

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A OMISSÃO INDIRETA
(matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de
arguição prévia pelo interessado) * **

RODRIGO MAZZEI

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e do Instituto Capixaba de Estudos (ICE).
 Advogado. Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Mestre pela Pontifícia
 Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

Sumário: 1. A natureza jurídica dos embargos de declaração (*recurso de saneamento*); 1.1. A devolutividade vinculada: vícios formais tipificados; 1.1.1. Situações que ensejam a oposição dos declaratórios; 1.2. Recurso de integração ou de *saneamento*?; 2. Omissão (necessidade de sistematização); 2.1. Omissão ontológica e omissão relacional; 2.1.1. Omissão direta e indireta; 2.2. Relevância da sistematização (exemplos de omissão indireta); 3. Do ‘erro manifesto’ (‘erro evidente’); 4. A relevância da classificação da omissão direta ou indireta para efeito de verificação de necessidade de contraditório.

1. A natureza jurídica dos embargos de declaração: *recurso de saneamento*

Como é curial, o art. 535 do CPC define os limites dos embargos de declaração, elencando a obscuridade, a contradição e a omissão como as hipóteses fechadas de seu cabimento. A partir da interpretação do artigo em tela é possível desvendar a natureza jurídica do instituto, que possui função ímpar no nosso ordenamento.

É importante notar, desde logo, que os declaratórios têm índole diversa dos recursos que permitem o *efeito substitutivo* previsto no artigo 512 do CPC, na medida em que visam *sanear* (e não *substituir*) o ato judicial impugnado.¹ Vale dizer, nesse sentido, que o enfoque que se dá ao

* Para a justa homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier escolhemos os embargos de declaração e as matérias que devem ser resolvidas pelo órgão judicial independentemente da provocação das partes, tendo em vista a grande contribuição da homenageada para os estudos que envolvem os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais.

** O presente trabalho faz parte de uma série de textos que estamos desenvolvendo acerca dos embargos de declaração, a saber: Dos embargos de declaração. In: *Dos recursos - Temas obrigatórios e atuais*. (vetores recursais). Rodrigo Reis Mazzei (Coord.). Vitória: Instituto Capixaba de Estudos - ICE, 2002, v. 2; O manejo dos declaratórios pelo ‘terceiro prejudicado’. In: *Aspectos polêmicos e atuais sobre terceiros no processo civil e assuntos afins*. Fredie Didier Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: RT, 2004; Embargos de declaração. Evolução legislativa em 30 anos de CPC. Horizontes de uma nova reforma. In: *Linhas mestras do Processo Civil (comemoração dos 30 anos de vigência do CPC)*. Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro e Pedro da Silva Dinamarco (Coords). São Paulo: Atlas, 2004; Embargos de Declaração na CLT: diferenças e convergências com o CPC. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, 2004, ano 70, n. 2, jul-dez, p.146-174. Esperamos, em breve, finalizar estudo mais amplo sobre os embargos de declaração, trazendo todas as nossas idéias sobre o instituto.

¹ Em sentido contrário, vinculando o art. 512 do CPC aos embargos de declaração: Luiz Guilherme Marinoni e Sergio Cruz Arenhart (*Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 545).

chamado efeito *modificativo* ou *infringente*, com todo respeito, não é o ponto basilar para o exame da natureza jurídica do instituto, uma vez que, por se tratar de situação excepcional, constitui apenas *efeito secundário do saneamento das hipóteses de 'errores in procedendo' tipificadas*.²

Em que pese autorizada doutrina que nega natureza recursal à figura em comento,³ não temos a menor dúvida de que os embargos declaratórios hão de ser classificados como recurso, pois (i) *trata-se de ato postulatório que*, (ii) *mantendo a litispendência (quer dizer, adiando ou retardando os efeitos da preclusão e/ou coisa julgada)*,⁴ (iii) *busca corrigir ato judicial*.

² Adiantamos nossa posição de que o artigo 512 do CPC não guarda qualquer relação com o efeito modificativo (ou infringente) dos embargos de declaração. De todo modo, é certo que desenvolver adequadamente esta conclusão transbordaria aos objetivos do presente trabalho, razão pela qual optamos por expor a questão de forma sumária adiante (item 1.1.1). Para exame mais profundo da matéria reportamos o leitor ao nosso: *Dos embargos de declaração*. In: *Dos recursos. Temas obrigatórios e atuais: vetores recursais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2002, v. 2, p. 283-446.

³ Apenas como registro, seguem essa linha, entre vários: Sérgio Bermudes. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1975, v. 7; Lopes da Costa. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959, v. 3; Egas Dirceu Moniz de Aragão. Embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, ano 77, v. 663, p. 11-23, jul. 1988 e Wellington Moreira Pimentel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, v. 3, p. 531. O último jurista indicado, ao sintetizar os principais argumentos daqueles que sustentam que os declaratórios não têm natureza jurídica de recurso, afirma: “Por eles o embargante não procura infringir ou modificar o julgado. Nem formula pedido de nova decisão. Nem se exige, para a legitimação recursal, que a decisão embargada lhe haja imposto qualquer gravame ou prejuízo. Nem se estabelece o contraditório, e finalmente, independentem de preparo.” (ob. cit., p. 531). Os argumentos invocados para desconsiderar os declaratórios como recurso, a nosso sentir, não são capazes de retirar-lhes a natureza recursal. Quanto ao *preparo*, também o agravo, na modalidade retida, possui dispensa expressa (art. 522, parágrafo único do CPC), localizando-se a mesma cortesia no agravo de inadmissão (art. 544, § 2º do CPC). No que se refere à *devolução*, um exame mais acurado irá apontar que existe efeito devolutivo nos declaratórios, pois eles proporcionam um novo pronunciamento jurisdicional, ainda que pelo mesmo órgão julgador. Nesse sentido, precisa a fala da homenageada Teresa Arruda Alvim Wambier: “A devolução deve ser entendida como sendo o submeter novamente a decisão impugnada à apreciação do Poder Judiciário, *devolvendo-lhe* a matéria. *De regra*, este reexame deverá dar-se por outro órgão, diferente daquele que proferiu a decisão; excepcionalmente pelo mesmo órgão” (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 75). Quanto à formação do *contraditório*, mesmo sem adentrar ao posicionamento majoritário de que, no caso dos declaratórios com efeito infringente, é necessária a oitiva do embargado, o foco para seu exame é bem diverso do que a doutrina tradicionalmente tem buscado, pois não se trata de mera fala sobre a pretensão recursal, mas, em outro prisma, de se aferir se a questão levantada nos embargos já tinha sido contraditada ou não pela parte até aquele momento. Mais ainda, diante do espectro de atuação dos declaratórios – relativos apenas aos defeitos formais no julgado –, o vício que está sendo denunciado existe para todo o processo, ou seja, não só para o embargante, mas também para aquele que não embargou, pois o ato judicial deve ser preciso e completo, qualidade essa que deve ser isonômica.

⁴ Teresa Arruda Alvim Wambier, em correta lição, afirma que “todos os recursos, no direito brasileiro, têm pelo menos um efeito, que é o de obstar que passe a pesar sobre a decisão recorrida a autoridade da coisa julgada, ou que, a respeito, ocorra a preclusão. Na verdade, o recurso adia ou retarda a coisa julgada ou a preclusão, que são inevitáveis” (*Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 219).

Absorver a idéia de que os declaratórios funcionam como *recurso de saneamento*, com *fundamentação vinculada*, por atacarem vícios formais (*errores in procedendo*) previamente tipificados, é o ponto chave para a compreensão da sua natureza jurídica. Tentaremos explicar.

1.1. A devolutividade vinculada: vícios formais tipificados

Os *vícios formais de julgamento* não podem ser confundidos com a eventual injustiça que o Estado-juiz venha a cometer no exercício da função jurisdicional, não obstante, em ambos os casos seja possível ocorrer prejuízo ao litigante. Daí porque, com acerto, é necessária a distinção do *error in procedendo*⁵ – que está vinculado à própria atividade de julgar no aspecto da *forma* –, em relação ao *error in iudicando*, que se finca no equívoco ocorrido na solução de fato e de direito, ou seja, no próprio *conteúdo* da decisão.⁶ Aqui surge ponto relevante no estudo: *todas as hipóteses de oponibilidade dos declaratórios estão atreladas à estrutura do ato judicial, reclamando-se o acerto da questão formal (error in procedendo)*.

O direito positivo brasileiro protege a *forma* dos atos processuais, exigindo uma série de condições para validade desses atos, tais como a imparcialidade do juiz, a observância do contraditório, de prazos, entre outras. Temos esses requisitos postos no ordenamento jurídico, pois a observação empírica nos tem levado a esperar, indutivamente, que essa teia procedimental seja apta a garantir a prolação de decisões mais justas, por meio de provimentos que revelem um direito material (*conteúdo*) com sentido mais próximo ao intentado pelos textos legais.⁷ A *forma* dos atos

⁵ Segundo Luis Guilherme Aidar Bondioli, “o chamado *error in procedendo* é um vício de atividade, uma desatenção do juiz para com as disposições do ordenamento jurídico que regulam o processo e o seu modo de atuar na condução do feito. [...] Já o *error in iudicando* é o vício de juízo por excelência, estando relacionado com a má interpretação e aplicação das disposições do ordenamento jurídico (questões de direito) ou com a errônea apreciação do contexto fático submetido à apreciação do órgão julgador (questões de fato) ou com ambas as coisas. Trata-se de vício de natureza substancial, que conduz à injustiça do julgamento, em razão do choque entre o pronunciamento judicial e o ordenamento jurídico ou a realidade ditada pelos fatos trazidos aos autos.” (*Embargos de Declaração*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142-143).

⁶ Próximos: Bernardo Pimentel Souza. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 2. ed. Belo Horizonte: Mazza, 2002, p. 42-47 e Ovídio A. Baptista da Silva. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.

