sentido de cancelamento da decisão de mérito, se os demais negarem tal nulidade: *por unanimidade ou por maioria, o certo é que os embargos de declaração não terão sido acolhidos e, portanto, subsistirá em sua integridade o acórdão recorrido.*

3. O voto vencido, nos embargos declaratórios, pode ser “transportado” para o acórdão embargado?

No caso concreto, trazido à nossa apreciação, vê-se que quando do julgamento de embargos declaratórios um dos ilustres desembargadores, que anteriormente votara pela procedência de demanda indenizatória, convenceu-se de que havia “errado”, de que sua anterior decisão fora injusta, proferida contra a prova dos autos e contra o bom direito. Em consequência, exerceu nos embargos um verdadeiro *juízo de retratação* (disse ele expressamente, quando dos segundos embargos: “... exerci, nestes autos, juízo de retratação”) e modificou o voto anteriormente proferido, afirmando que passava a julgar improcedente o pedido da demandante.

Esta “modificação de voto” – que não teve por fundamento nenhuma obscuridade, nem omissão, nem contradição do aresto, mas sim sua “injustiça” – terá tido o condão de *modificar o acórdão embargado, que deixaria de ser considerado unânime para tornar-se um aresto por maioria de votos* e, assim, insuscetível de ser de imediato impugnado mediante recurso especial?

Esta a *vexata quaestio*.

A ela podemos responder negativamente: o acórdão embargado *unânime era, e unânime continuou*. E isso por dois fundamentos relevantes.

Em primeiro lugar, o “segundo” voto do eminente desembargador revisor, embora seu louvabilíssimo intento de fazer boa justiça e o alto mérito, no plano moral, de sua retratação, revela-se *ineficaz no plano jurídico*. Note-se que, se todos os julgadores, ou a maioria deles, se houvessem retratado por convictos da *erroria* da anterior decisão – portanto sem invocação aos peculiares pressupostos dos embargos aclaratórios –, os embargos declaratórios teriam sido (embora indevidamente) acolhidos, mas tal decisão, caso dela interposto recurso especial, provavelmente seria cassada pelo colendo STJ ante a contrariedade ao art. 535 do CPC, eis que desvirtuada a finalidade dos embargos, aproveitados como se representassem um amplo “recurso de revisão”.

Confira-se, a respeito, a orientação do Excelso STJ, precisamente revelada na ementa lançada nos EDcl no AgRg no AgIn 326.479, *verbis*:

“A omissão suscetível de ser afastada por meio de embargos declaratórios é a contida entre os próprios termos ou entre a fundamentação e a conclusão do acórdão embargado. Não se imiscui com a valoração da matéria debatida e apreciada.

No caso em tela, não há omissão a ser esclarecida por meio de embargos de declaração e não pode a parte se valer desse instrumento processual para ver seu recurso novamente julgado.

Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, *mesmo nos embargos de declaração com o fim de prequestionamento, devem-se observar os lindes traçados no art. 535 do CPC (obscuridade, dúvida, contradição, omissão e, por construção pretoriana integrativa, a hipótese de erro material). Esse recurso não é meio hábil ao reexame da causa* (REsp 13.843/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU de 24.08.1992). Embargos de declaração rejeitados. Decisão unânime” (STJ, 2.^a T., rel. Min. Franciulli Netto, acórdão de 18.09.2001, DJU 29.10.2001, p. 196).

Razão, destarte, assistia ao banco agravante, ao afirmar, com veemência, seu ilustre procurador que,

“... proferido um voto, encerrado o julgamento e proclamado o resultado, o juiz integrante do colegiado já não pode retroceder e mudar o voto, sequer na mesma sessão. A modificação do acórdão pode, excepcionalmente, ocorrer por meio de embargos de declaração, mas somente quando esses embargos são providos, o que não ocorre quando dois juízes os rejeitarem. Permita-se ao agravante repetir essa obviedade, que extravasa o seu apavoramento com o que, inexplicavelmente, lhe vem sucedendo no processo surrealista”.

E reporta-se, no azo, ao magistério do E. José Carlos Barbosa Moreira, em estudo publicado no recente livro *Temas de direito processual – Sétima série* (São Paulo: Saraiva, 2001, p. 107-110), em que assinala que a proibição de retificações de voto após a proclamação do resultado “... é imposição de princípios básicos, do puro e simples bom senso”.

Em segundo lugar, no caso em exame os embargos declaratórios, tanto os primeiros como os segundos, foram rejeitados: assim, *o acórdão embargado remanesceu intocado*. Não importa se o foram por unanimidade ou por maioria de votos: importa é que rejeitados foram, e este é o resultado que prevalece.

Não se apresenta admissível – e aqui o equívoco da decisão agravada, da prescindência do Tribunal de Justiça – que o voto *de meritis*, proferido pelo desembargador revisor (voto, diga-se, justíssimo em seu conteúdo, mas com juridicamente incabível eficácia infringente) no acórdão dos embargos, seja “transportado”, em “salto mortal”, para o acórdão proferido quando do julgamento da apelação, “convertendo-o” de acórdão unânime em acórdão por maioria de votos.

Como *os embargos não foram providos*, sua eficácia processual é declaratória negativa: o respectivo acórdão afirma a inexistência de qualquer vício, no acórdão embargado, capaz de legitimar o provimento dos embargos aclaratórios. Não ocorre, destarte, a “integração” do acórdão dos embargos no acórdão embar-

gado, de molde a alterar, de qualquer forma, a substância ou a forma da decisão originária.

Assim, à indagação sobre se o *voto vencido* nos embargos de declaração irá “reformular” o voto do seu prolator, proferido no acórdão embargado, devemos responder negativamente: *quer se trate de voto contido dentro dos limites traçados por lei aos embargos de declaração, quer se trate de voto proferido (indevidamente) em juízo de retratação, de qualquer forma o voto vencido não ultrapassa o âmbito do acórdão dos embargos, em nada interferindo no acórdão embargado.*

Em tese, a alteração somente poderá ocorrer se os embargos forem acolhidos e, assim, operar-se a “integração” entre o acórdão inicial e o acórdão dos embargos. Aliás, se, embora com contrariedade ao art. 535 do CPC, um juízo de pura “retratação” vier a ser exercido por todos ou pela maioria dos julgadores, o “provimento” dos embargos de declaração implicará sua “integração” ao aresto embargado, o qual, portanto, será modificado em seu “mérito”.

Já a *negativa de provimento dos embargos*, ante a retratação de apenas um dos julgadores (ou de parcela minoritária dos julgadores), é fator absolutamente impeditivo a que o voto minoritário (ou os votos minoritários) seja(m) “transportado(s)” para o acórdão embargado.

Assim, no caso em exame, *o acórdão embargado unânime era e, com a rejeição dos embargos, unânime permaneceu.* Portanto, bem agiu a parte vencida ao interpor recurso especial ao E. STJ, não sendo caso de incidência da Súm. 207 do STJ.

Porto Alegre, novembro de 2001.