⁷ Não que a falta de observância delas deva, necessariamente, conduzir à injustiça. Todavia, é inquestionável que a razão de ser de determinadas exigências de forma para o aperfeiçoamento dos atos jurídicos processuais, seja, justamente, o balizamento da trajetória do processo no intuito de assegurar a observância das garantias inerentes ao devido processo legal. Sobre a questão pondera José Roberto dos Santos Bedaque que “ela [a forma] se justifica até o ponto em que seja realmente necessária a assegurar a liberdade das partes no processo, evitando eventuais favorecimentos indevidos.” (*Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95-96). Sobre o tema, vale conferir ainda Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*Do formalismo no processo civil*. 2ª. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003, p. 183-216).

exercidos no bojo do processo guarda estreito vínculo com o conceito de *nulidade*, como nos ensina o mestre Eduardo Couture: “Esta primeira tentativa de fixar o sentido de nulidade processual demonstra que não é coisa atinente ao conteúdo do direito, mas à sua forma; não um erro nos fins de justiça almejados pela lei, mas nos meios dados para obter essas finalidades de bem e justiça.”⁸

Com fundamento nessas premissas, fica claro que a proteção à forma dos atos processuais é de importância fundamental para o entendimento da natureza jurídica dos embargos de declaração como *recurso de saneamento*, pois é através deles – *também* – que se evita que sejam levados adiante atos passíveis de nulidade por possuírem, em sua essência, a *forma* maculada, situação perfeitamente adequada às diretrizes da economia processual.

No entanto, conforme frisamos anteriormente, os embargos de declaração – por serem *recursos de natureza vinculada* – têm sua motivação de oponibilidade fechada, ou seja, não são todos os deslizos formais que podem ser alvo dos declaratórios, mas apenas e tão-somente os previstos no esquadro do artigo 535 do CPC.⁹ Assim, não é qualquer *error in procedendo* que poderá ser *saneado* pela figura em estudo.¹⁰⁻¹¹

⁸ Eduardo J. Couture. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 4. ed. Montevideo: Julio Cesar Faira, 2002, p. 305 – livre tradução.

⁹ Sobre a diferença entre os recursos de fundamentação vinculada e os de fundamentação livre, leciona José Carlos Barbosa Moreira: “Todo recurso necessita de fundamentação, o que significa que o recorrente deve indicar os motivos pelos quais impugna a decisão, ou, em outras palavras, o(s) erro(s) que a seu ver ela contém. Fundamentar o recurso nada mais é, em regra, criticar a decisão recorrida. Em certos casos, abstém a lei de fixar limites a essa crítica, permitindo ao recorrente invocar quaisquer erros; noutros, ao contrário, cuida de discriminar o tipo (ou os tipos) de erro denunciável por meio de recurso, de tal sorte que a crítica do recorrente só assumirá relevância na medida em que se afirme a existência de erro suscetível de enquadramento na discriminação legal. Daí a distinção que se pode estabelecer entre recursos de fundamentação livre e os de fundamentação vinculada.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 5, p. 252-253). Bem próximo, no mesmo sentido: Rodrigo Reis Mazzei, no capítulo Efeito devolutivo e seus desdobramentos. In: *Dos recursos. Temas obrigatórios e atuais*: parte geral. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001, v. 1, p. 154-157.

¹⁰ Os recursos de *fundamentação livre* são os que possuem efeito devolutivo amplo, sem qualquer restrição quanto às matérias que podem ser abordadas. A lei processual não se preocupou em criar espectro fechado na devolutividade de tais recursos, dando ao recorrente campo aberto para sua fundamentação. Basta a lembrança da apelação para identificarmos um recurso de fundamentação livre, eis que o artigo 515 do CPC não traz qualquer restrição às matérias que podem ser deduzidas pelo apelante. Muito pelo contrário, existe a permissão para que se deduzam até matérias não decididas no julgamento e que não foram apreciadas pelo Judiciário de base (vide, em especial, os §§ 1º e 2º do art. 515 do CPC). Em outra situação, os recursos com devolutividade restrita, ou seja, de *fundamentação vinculada*, terão sua vinculação limitada a (somente poderão versar sobre) determinadas hipóteses que o legislador previamente arrolou. A expressão mais pronunciada é *recursos de fundamentação vinculada*, não se descartando a estampa *recursos de efeito devolutivo restrito*, também muito utilizada. Os rótulos adotados pela doutrina já dão bem a idéia da devolução restrita que sofrem tais recursos, em que a fundamentação arazoada deverá se coadunar com o âmbito da devolutividade a ser recepcionada pelo órgão recursal, conforme delineado em lei. É um vínculo de limitação não só para o recorrente, mas também para o Estado-juiz, como receptor do recurso de devolutividade restrita. Nessa linha, confira-se Garcia Medina:

Em resenha, o legislador previamente delimitou o âmbito dos declaratórios, de modo que somente as questões previstas na legislação como *errores in procedendo tipificados* – artigo 535 do CPC – permitirão a oposição dos embargos de declaração. Isso significa que, além do exame dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos ao recurso,¹² deve ainda ser examinada na fase vestibular do julgamento (admissibilidade) a *demonstração pelo embargante de possível falha no ato judicial passível de correção pela via dos declaratórios*.¹³

“por terem seu âmbito de cabimento limitado a certas questões, tais recursos, em regra, não são aptos a devolverem ao juízo *ad quem* toda e qualquer matéria que venha ser delimitada pelo recorrente, no recurso, dentre aquelas debatidas na decisão recorrida” (*O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 56).

¹¹ Nossa posição não é isolada, valendo citar o capixaba Flávio Cheim Jorge ao registrar que os embargos de declaração, enquanto espécie recursal, “são de fundamento vinculado, ou seja, seu cabimento fica adstrito à alegação específica de *errores in procedendo*: omissão, obscuridade e contradição [...]”. (*Teoria Geral dos Recursos Cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 262).

¹² Confira-se o Verbete n. 13 da 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Brasília), com seguinte teor: “Embargos Declaratórios – Não-conhecimento – Hipóteses – Efeitos. I - Os embargos de declaração não devem ser conhecidos nas hipóteses de intempestividade, de irregularidade de representação ou quando a parte sequer alega omissão, contradição ou obscuridade. Em tais casos, não interrompem o prazo recursal, não sendo vinculativa a decisão originária que tenha concluído diversamente.” (*DJU*, Seção 3, de 19.11.2002, p. 3).

¹³ Demonstrando claramente a *devolutividade vinculada*, nos termos do disposto no artigo 536 do CPC (com a redação alterada pela Lei n. 8.950/94), nos declaratórios deverá ocorrer “a indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo”, sendo que o exame da ocorrência (ou não) do vício judicial somente será realizado no juízo de mérito do recurso. Pelo reclame do artigo 536 do CPC, a *indicação* precisa do ponto decisório que autoriza a oposição dos declaratórios é condição *sine qua non* para o conhecimento do recurso. Contudo, fique claro que na regra do artigo 536 do CPC (vinculada à fase da admissibilidade recursal) só se reclama a *indicação do vício tipificado*, razão pela qual a *afirmação ou não da mácula estará reservada ao mérito do recurso de saneamento*. Em sucinta explicação, a partir da indicação da ocorrência de *error in procedendo tipificado* (juízo de admissibilidade), o julgador, por ter ultrapassado o juízo de admissibilidade no mérito recursal, examinará sobre a existência ou inexistência do(s) vício(s) apontado(s), analisando se o ato judicial contém, de fato, o defeito formal destacado pelo embargante. Caso positivo, havendo a mácula indicada no *recurso de saneamento*, será provido o recurso. De outro modo, se não se verificar o vício decisório indicado pelo embargante, os declaratórios serão improvidos. Raciocinar de forma diversa implicaria em se sustentar que no julgamento dos declaratórios só existem duas possibilidades: (a) *não-conhecimento (não há vício)* ou (b) *conhecimento e provimento (há vício)*. Se a decisão declaratória examinou, objetivamente, que não havia o defeito reclamado (e indicado, nos termos do art. 536 do CPC) pelo embargante, adentrando-se no mérito dos declaratórios, mas apontou, illogicamente, que o recurso não deveria ter sido conhecido, o que temos é um perfeito caso de contradição, a teor do artigo 535, II do CPC. Estaria, portanto, plenamente justificada a oposição de novos embargos para corrigir a falha tipificada do julgamento, posto que deficiente de qualquer estrutura sequencial lógica (decisão de *mérito recursal* sobre o rótulo de manifestação judicial acerca de admissibilidade). Ora, não nos parece ser possível que o magistrado proferira juízo de valor (*não há o error in procedendo tipificado apontado pelo embargante*), se sequer conheceu do recurso, já que, nessa situação, fica vedado ao Estado-juiz manifestar-se sobre o *conteúdo do recurso*. Bem próximo e com ótima fundamentação, confira-se: Bernardo Pimentel Souza. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 244-245.

Para fixar a primeira premissa (*os embargos de declaração atacam o 'error in procedendo' de forma tipificada*), mister se faz analisar as hipóteses de oponibilidade previstas no artigo 535 do CPC.

1.1.1 Situações que ensejam a oposição dos declaratórios

O artigo 535 do CPC prevê uma trinca de causas que ensejam a oponibilidade de embargos de declaração: *obscuridade e contradição* (inc. I) e *omissão* (inc. II).¹⁴

Com efeito, ato judicante *obsuro* é aquele que, devido a sua má redação, não permite *inequívoca e objetiva compreensão*, pelo que reclama correta *explicitação*; *contraditório*, por sua vez, é aquele que adota *premissas internas inconciliáveis*, justificando-se a sua *desintoxicação*; *omisso*, por fim, caracteriza-se como aquele que – em razão de sua incompletude – traz no seu bojo um *vácuo*, que deve ser *preenchido*.

Do panorama exposto, tem-se que as hipóteses de oponibilidade dos declaratórios previstas no artigo 535 do CPC guardam simetria apenas com situações de *error in procedendo* e não de *error in iudicando*.¹⁵

¹⁴ Lembre-se que o legislador no CPC de 1973 incluiu a *dúvida* como causa de oponibilidade dos declaratórios. Pensamos, no entanto, que a exclusão promovida pela Lei n. 8.950/94, retirando a *dúvida* do rol dos vícios tipificados para oposição dos declaratórios, retornando às hipóteses previstas no CPC de 1939 foi correta. Como os declaratórios visam a extirpar *error in procedendo* do ato judicial, fica evidente que a *dúvida* é elemento subjetivo que não afeta a própria decisão (ao contrário da omissão, da contradição e da obscuridade). Ora, se a decisão causa dúvida objetiva (e não simplesmente subjetiva à parte), certamente estaremos diante de decisão obscura (pouco clara), contraditória (com premissas inconciliáveis) ou mesmo omissa (algo que tinha que ser dito no ato judicial e não foi), não havendo qualquer motivo justificável para a ampliação que no passado foi levada a efeito. O mau caminho do legislador de 1973 foi repetido na Lei n. 9.099/95 que, em seu artigo 48, traz a *dúvida* como causa de oponibilidade dos declaratórios. Examinando o regime dos declaratórios em sede dos Juizados Especiais, por todos: Cristiano Chaves Farias. O regime dos embargos de declaração nos Juizados Especiais Cíveis. In: Nelson Nery Junior; Teresa Arruda Alvim Wambier. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 10.352/2001*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, v. 5.

¹⁵ Do direito estrangeiro, em especial da legislação processual lusa, em que há convergências com o nosso sistema, vê-se perfeitamente a ligação dos declaratórios com o *error in procedendo*. Neste sentido, deve-se observar o disposto no n. 2 do artigo 666º que aponta os motivos que justificam o *aperfeiçoamento do ato judicial* – retificação de erros materiais (art. 667º), suprimimento de nulidades (arts. 668º e 670º), esclarecimento de dúvidas (arts. 669º e 670º) e reforma (arts. 669º e 670º). Em resenha apertadíssima, os vícios tipificados no n. 2 do artigo 666º se concretizariam nas lides das seguintes formas: (1) *Erro material* → omissão do nome das partes; omissão na decisão; erros de escrita ou de cálculo; ou quaisquer inexatidões, omissões ou lapsos manifestos; (2) *Nulidades da sentença* → omissão na assinatura do julgador; omissão na inserção de data na decisão; omissão dos fundamentos de fato e de direito que justificam a decisão; oposição real entre os fundamentos e a decisão; omissão de pronúncia sobre questões que deveriam ser apreciadas por relevantes; conhecimento sobre questões que o Estado-juiz não podia se pronunciar; ou condenação em quantidade superior ou diferente do pedido; (3) *Aclaração* → qualquer obscuridade (que deve ser vista como a

Os embargos de declaração não se afeiçoam, portanto, ao artigo 512 do CPC, pois, seja na resolução dos vícios de *obscuridade* e *contradição*, em que o instituto funciona como *mecanismo de retificação* da própria expressão do ato judicial, seja no desfecho dos declaratórios que tiverem por objeto a *omissão*, quando a decisão terá o condão de *complementar* o ato judicial, haverá situações que se identificam com *juízo formal*.

Não podemos deixar de notar que, *quando é a omissão o vício formal que motiva os declaratórios*, é possível que eles tenham efeito *rescindente*, acabando por anular o ato judicial embargado, pois não poderia o juízo de *fundo* (de conteúdo) ter sido pronunciado, justamente porque havia uma *questão prévia* que lhe prejudicava. Como bem alerta Liebman:

“A sentença pode ser contrária à lei por motivos muito diferentes. Antes de tudo pode ter violado as disposições, no cumprimento da atividade, o que se verifica, entre outras coisas, quando a tenha pronunciado, não obstante a falta de pressupostos processuais, além disso, pode ter deixado de observar as prescrições de forma relativas à própria sentença (arts. 360 e 361 do Cód. Proc. Civil italiano). Em todos estes casos ocorre nulidade da sentença”¹⁶⁻¹⁷.

“incompreensibilidade”) ou qualquer ambigüidade (permitindo que a decisão seja passível de mais de uma interpretação); (4) *Reforma* → equívoco na aplicação das custas; manifesto lapso do julgador na determinação da norma aplicável ou na qualificação jurídica dos fatos; ou constem dos autos documentos ou elementos outros que, só por si, impliquem necessariamente decisão diversa da proferida. O quadro apresentado demonstra que a *omissão*, a *contradição* e a *obscuridade* do nosso CPC possuem paradigmas no diploma processual lusitano. A *omissão* é prevista como *nulidade da decisão*, a *contradição* como *oposição real entre os fundamentos* e a *decisão*, e a *obscuridade* como *aclaração*. A codificação portuguesa, ao tratar do *erro material* e do *lapso manifesto*, acaba por criar também superfície comparativa para o artigo 897-A da CLT que tem redação mais ampla que o artigo 535 do CPC. Registre-se que o *pedido de reforma* previsto no artigo 669º, 2º, alíneas “a” e “b” admite revisão *de erro de julgamento*, adentrando na própria questão decidida, o que se perfila com o *error in judicando*. No entanto, deve ser salientado que o *pedido de reforma* em sede de *aperfeiçoamento de sentença* (o parente luso de nosso declaratório) foi inovação trazida pela reforma deflagrada pelos Decretos-Leis ns. 329-A/95 e 180/96, que tem causado polêmica extrema, justamente por estar vinculada ao *error in judicando* e não ao *error in procedendo*, como nas demais hipóteses. Entre os críticos, merece destaque a fala autorizada de Amâncio Ferreira: “Diz-se no preâmbulo do DL 329-A/95, de 12 de Dezembro, que se pretendeu, através desta possibilidade de reforma da decisão judicial pelo próprio juiz decisor, a realização efectiva e adequada do direito material, ‘no entendimento de que será mais útil, à paz social e ao prestígio e dignidade que a administração da Justiça coenvolve, corrigir que perpetuar um erro juridicamente insustentável (...), embora em termos necessariamente circunscritos e com garantia de contraditório’. Encontra-se assim institucionalizado no nosso sistema jurídico, sob a capa de uma reforma, mais um recurso, destituído de efeito devolutivo, por interposto para o próprio tribunal que proferiu a decisão impugnada, sem tê-lo a justificar a razão que subjaz ao pedido de reforma quanto a custas e multa, nos termos atrás expostos. Não se pode aceitar no nosso ordenamento jurídico este destacado recurso esdrúxulo e espera-se que o legislador na melhor oportunidade o elimine” (*Manual dos recursos em processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 55-56).

¹⁶ Enrico Tullio Liebman, *Eficácia e autoridade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 1945, p. 122.

Dessa forma, nas hipóteses em que a matéria de fundo não podia ter sido decidida, pela não observância de questão logicamente anterior, a omissão denunciada nos declaratórios – como *error in procedendo* – será capaz de surtir, de forma secundária, efeito modificativo ou infringente, pois, na correção do vício de forma (ligado à *cronologia decisória*), reabrir-se-á o julgamento, com o acerto temporal do mesmo. Esta reabertura, contudo, dar-se-á em razão de atropelo dos momentos decisórios e das questões que deveriam ter sido verificadas pelo Estado-juiz, e que, por terem sido desprezadas, obrigam a retomada da correta cronologia.

Note-se, portanto, que é da existência de *error in procedendo* (omissão de questão que deveria ter sido examinada no julgamento) que irá decorrer o reclame por um exame de conteúdo (*error in judicando*) quanto à matéria não decidida (ou mesmo não observada quando era *dever de officio*, hipótese que denominamos, conforme adiante se verá com mais vagar, de *omissão indireta*).

Desta feita, quando se permite, por meio de embargos de declaração, a solução de questões de fato e de direito, não se pode dizer que se esteja corrigindo *error in judicando*, até porque, a ocorrência do vício de omissão pressupõe que a questão não tenha sido apreciada. O que se tem é a estréia da atividade julgadora na apreciação da matéria desgarrada como *conseqüência secundária e inexorável* à resolução do *error in procedendo*.

Por tal passo, em trabalho anterior, defendemos que os embargos de declaração podem ter efeito *rescindente* nas hipóteses em que a *omissão decisória* (seja esta *direta* ou *indireta*) permita *reajuste cronológico* no ato judicial embargado.¹⁸

Na realidade, este *acertamento cronológico*¹⁹ deverá ocorrer a partir do momento em que, aferido o atropelo decisório (*error in procedendo*), por meio da verificação de que havia questão

¹⁷ Na legislação processual nacional, as decisões judiciais também observam uma seqüência lógica no julgamento (confira-se, como exemplo, os arts. 560 e 331, § 2º do CPC).

¹⁸ Confira-se (bem detalhado): Rodrigo Reis Mazzei. Embargos de declaração. In: *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios*: vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001, v. 2, p. 283-446.

¹⁹ Vislumbrando a questão cronológica, ainda que com outro raciocínio, Roberto Luis Luchi Demo reparte o fenômeno da omissão em duas facetas: (a) *omissão na forma de jurisdição* e (b) *omissão no conteúdo da jurisdição*. O autor afirma: “Pode-se dividir a omissão em duas categorias. Uma diz com a prestação deficiente da jurisdição, de maneira infringente às normas processuais, ocorrendo um erro de procedimento no *iter* do processo, por que se pode nominá-la de ‘omissão na forma de jurisdição’. Nesse caso, o *error* é decorrência de algum ato processual anterior à decisão maculada, exógena à decisão mesma. Outra, a que caracteriza a sentença como *citra* ou *infra petita*. Neste caso, a própria jurisdição não é prestada totalmente. Foi devidamente prestada na parte que se manifestou, mas a inércia no órgão jurisdicional a respeito de parte do *thema decidendum* para cujo pronunciamento fora provocado. Ocorre que nem todos os pedidos finais das partes (autor e réu) são objeto de decisão, seja explícita ou implicitamente. Trata-se de vício

prévia à matéria a ser decidida, reabre-se o julgamento, com a possibilidade de se tornar ineficaz a pronúncia judicial embargada, aplicando-se, em empréstimo, a inteligência do artigo 248 do CPC. Em corridas linhas: não se tratará de *substituição* do ato judicial primitivo pelo derivado, mas de possível *expansão* dos efeitos do último,²⁰ tornado *prejudicado* o primeiro, pela reabertura (e resultado) do novo julgamento permitido pelos embargos de declaração.²¹

Concluimos, então, que os embargos de declaração têm por objetivo a preservação da forma imaculada das decisões judiciais, e portanto, o efeito modificativo é, na verdade, extrínseco à sua natureza, mesmo que, em algumas ocasiões, tal efeito seja causado (secundariamente) por essa via recursal. Paralelamente, tendo-se afastado a premissa de que os embargos de declaração possam ter como alvo o *error in iudicando*, também não se poderá dizer que o *efeito substitutivo* previsto no artigo 512 do CPC é íntimo aos declaratórios.

1.2. Recurso de integração ou de saneamento?

Outro ponto que merece, ao menos, rápidas palavras está na afirmação de que os declaratórios possuem natureza *integrativa*, já que fazem nascer ato judicial secundário para complementar a fala primitiva, razão pela qual se afirma se tratar de *recurso de integração*.²² De

endógeno, interno à decisão, consubstanciando a ‘omissão no conteúdo da decisão.’” (*Embargos de declaração*: aspectos processuais e procedimentais. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 63-64). O acerto do tempo decisório fica claro na primeira hipótese (*omissão na forma de jurisdição*), pois alguma questão processual foi deixada para trás, e resolve-se a omissão, através da correção do encadeamento do tempo, aperfeiçoando-se a seqüência que deveria ter sido adotada. No entanto, também na segunda situação, ato decisório *infra* ou *citra petita* (*omissão no conteúdo da jurisdição*), haverá também um ajuste cronológico, ainda que sutil, haja vista que a decisão não poderia ter sido publicada antes que a atividade judicante fosse completa, motivo pelo qual se retorna ao ponto que merece ser complementado, reiniciando-se a decisão a partir dali, o que, de outra forma, provoca acerto cronológico.

²⁰ Para a compreensão do desdobramento que haverá no julgamento do recurso, didática é a lição de Gilson Delgado Miranda e Patrícia Miranda Pizzol, *in verbis*: “É importante também lembrar que o recorrente poderá obter, com o julgamento do recurso interposto, um resultado mais amplo do que aquele que seria alcançado com o simples reexame da matéria impugnada pelo órgão *ad quem* (...). O resultado mais amplo pode também ser obtido quando, com o julgamento do recurso, o órgão *ad quem* profere decisão que, em vez de apenas reformar ou invalidar o pronunciamento impugnado, acaba por atingir outros atos processuais. Assim, por exemplo, reconhecida a nulidade de citação, mesmo sem impugnação, os atos processuais também serão atingidos, inclusive a sentença, se houver.” (*Processo civil*: recursos. São Paulo: Atlas, 2000, p. 45-46).

²¹ Na contradição, por regra, não há reabertura total do julgamento, mas apenas a reavaliação de premissas decisórias já constantes do ato judicial, eliminando-se aquela que fere o espírito real do ato judicial embargado. Neste caso, a reabertura do julgamento é mais limitada do que na hipótese de omissão, ficando evidente a inaplicabilidade do artigo 512 do CPC.

²² Posição que já defendemos preteritamente (*Embargos de declaração*. In: *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios*: vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001, v. 2, p. 299-303), mas que retificamos nesta oportunidade,

fato, no caso da omissão e da obscuridade, os embargos declaratórios poderão *agregar* (ou seja: *integrar*) nova fala à dicção anterior. Na primeira situação (omissão), preenche-se o vácuo e, na segunda (obscuridade), traz-se nova pronúncia, reveladora da correta interpretação que se deve dar ao ato judicial.

Interessante também notar que, na hipótese de resolução de omissão pela via dos embargos de declaração, a integração poderá se dar de duas formas distintas, em demonstração que o efeito devolutivo dos embargos pode se dar tanto no plano *horizontal* (com o aumento na extensão do ato judicial), como também no plano *vertical* (agregando-se novos fundamentos ao ato judicial, ainda que mantendo o mesmo comando).²³⁻²⁴ Senão vejamos:

Primeiramente, é possível que se *aumente a superfície do ato judicial*, alcançando maior resultado judicial na parte dispositiva, pois o exame da omissão gerará nova questão a ser estampada na parte dispositiva. Por exemplo: caso o julgador não tenha decidido sobre a aplicação da sucumbência, a resolução da omissão aumentará a decisão, agregando-se condenação até então não existente (a decisão será *maior* na sua *extensão*).

No entanto, será possível também a integração do ato judicial omissivo sem que se expanda a sua parte dispositiva, sempre que o acréscimo ocorrer *fundamentação* do ato judicial, ou seja, a *integração* estará contida apenas no bojo do próprio ato judicial, sem que isso gere uma superfície maior de comando decisório. Para elucidar, tome-se a hipótese em que o juiz, em sentença, julgue improcedente o pedido do autor, mas analisa (e decide) sobre apenas uma (de duas) das causas de pedir expostas na inicial. Examinando a segunda causa de pedir constante da petição inicial, em resposta aos embargos declaratórios opostos pelo requerente, o magistrado reconhece a omissão e julga a *segunda causa*, mantendo, contudo, o resultado (improcedência do pedido), pois a segunda causa de pedir também não tinha o condão de conduzir à procedência do pedido. Neste caso, não se terá alterado a parte dispositiva, mas certamente haverá acréscimo de fundamentação na decisão, não se podendo negar a ocorrência do fenômeno da *integração*.

²³ Por todos, na doutrina nacional, sobre cognição: Kazuo Watanabe. *Da cognição no processo civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

²⁴ Interessante analisar a questão sob o foco da *devolutividade horizontal* (possibilidade, via recurso, de aumento da superfície na extensão da parte dispositiva – como previsto no art. 515, § 1º do CPC) e da *devolutividade vertical* (possibilidade de exame de fundamento via recurso, ainda que sem aumento da parte dispositiva – nos termos do exemplo do art. 515, § 2º do CPC). Acerca do efeito devolutivo no plano horizontal e vertical, confira-se: Rodrigo Reis Mazzei (O efeito devolutivo e seus desdobramentos. *Dos recursos. Temas obrigatórios e atuais: parte geral*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001. v. 1, p. 151-154).

Nas hipóteses de *contradição*, porém, *os embargos de declaração têm objetivo diverso da integração*, já que nesta situação peculiar – pela existência de premissas inconciliáveis – a pretensão é de *extirpar* da fala judicial o ponto que conspira contra a saúde formal do ato. Assim, via de regra,²⁵ quando os embargos de declaração são opostos, tendo como causa uma contradição encravada em ato judicial, não se agregará nova dicção, muito pelo contrário, uma vez que a função dos declaratórios será a *retirada* da premissa deslizando.

Nessas condições, visualizando que os declaratórios não terão, por excelência, natureza integrativa quando a sua oponibilidade estiver motivada pela *contradição*,²⁶ nos parece mais correto afirmar que os declaratórios devem ser vistos como recurso de *saneamento* e não de simples *integração*.²⁷

²⁵ Fique claro que não é a regra, mas é possível se vislumbrar a *integração* em atos judiciais *contraditórios* e que foram *saneados* por embargos de declaração. Com efeito, se a conclusão do ato judicial estiver vinculada a premissa falsa e na eliminação desta para prevalecer a proposição correta, for necessário formular nova conclusão (parelha e coerente à premissa que prevaleceu), haverá *integração*. Isso porque a retirada da contradição (proposição falseada) acarreta também o descarte de sua conclusão lançada, criando espaço que deverá ser preenchido. Trata-se de excepcional situação, em que a eliminação da contradição permite a *integração*, pois será necessário ocupar o vácuo da conclusão destrilhada. Outra situação, mais curiosa ainda e que normalmente é tratada como *contradição* (mas que pensamos estar dentro do conceito de *obscuridade de alto grau*), ocorre quando, na exclusão das proposições antagônicas, surge uma terceira (a real expressão do ato judicial). Se as duas são eliminadas e se apresenta uma terceira, haverá *integração*. Confira-se em: Rodrigo Reis Mazzei. *Dos embargos de declaração*. In: *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios: vetores recursais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001, v. 2, p. 413-415.

²⁶ A conclusão nos permite ver também que não há *autêntico* efeito modificativo nos embargos de declaração opostos em razão de contradição, pois o ato judicial não é totalmente modificado, mas apenas há a prevalência da premissa correta que já constava na pronúncia embargada. Pode ocorrer, contudo, como já enaltecido em nota anterior, situação que nos aparenta ter natureza modificativa. Trata-se da hipótese de eliminação de contradição entre duas proposições, em que a incorreta serviu de base para a parte dispositiva do ato judicial. Ao se extirpar a falseada dicção, afasta-se, por imperativo lógico, sua eventual conclusão e, feito isto, com a prevalência da proposição acertada (que não tinha conclusão dispositiva), será necessário que se *integre* o ato judicial com desfecho alinhado à premissa correta. Na situação em tela, a conclusão será alterada, mas o *efeito modificativo* é bem diverso do que ocorre na omissão propriamente dita, pois nessa hipótese de oponibilidade a *integração* não é decorrente da *desintoxicação do ato judicial* (que ocorre quando se resolve a contradição). Na omissão, há *acerto cronológico* do ato judicial (que deixou em branco ponto importante). A reabertura do julgamento para examinar a questão deixada para trás pode provocar a *modificação* total do ato judicial, ao revés da contradição, em que parte da dicção judicante (proposição correta) deverá sempre ser mantida. Diferenciando o *modus operandi* dos declaratórios: Rodrigo Reis Mazzei, *Dos embargos de declaração*, in *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios: vetores recursais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos – ICE, 2001, v. 2, p. 416-425.

²⁷ No ponto, Luis Guilherme Aidar Bondioli leciona que os efeitos modificativos constituem, ao mesmo tempo, consequência indissociável da sanção do vício e condição para sua efetividade. (As Reformas do Código de Processo Civil e os Embargos Declaratórios. *Revista Jurídica*, n. 327, ano 52, jan. 2005, p. 24.)

A *integração* é, em verdade, uma das formas de atuação dos embargos de declaração para *sanear* o ato judicial acoimado de *error in procedendo tipificado*.²⁸ Não se deve confundir função com o *modus operandi* mais habitual que, como visto, é a *integração*. Dessa forma, em nossa opinião, a natureza jurídica dos declaratórios deve ser fixada pela sua função, que é a de ser *recurso de saneamento* dos atos judiciais.

Não se trata de capricho a visão de que declaratórios têm índole de *recurso de saneamento*. A didática concepção firma-se na premissa básica de que somente questões de *error in procedendo* selecionadas pelo legislador poderão dar azo aos embargos de declaração, facilitando a compreensão quanto às particularidades da figura processual.

Como exemplo útil ao nosso texto, podemos lembrar que a *sucumbência* que autoriza a oposição dos declaratórios não é a material, que dá ensejo aos demais recursos, mas sim, de modo diverso, a *sucumbência no plano formal*, justificadora do interesse do embargante.²⁹ Ora, de que adianta ser *vencedor* da pendenga judicial se a sentença é contraditória ou obscura na parte dispositiva?³⁰ Logo, para efeito de *interesse* na oposição dos declaratórios, pouco importa a *sucumbência material*, visto que qualquer das partes da relação processual poderá se servir da figura, desde que estejam presentes os vícios formais no ato judicial. Em suma, o interesse em recorrer surge da falha detectada no ato judicante, quando o juiz não se manifesta sobre ponto que deveria se pronunciar (omissão), quando as proposições decisórias revelam incongruência entre si (contradição), ou quando há falta de clareza em sua formulação (obscuridade).³¹

²⁸ Se pensarmos que, em razão do julgamento do mérito dos embargos de declaração, haverá nova fala judicial, ainda que negativa quanto ao conteúdo, ou seja, que esta aumente a extensão do ato judicial embargado, pode ser dito que os declaratórios aumentaram fisicamente a decisão embargada. Contudo, para nós, esse argumento não é suficiente para afirmar que sempre os embargos declaratórios terão natureza integrativa, pois, como expusemos no nosso estudo, a *integração* deverá estar ligada a um aumento de extensão do ato judicial, seja este no plano horizontal ou no plano vertical (fundamento não analisado).

²⁹ Colhe-se do STF: “O interesse em recorrer na via dos embargos declaratórios prescinde da *sucumbência*.” (STF – EDclRE n. 220.682-3/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 25.5.1998, DJU, de 21.8.1998).

³⁰ Note-se que os embargos de declaração, no exemplo acima, podem ser perfeitamente manejados tanto pelo *vencedor* quanto pelo *vencido*. O vencedor tem interesse que a decisão esteja hígida para a execução, sendo tal situação também útil ao vencido, que terá segurança quanto à relação compulsória criada na sentença, permitindo-lhe, inclusive, o ajuizamento de ação liberatória (art. 570, CPC). Quanto ao interesse de qualquer litigante embargar em razão da decisão omissa, confira-se: “Se não foi apreciado integralmente o 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. n. 57.702/RJ, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 26.10.1988, v.u., B. do TFR 160/21).

³¹ Acerca da *sucumbência* formal, confira-se: Roberto Luis Luchi Demo. *Embargos de declaração: aspectos processuais e procedimentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 45-46; Luis Eduardo Simardi Fernandes. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 108-109; Nelson Luiz Pinto. *Manual dos recursos cíveis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 167; Rodrigo Reis Mazzei.

A despeito de sua natureza recursal, os embargos de declaração possuem, por opção legislativa, campo de incidência vinculado a hipóteses específicas de *error in procedendo*, razão pela qual há de ser encarado como *recurso de saneamento* dos atos judiciais em situações previamente eleitas pelo legislador.³²

2. Omissão (necessidade de sistematização)

A clássica tríade das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração (contradição, obscuridade e omissão) está prevista nos incisos I e II do artigo 535 do CPC, não sendo possível se apresentar este recurso com qualquer outra causa de oponibilidade, tendo em vista terem os embargos de declaração *índole* recursal *vinculada*. Portanto, somente dentro desse contexto fechado será possível manejar os declaratórios.

Note-se, no entanto, que a partir de estudo sistematizado das omissões nos atos judiciais, irá se vislumbrar que algumas hipóteses tratadas como alargamento do rol dos embargos de declaração (*como, por exemplo, a arguição de erro material*³³) estão, na realidade, dentro da trinca do art. 535 do CPC, encaixando-se em hipóteses diferenciadas de *omissão*.

2.1. Omissão ontológica e omissão relacional

As omissões contidas no ato judicial nem sempre são iguais, podendo ser divididas em dois grandes grupos: *ontológicas* e *relacionais*.³⁴

Fixando-se o fenômeno da omissão judicante nas partes do ato judicial que permitem extrair seu conteúdo decisório (ou seja, os *fundamentos* e o *dispositivo*),³⁵ pode-se afirmar que:³⁶

Embargos de declaração. In: *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios: vetores recursais*. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos (ICE), 2001, v. 2, p. 304-305; e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 7, p. 395.

³² Em estudo mais profundo, vale consulta aos institutos afins (já que não há paradigma com igual porte) no direito comparado. No sentido: Portugal – CPC (art. 666^o); Itália – CPC (art. 287) e Alemanha – ZPO (§ 320).

³³ Admitindo os embargos declaratórios para sanar erro material (entre vários): STJ, EDcl nos EDcl no AgRg no REsp. 591.351/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 05.09.2006, DJ 21.09.2006 p. 216.

³⁴ Aproveitamos, ainda que com abordagem mais extensa, a classificação trazida por PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 7, p. 416.

- haverá *omissão ontológica*³⁷ quando o ato judicial decisório tiver fundamento e dispositivo, mas deixar de abordar ponto(s) relevante(s); ou seja, quando o vazio decisório estiver na incompletude do corpo da motivação e do dispositivo pela não análise e deliberação de alguma(s) questão(ões) importante(s).
- ocorrerá *omissão relacional*, diversamente, quando o ponto relevante for traçado parcialmente, faltando-lhe a respectiva correspondência formal à direção adotada. Haverá fundamento, mas não estará presente dispositivo respectivo, ou vice-versa (se vislumbrará parte dispositiva, mas não se verificará a motivação que dê amparo ao comando judicial cravado). Assim, na *omissão relacional* faltará elemento formal de estrutura lógica à saúde do ato judicial.

Com outras palavras, incorrendo em *omissão ontológica* a atividade judicante não foi completa, por existir mais material para se examinar e proferir comando. Por exemplo, o julgador examinou fundamentos atrelados à causa, mas não todos aqueles que deveriam ter sido apreciados e decididos. Haverá vazio na fundamentação, merecendo que a decisão seja *complementada*³⁸, de

³⁵ De modo geral, as decisões finais necessitam de relatório, ainda que efetuado de forma sucinta. Vicente de Miranda defende, contudo, que a oponibilidade de recurso de embargos de declaração por omissão que se situe no relatório do provimento recorrido condiciona-se à demonstração de que este defeito repercute na fundamentação ou no dispositivo da decisão embargada, uma vez que tal segmento, enquanto mero histórico do processo, não enseja, por si só, correção por meio de embargos (*Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 56)

³⁶ Com olhos na sentença, Ivan Campos de Souza leciona: “(...) pode a decisão se ressentir pela ausência de relatório, ou de motivação ou de dispositivo, requisitos estes formais exigíveis, segundo dispõe imperativamente o direito positivo, caracterizando a sentença relacionalmente omissa. Pode, contudo, aquele vício [omissão], expressar simplesmente a falta de alguma coisa que deveria integrar o relatório, ou a motivação, ou o próprio dispositivo, elaborados pelo órgão jurisdicional, circunstância que tipifica a decisão ontologicamente omissa” (*O problema da função processual dos embargos de declaração*. Tese de livre docência de Direito Judiciário Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Recife. Recife: Imprensa Oficial, 1956, p. 118).

³⁷ Temos a *ontologia* como parte da filosofia que trata do ser enquanto ser – do ser concebido como tendo uma natureza comum, inerente a cada um dos seres da mesma espécie. Sendo assim, tudo que é *ontológico* está vinculado necessariamente ao conceito de essência do objeto analisado (espécie). Pois bem, para um ato judicial decisório ser considerado puro, imaculado, ele deve *analisar todas as questões relevantes* e o fazer de *forma satisfatória e completa*, ou seja, especificando para cada decisão (dispositivo) sua respectiva motivação (fundamentação), de modo que, então, toda e qualquer omissão deve ser inexoravelmente ontológica. Com base nessas premissas, a expressão ontológica não nos parece a mais adequada, merecendo uma reavaliação. Contudo, em prestígio ao uso da terminologia nos clássicos estudos de Pontes de Miranda e Ivan Campos de Souza, optamos por mantê-la.

³⁸ Aproveitando a lição de Pontes de Miranda: “(...) a declaração não enche o que falta, porque só se declara o que foi decidido e, *ex hypothesi*, se deixou de decidir sobre algum ou alguns pontos.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 7, p. 416).

modo que o julgador terá que apresentar nova motivação que, por sua vez, redundará em nova parte dispositiva.

Na omissão *relacional*, por seu turno, a matéria poderá estar presente em uma parte (motivação ou dispositivo), mas lhe faltará o correspondente elemento formal para que o ato judicial esteja completo. Por exemplo, há no ato judicial a motivação, tendo o julgador analisado a matéria, mas não se vislumbra a respectiva parte dispositiva.³⁹

Assim, a partir da sistematização, a sentença que fixa indenização, mas deixa de analisar a incidência dos juros e da correção monetária poderá ser vista como *ontologicamente omissa*. Em hipótese, haverá dispositivo e fundamentação sobre a indenização, mas não existirá motivação e comando sobre os juros e a correção, nada obstante a necessidade de capítulo decisório sobre tais parcelas, consoante art. 293 do CPC. A omissão é *ontológica*, pois não consta na sentença, seja na motivação ou mesmo no dispositivo, abordagem sobre tais pontos que deveriam ter sido alvo pela decisão judicial.

De outra banda, mas seguindo o mesmo exemplo, pode ocorrer que o julgador indique na motivação que a indenização decorre da prática de ato ilícito, devendo o réu suportar com todos os efeitos da sua atuação marginal à lei, inclusive para a incidência de juros e correção. No entanto, nada obstante a fundamentação, não consta da parte dispositiva da sentença nenhuma menção aos juros e correção monetária, muito menos que estes terão a data do ato ilícito como o marco inicial de sua aplicação⁴⁰. Como a motivação, *a priori*, não poderá ser lançada para a parte dispositiva automaticamente, podendo se criar embaraço no momento do *cumprimento de sentença*, a teor do art. 469, I, do CPC, tem-se que a sentença em tela estará omissa *relacionalmente*, pois, muito embora já tenha sido examinada a questão relevante (ainda que acessória), o julgador deixou de lançar no dispositivo a parte *relacionada* como a sua motivação. O ato judicial derivado dos embargos de declaração irá preencher o espaço da *omissão relacional*, isto é aquilo que ficou faltando como consequência decisória da motivação.

Igualmente – ainda no mesmo exemplo - seria hipótese de *omissão relacional*, caso o magistrado deixasse de consignar o capítulo da sucumbência (fixação de custas e honorários), pois a motivação (que passará pelo *princípio da causalidade*) já está cravada na sentença, mas não consta na parte dispositiva.

³⁹ Sobre o tema, Pontes de Miranda afirmou que: “(...) se a omissão foi relacional, tudo se decidiu, mas o enunciado não disse: então se declara o que foi decidido e se omitiu (= completa-se o enunciado)” (ob. cit., p. 416).

⁴⁰ Em apego ao art. 398 do Código Civil.

Fazendo a análise inversa (ato judicial decisório com parte dispositiva, mas sem motivação *relacionada*, isto é, *relacional*), a sentença que arbitra honorários com base no art. 20, § 4º, do CPC, que não indicar – ainda que sucintamente – a análise fundamentada dos elementos objetivos do § 3º do mesmo dispositivo será *relacionalmente omissa*. Isso porque, na situação a parte dispositiva (que fixou os honorários) estará desamparada de fundamentação exigida por lei para o arbitramento equitativo. A omissão, nessa situação, estará em buscar a explicitação da motivação que ensejou o comando final, ou seja, o preenchimento de espaço que escora o comando decisório, pois o julgador deve aplicar os critérios delimitados no art. 20, § 3º, do CPC.⁴¹

Assim, as variantes que podem ocasionar a omissão decisória permitem uma sistematização básica⁴², cujo resultado nos demonstra que os embargos de declaração terão aptidão para *sanear o error in procedendo tipificado*, independentemente da forma que se manifesta, ou seja, tanto no caso de *omissão ontológica* quanto na hipótese de *omissão relacional*.⁴³

2.1.1. Omissão direta e indireta

Para efeito do nosso estudo, faz-se necessário avançar mais e verificar que, notadamente na *omissão ontológica*, o *vício decisório* poderá ocorrer em situações diferenciadas.

Com efeito, sob pena de nulidade, o órgão julgador fica obrigado a decidir (e motivar) sobre todo material relevante trazido pelas partes nos seus respectivos atos postulatórios, através dos contornos que são dados à lide com base no princípio dispositivo.⁴⁴ Fica também o julgador

⁴¹ Sem dúvida, é inviável se pensar em recorrer de decisões judiciais desprovidas de motivação e, no particular, os embargos de declaração para afastar a omissão relacional, devem ser vistos como instrumentos para fazer prevalecer o disposto no art. 93, IX, da CF/88.

⁴² Esta classificação é encontrada em trabalhos mais novos, ainda que com abordagem bem abreviada. Confira-se, no sentido: Sandro Marcelo Kozikoski (*Embargos de declaração: teoria geral e efeitos infringentes*. São Paulo: RT, 2004, p. 102- 103).

⁴³ Sonia Márcia Hase de Almeida Baptista, com base na doutrina clássica, faz a seguinte leitura da classificação: “A sentença, segundo Pontes de Miranda, quando falta o relatório, a motivação ou o dispositivo, é relacionalmente omissa. Quando, todavia, incidir na falta de alguma coisa que deveria integrar o relatório, a motivação ou o próprio dispositivo, ela é ontologicamente omissa.(..) Segundo os ensinamentos de Ivan Campos de Souza, a omissão que enseja os embargos de declaração pode verificar-se em qualquer dos elementos da sentença e tanto pode ser absoluta (omissão total sobre o ponto que o juiz deveria pronunciar-se) como relativa (o pronunciamento sobre o ponto existe, porém é incompleto)”(*Dos embargos de declaração*, 2ª. Ed., São Paulo: RT, 1993, p. 123).

⁴⁴ Bem próximo, colhe-se: “Vislumbrando no v. acórdão recorrido a mácula da omissão ao deixar de enfrentar questão relevante ao deslinde da controvérsia, em violação ao art. 458, II, do CPC, de rigor o reconhecimento de sua nulidade. Além do que, sendo indevidamente rejeitados os Embargos de Declaração, porquanto, como assinalado, omisso o decisum sobre pontos que devia elucidar, impossibilitando o respectivo exame por esta Corte, uma vez ausente o prequestionamento, constata-se, de igual modo, afronta ao art. 535, II, do CPC .(..) Recurso provido para anular o v.

compelido a trabalhar – decidir (e motivar) – sobre as questões que são remetidas ao seu domínio independentemente de requerimento das partes, bastando, para tanto, que seja invocada a prestação jurisdicional na forma do artigo 2º do CPC (princípio inquisitório).

Assim, ao decidir, o julgador estará jungido a observar as questões relevantes colacionadas pelas partes (princípio dispositivo)⁴⁵ e ainda as que, em razão de seu dever de ofício (princípio inquisitório), devem ser alvo de análise.⁴⁶ Esse ambiente misto faz com que ocorra a possibilidade de que a *omissão ontológica* possa se manifestar de duas formas distintas, a saber:

- *omissão direta* - fenômeno que surgirá se o ato judicial deixar de examinar questão relevante trazida para debate pelas partes;
- *omissão indireta* - ocorrerá quando o ato judicial deixar de se pronunciar sobre questão que, a despeito de não ter sido suscitada pelos interessados, poderia (leia-se aqui: deveria) ter sido resolvida de ofício pelo julgador.

Saliente-se que se a parte alegar matéria que poderia ter sido conhecida de ofício pelo Judiciário (p. exemplo: o requerido invoca a decadência legal) e a questão não for apreciada pelo magistrado, não se terá *omissão indireta*, mas sim *omissão direta*, já que nada obstante o dever de ofício do julgador de se pronunciar sobre a matéria, a questão foi expressamente apresentada pela parte interessada e não foi decidida pelo Estado-juiz. A *omissão direta* engloba, assim, *todo o material relevante que é trazido pela parte para a decisão, podendo estar representada por matéria vinculada ao princípio dispositivo ou inquisitório.*⁴⁷

acórdão recorrido, determinando-se o retorno dos autos ao E. Tribunal de origem ”(STJ, REsp. 908.282/SP, Rel. Ministro Jorge Scartezini, Quarta Turma, j. 15.02.2007, DJ 16.04.2007, p. 216).

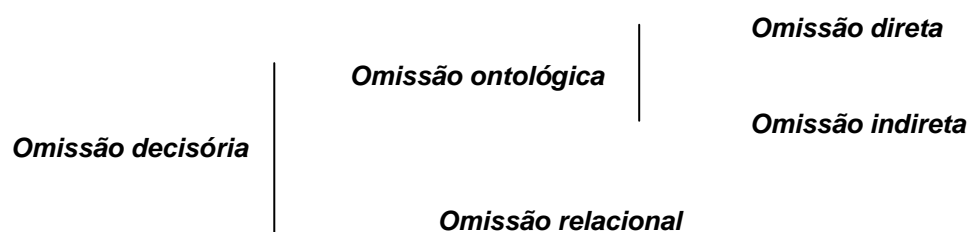
⁴⁵ Se a matéria dependia de sua provocação pretérita pela parte, a falta de decisão sobre o tema não pode ser vista como omissão, em qualquer das acepções (direta ou indireta). Este fenômeno, no caso de embargos de declaração que visam afastar a omissão para fins de *prequestionamento*, recebeu o curioso nome de ‘*pós-questionamento*’ em alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça. Confira-se, na linha: “Embargos declaratórios opostos após a formação do acórdão, com o escopo de prequestionar tema não agitado anteriormente, no processo. Na hipótese, não haveria “prequestionamento”, mas “pós-questionamento”. O direito processual brasileiro não admite embargos declaratórios para pós-questionar temas estranhos ao debate” (STJ, EDcl no REsp 31.257/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 11.04.1994, DJ 23.05.1994, p. 12560). Próximo: STJ, REsp 744.584/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 08.11.2005, DJ 28.11.2005, p. 228; STJ, EDcl no REsp 172.822/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, j. 28.09.1999, DJ 03.11.1999, p. 83..

⁴⁶ Próximo: Luís Eduardo Simardi Fernandes (*Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. São Paulo: RT, 2003, p. 160162).

⁴⁷ Ainda que sem utilizar a expressão que sugerimos, ou apresentando uma classificação própria, vale conferir as anotações de Teresa Arruda Alvim Wambier sobre os embargos de declaração e as questões suscitadas pelas partes ao

Assim, não apenas as questões trazidas pelas partes podem gerar a omissão, haja vista que a falta de atividade judicial sobre questão que o Judiciário poderia (deveria) se manifestar (e resolver) de ofício também é capaz de gerar o fenômeno previsto no artigo 535, II do CPC. Há, nessa situação, como vimos, a *omissão indireta*.

Portanto, o fenômeno da omissão – *como vício nos atos judiciais* – pode receber a seguinte sistematização:



2.2. Relevância da sistematização (exemplos de omissão indireta)

Fixando-se a *omissão indireta* nas situações em que o ato judicial deixa de se pronunciar sobre questão que poderia (= *deveria*) dirimir de ofício, mas não o fez, é possível se pensar em vários exemplos, autorizando-se, por conseqüência, a interposição dos embargos declaratórios.

No plano processual é imediata a lembrança de decisão omissa acerca dos pressupostos processuais e as condições da ação⁴⁸, já que a inexistência de análise de tais questões de ordem

longo da pendenga (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 75), já que seus fundamentos podem ser adaptados para a nossa concepção de *omissão direta*.

⁴⁸ Cf. artigo 267, IV do CPC e, seguindo a idéia da classificação mais conhecida: (i) *pressupostos processuais de existência*: a) demanda traduzida em petição inicial, b) jurisdição, c) citação, e d) capacidade postulatória; (ii) *pressupostos processuais de validade*: a) petição inicial apta, b) competência e imparcialidade do juízo e c) capacidade processual; e (iii) *pressupostos processuais negativos*: a) inexistência de coisa julgada e b) inexistência de litispendência. As condições da ação, conforme artigo 267, VI do CPC, se fixam na tríade (i) *legitimidade*; (ii) *interesse de agir* e (iii) *possibilidade jurídica*. De toda forma, cremos que a concepção consagrada de *pressupostos processuais e condições da ação* merece ser - ao menos - repensada. Para tanto, fundamental a leitura dos trabalhos dos professores Fredie Didier Jr. (*Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005) e José Orlando Rocha de

pública importaria em omissão – ainda que indireta - do julgador, mesmo que não tivessem sido argüidas anteriormente pela parte interessada.⁴⁹ [50](#) [51](#) [52](#)

Carvalho (*Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005), que trazem nova perspectiva para a matéria do juízo de admissibilidade das ações. Vale a consulta também, entre vários, dos textos de Rodrigo Klippel (*As condições da ação e o mérito à luz da teoria da asserção*. São Paulo: Scortecci, 2005) e Susana Henriques da Costa (*Condições da ação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005).

⁴⁹ Neste sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - QUESTÃO DE ORDEM: INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA CATEGORIA FUNCIONAL DA AUTORIDADE IMPETRADA - APRECIACÃO - DEVER DO ESTADO-JUIZ - SUPRIMENTO DA OMISSÃO ANTE INEXISTÊNCIA DE PRECLUSÃO. (..). 1. O Colendo Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o Tribunal deve pronunciar-se sobre as questões de ordem pública, ainda que suscitadas tão-somente em embargos de declaração, haja vista ser um dever para o Estado-Juiz o exame das matérias apreciáveis de ofício, acarretando omissão a não observância das questões indisponíveis. 2. Inexistindo forma única e rígida para argüir-se a incompetência absoluta, que pode ser proclamada a qualquer tempo e grau de jurisdição, uma vez que não se opera sobre ela a preclusão, acolhe-se os presentes embargos de declaração, emprestando-lhes efeito modificativo, para determinar a remessa da ação mandamental a uma das Varas da Fazenda Pública Estadual de Vitória, em razão da categoria funcional da autoridade impetrada - Subsecretário de estado da Receita” (TJES, EDMS n. 100.03.002761-7, Tribunal Pleno, Relator Desembargador Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça, j. 28.07.2007, DJ 22/08/2005). Bem próximo: TJES, ED na Apelação Cível 024.94.007280-4, 3ª. Câmara Cível, Rel. Desembargador Substituto Robson Luiz Albanez, j. 06.03.2007, DJ 20.03.2007; “PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO - ART. 267, § 3º DO CPC. 1. Não há preclusão para o relator, em recurso ordinário em mandado de segurança, conhecer de ofício sobre questão relativa às condições da ação e aos pressupostos processuais, notadamente acerca da ilegitimidade passiva ad causam da autoridade coatora, ainda que o mérito tenha sido enfrentado pelo Tribunal a quo 2. Embargos de declaração acolhidos, sem efeito modificativo” (STJ, EDcl nos EDcl no RMS 66/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 23.05.2000, DJ 28.08.2000, p. 64).

⁵⁰ Sobre as questões de ordem pública e os embargos de declaração, vale a leitura de Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 67-74).

⁵¹ É comum se efetuar o afinilamento do conceito (processual) de matéria de ordem pública para as questões de admissibilidade da ação, reportando-se aos artigos 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º do CPC. A nosso ver, todavia, *as questões processuais de ordem pública devem ser observadas como as indisponíveis às partes e ao Judiciário, transbordando o campo da admissibilidade*. Por tal motivo, pensamos que é preferível optar por rol *enunciativo*, já que, além das hipóteses que citamos no corpo do presente ensaio, poderemos nos defrontar com outras situações em que se verificará a existência da indisponibilidade, capaz de caracterizar a questão como de ordem pública. Por exemplo: não é lícito que recurso desprovido de efeito suspensivo (e sem pedido de concessão provocada – art. 558 do CPC) receba de ofício o *plus* da *suspensividade*. Tal situação violará a indisponibilidade que circunda a *eficácia das decisões judiciais*, justificando a *correção de ofício* pelo órgão de revisão do ato judicial. Nesse sentido, confira-se voto oral e vencedor: “(...) a disposição de sentença que condiciona a sua eficácia ao trânsito em julgado é absolutamente nula, porque em desacordo com os próprios termos da Lei n. 8.245. Trata-se de matéria que não está à disponibilidade das partes, justamente porque diz respeito à eficácia da sentença, matéria eminentemente de ordem pública e que nós, podemos, e creio, devemos, corrigir agora, quando deste julgamento.” (TJES, Apelação Cível n. 024.990.103.194, 2ª Câmara Cível, Desembargador Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon, acórdão por maioria, lido em 12.6.2001). Na hipótese colocada como exemplo, se o tribunal, como órgão judicial de revisão, não tivesse *corrigido* o atropelo decisório recorrido quanto à concessão de efeito suspensivo ao arrepio da lei (e da indisponibilidade da questão às partes e ao Judiciário), estaríamos analisando uma *omissão indireta*, que poderia ser corrigida por meio dos embargos declaratórios.

⁵² Nosso sistema permite, nos artigos 267, parágrafo 3º e 301, parágrafo 4º do CPC, que o juiz *de ofício*, sem a necessidade de oitiva do prejudicado, decida questões de ordem pública atreladas aos pressupostos processuais e as

Indo mais além, ao se pensar na carência de aferição de questões de ordem pública como situação caracterizadora da omissão indireta, no plano material a não observância pelo julgador da ocorrência da decadência legal⁵³⁻⁵⁴ serve também de exemplo do fenômeno, podendo situação parelha ocorrer caso não examinada pelo julgador determinadas matérias previstas no CDC, consoante artigo 1º daquele diploma lei.⁵⁵⁻⁵⁶

condições da ação. Curiosamente, no mesmo CPC, o artigo 327 determina que se o réu alegar qualquer das matérias do artigo 301, deverá o juiz ouvir o autor antes de decidir a questão de ordem pública agitada pela parte. O poder de decisão do juiz, sem qualquer contraditório, não é adotado no Código de Processo Civil português que expressamente prevê no n.º 3 de seu artigo 3º: “O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo em caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito e de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre elas se pronunciarem”. Nesse sentido, bem fundamentado: Fernando Luso Soares; Duarte Romeira Mesquita; Wanda Ferraz de Brito. *Código de Processo Civil anotado*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 117-118. Conquanto não encontre correspondência expressa no direito processual civil brasileiro, esta proibição decorre, sem grande esforço, do princípio do devido processo legal, e notadamente, dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos, nos incisos LV e LIII do art. 5º. da Constituição Federal, respectivamente. Bem próximo, confira-se: José Roberto dos Santos Bedaque [Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: *Causa de pedir e pedido no processo civil: questões polêmicas*. José Rogério Cruz e Tucci e José Roberto dos Santos Bedaque (Coords.). São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-42]. Segundo o autor (que cita Comoglio) “[...] admitir que questões sejam solucionadas sem a prévia manifestação das partes, mesmo aquelas cujo exame de ofício é possível, importa conferir significado ilusório ao direito de defesa. Para que o contraditório seja pleno e efetivo, deve realizar-se antes da decisão, sob pena de nulidade. Trata-se de exigência de um processo justo e leal, sem surpresas para os participantes” (op. cit., p. 42). Não temos dúvida que o contraditório merece ser respeitado, mesmo nas matérias de ordem pública, notadamente nas situações voltadas para a relação processual (como é o caso dos pressupostos processuais e condições da ação), até mesmo em razão de questões práticas, consoante adiante melhor explicitado na nota de rodapé número 56.

⁵³ Cf. artigo 210 do Código Civil.

⁵⁴ Na linha: “DECADÊNCIA. MATÉRIAS COGNOSCÍVEIS DE OFÍCIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. (...) Viola o art. 535, II, do CPC o acórdão que não se manifesta quanto à decadência do direito da impetrante, visto que tal implica negativa de prestação jurisdicional. (...) Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido e determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem” (STJ, REsp. 599.754/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, j. 04.05.2004, DJ 31.05.2004, p. 223).

⁵⁵ Os exemplos são variados, pois existem muitas hipóteses no Código Civil em que o Judiciário poderá agir de ofício (por exemplo, nas situações cobertas pelo parágrafo único do artigo 2.035 ou nos artigos 795 e 848).

⁵⁶ É importante notar que a arguição de ofício das matérias de ordem pública de cunho processual possui efeito mais limitado do que o pronunciamento pelo magistrado - também de ofício - sobre questões de direito material. Isso porque na primeira situação, esta pronúncia irá afetar apenas a 'relação jurídica processual', não contaminando a 'relação jurídica material'. A observação de tal fenômeno é relevante, pois, mesmo em hipótese de 'extinção do processo', não se resolverá "capítulo" sobre o mérito da causa (= *relação jurídica material*), o que permite, a priori, a renovação da ação - caso sanado o defeito - seguindo-se o gabarito dos arts. 28 e 268 do CPC. Não suficiente, note-se ainda que a arguição sobre questão processual de ordem pública pelo juiz, por ter órbita apenas na relação jurídica processual, não impede que as partes transacionem, resolvendo a relação jurídica material, fato este inviável quando o magistrado conhece de ofício sobre questão de ordem pública no plano do direito material. Não há, pois, qualquer embaraço para homologação de transação ainda que estejam presentes vícios processuais capazes de extinguir a relação jurídica processual, como é o caso da inépcia da inicial (art. 267, IV, do CPC). Admite-se até mesmo que no caso da ilegitimidade *ad causam passiva*

A intuitiva a associação feita entre a omissão indireta com a categoria das matérias de ordem pública⁵⁷ não esgota, em absoluto, o rol de questões que podem ser vetores da oposição de embargos de declaração com espeque em tal fundamento (*omissão indireta*). Com efeito, há que se ressaltar que, a possibilidade de conhecimento oficioso, na realidade, constitui mero desdobramento processual que se atribui a determinadas matérias, existindo algumas que, muito embora possam ser pronunciadas de ofício, não são de ordem pública.

Com tal norte, há vários exemplos em que julgador deve se pronunciar de ofício, muito embora tais questões não possam ser tratadas como de ordem pública, em seu conceito mais ortodoxo. Nessa linha, nos atos decisórios algumas questões deverão ser resolvidas de ofício, isto é, mesmo sem requerimento expresso do beneficiário, apesar de, frise-se, não se tratem de matérias de ordem pública, ao menos, em formato que habitualmente é relacionado (*sinônimo de questão indisponível*). No sentido, servem como exemplos de matérias que o julgador deve resolver, ainda que não invocadas pelas partes:

que se opere a transação, aplicando-se os efeitos do direito material (basta pensar que o terceiro pode pagar a dívida de outrem, consoante arts. 304 e 346 do Código Civil). A situação demonstra a relevância, inclusive, da necessidade de contraditório quando a questão de ordem pública for argüida de ofício pelo juiz, pois, em grande parte das matérias processuais, há espaço para que seja trabalhada a transação. Sobre a necessidade de contraditório na argüição de questões argüidas de ofício pelo juiz, confira-se Rodrigo Mazzei (*Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 436-439).

⁵⁷ Reconhecemos que há uma grande dificuldade para o alcance da expressão “ordem pública”, pois, como bem assevera Maria Coeli Simões Pires, “a noção de ordem pública, por sua equivocidade, provoca perplexidade no campo da doutrina, da jurisprudência e do direito positivo” (*Direito adquirido e ordem pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 398). De todo jeito, nos parece ser necessário fixar pontos mínimos, uma vez que a confusão no uso do conceito acaba por criar, de fato, “perplexidades”, não sendo permitido, dentro da linha que defendemos, alargar por demasia o conceito de ordem pública. Isso implicaria, por exemplo, em opor obstáculos na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, na medida em que a interpretação restritiva do seu art. 1º, que enaltece o seu caráter de “ordem pública” (Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de *ordem pública* e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias), poderia inviabilizar atos de natureza dispositiva que contém naquele diploma, afastando, por exemplo, a possibilidade de transação em hipóteses em que o direito do consumidor é perfeitamente disponível (a variação do grau de disponibilidade das normas do CDC indica que, dentro daquele corpo legislativo, coexistem regras de ‘ordem pública’, em que não há possibilidade de flexibilização – p. exemplo o art. 51 – com outras que, nada obstante o ‘interesse público’ que marca o microsistema, admitem certa flexibilização (p. exemplo o art. 18, § 2º). Daí porque o intérprete, pensamos, há de diferenciar a ‘ordem pública’ (situação absolutamente aguda) do ‘interesse público’. Tratamos do tema, com mais vagar, no texto: A prescrição e a sua *pronúncia* de ofício: qual a extensão da revogação do art. 194 do Código Civil. In *Reflexos processuais do Código Civil*. 2ª. Ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 259-271.

- (a) aplicação de juros e correção (com toda extensão do art. 293 do CPC)⁵⁸,
- (b) honorários de advogado (art. 20 do CPC)⁵⁹,
- (c) prestações periódicas (art. 290 do CPC)⁶⁰,
- (d) fato superveniente (art. 462 do CPC)⁶¹,
- (e) fixação de multa diária e/ou medidas de apoio (art. 461, § 5º, do CPC)⁶²,

⁵⁸ Neste sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO. JUROS DE MORA. DIES A QUO. TAXA. PROVIMENTO DOS EMBARGOS. Tratando-se, os juros moratórios, de incidência decorrente de lei (CPC, art. 293), embora nas razões da apelação o apelante-embargante não tenha expressamente requerido a aplicação de juros de mora, deve o Órgão Julgador manifestar-se a respeito da incidência desse encargo, no momento em que reforma a sentença e condena as rés a indenizar o autor por danos morais. O provimento deve-se restringir ao que foi delimitado na inicial (artigos 2º, 128 e 460 do CPC). O percentual dos juros será de 6% ao ano, até a entrada em vigência do Código Civil de 2002. A partir de então, os juros de mora incidirão no patamar de 12% ao ano. Acolheram os embargos de declaração e, no mérito, deram-lhes provimento” (TJRS, Embargos de Declaração nº 70009892191, Nona Câmara Cível, Relator Desembargador Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, j. 17/11/2004). Próximos: TJRS, ED nº 70011807450, Nona Câmara Cível, Relatora Dês. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 08/06/2005; STJ, EDcl no REsp 468.903/RJ, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, j. 17.04.2007, DJ 21.05.2007, p. 581; STJ, EDcl no REsp 698.772/MG, Rel. Ministra Nancy Andriighi, Terceira Turma, j. 19.09.2006, DJ 02.10.2006, p. 265.

⁵⁹ Neste sentido: A condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação. O pedido de tal condenação encontra-se compreendido na petição inicial como se fosse um pedido implícito, pois seu exame decorre da lei, prescindindo de alegação expressa do autor. (...) Havendo omissão do julgado, caberia à parte, na época oportuna, requerer a condenação nas verbas de sucumbência em sede de embargos declaratórios, antes do trânsito em julgado da sentença, sendo incabível imposição posterior já na fase de execução” (STJ, AgRg no REsp 886.559/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, j. 24.04.2007, DJ 24.05.2007, p. 329). Em termos: STJ, EDcl no AgRg no REsp 380.831/SC, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, j. 06.08.2002, DJ 02.09.2002, p. 258; STJ, EDcl no REsp 369.773/ES, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Turma, j. 05.09.2002, DJ 28.10.2002, p. 226.

⁶⁰ Neste sentido: “Há omissão no acórdão que deixa de examinar o pedido de inclusão das cotas vencidas e impagas no decorrer da lide, bem como não inclui nos valores da condenação a multa moratória autorizada pela Convenção de Condomínio. As cotas condominiais vencidas no decorrer da tramitação da ação, até o seu trânsito em julgado, incluem-se no débito, por tratar-se de obrigações sucessivas e contínuas, nos termos do art. 290 do CPC. A multa moratória prevista na convenção de condomínio em consonância com o disposto na Lei 4.591/64, não se mostra abusiva quando fixada no percentual de 20%, autorizando a sua incidência sobre o débito. Contudo, a partir da entrada em vigor do novo Código Civil, a multa a ser aplicada sobre as quotas inadimplidas resta limitada ao percentual de 2%, conforme disposto no § 1º do art. 1.336 do aludido diploma legal. Embargos de declaração acolhidos” (TJRS, Embargos de Declaração nº 70018734061, Décima Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador André Luiz Planella Villarinho, j. 22/03/2007).

⁶¹ Neste: “RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Cabíveis embargos declaratórios para sanar omissão de acórdão que não aplicou, de ofício, direito superveniente (arts. 462 c/c 535, II, do CPC)” (STJ, REsp. 5.708/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 01.09.1991, DJ 30.09.1991, p. 13464).

⁶² Neste sentido: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MEDICAMENTOS. ASTREINTE. APLICAÇÃO DO ART. 461, §§ 4º e 5º, DO CPC. OMISSÃO EFETIVAMENTE VERIFICADA. Decisão embargada que se mostrara omissa ao deixar de manifestar-se sobre o disposto no art. 461, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Civil, esse último acrescentado pela Lei nº 10.444/02, acerca da possibilidade de fixação, pelo juiz, de multa para compelir o devedor ao cumprimento

(f) saneamento dos erros materiais (art. 463 do CPC)⁶³.

Outra questão relevantíssima, que obriga o Judiciário a decidir mesmo sem pedido expresso do recorrente, está fixada no material que é levado pelo efeito devolutivo do apelante, nos termos do art. 515, § 2º, do CPC⁶⁴⁻⁶⁵, podendo também se citar a prescrição que, depois da remodelação introduzida pela Lei 11.280/06 no art. 219, § 5º, do CPC, dever ser pronunciada de ofício.⁶⁶

da obrigação de fazer. Medidas que poderão ser adotadas, de ofício ou a requerimento, pelo juízo, para assegurar a efetivação da tutela concedida. Matéria que já havia sido enfrentada no Agravo de Instrumento nº 70008439374, em decisão monocrática que mantivera a multa diária, reduzindo, entretanto, o seu valor. Embargos acolhidos sem efeitos infringentes. (TJRS, Embargos de Declaração nº 70011616380, Terceira Câmara Cível, Relator Desembargador Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, j. 02/06/2005): “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA AO ESTADO PELO DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. OMISSÃO. ACLARAMENTO DO JULGADO. O juiz pode aplicar as *astreintes* de ofício, objetivando a efetivação da tutela específica, mesmo contra pessoa jurídica de direito público, que no caso de descumprimento da obrigação de fazer, terá que suportá-las. Deve prevalecer o direito à saúde e o cumprimento de decisão judicial. Embargos acolhidos. Unânime” (TJRS, Embargos de Declaração nº 70014441836, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, j. 05/04/2006).

⁶³ Neste sentido: “Tem cabimento os embargos de declaração opostos com o objetivo de se suprimir erro material cometido na apreciação do recurso especial. (...). Corrige-se, ainda, de ofício, flagrante erro material ocorrido quando da retificação de voto. (...) 4. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, tão-somente para corrigir os erros materiais” (STJ, EDcl no REsp 571.941/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 20.03.2007, DJ 21.05.2007, p. 554). Próximo: STJ, EDcl nos EDcl no Ag 508.104/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 25.11.2003, DJ 19.12.2003, p. 341.

⁶⁴ Próximo: “PROCESSUAL CIVIL. ART. 515, § 2º/CPC. PEDIDO COM DOIS FUNDAMENTOS. SENTENÇA QUE ACOLHEU O PRIMEIRO DELES SEM SE MANIFESTAR SOBRE O SEGUNDO. APELAÇÃO DO RÉU. EFEITO DEVOLUTIVO. DEVER DO TRIBUNAL DE, REJEITANDO O FUNDAMENTO ACOLHIDO PELA SENTENÇA, CONHECER DOS DEMAIS. O efeito devolutivo da apelação não se restringe às questões resolvidas na sentença, compreendendo também as que poderiam ter sido decididas, seja porque suscitadas pelas partes, seja porque conhecíveis de ofício (§ 2º, do art. 515/CPC). Se o juízo de primeiro grau examina apenas um dos dois fundamentos do pedido do autor para acolhê-lo, a apelação do réu devolve ao tribunal o conhecimento de ambos os fundamentos, ainda que o autor não tenha apresentado apelação adesiva ou contra-razões ao apelo do réu, daí porque pode o Tribunal, estando a lide em condições de ser apreciada, reformar a sentença e acolher o pedido do autor pelo outro fundamento que o juiz de primeiro grau não chegou a apreciar” (STJ, REsp. 136.550/MG, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, j. 23.11.1999, DJ 08.03.2000, p. 118). Próximo: STJ, REsp. 172.266/MG, Relator Ministro Aldir Passarinho Júnior, 4ª. Turma, DJ 08.10.2001, p. 218).

⁶⁵ Em sentido aproximado, confira-se Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: RT, 2005, p. 379-385).

⁶⁶ Como gizado, a Lei 11.280/2006 alterou a redação do art. 219, § 5º do CPC para permitir ao Magistrado a pronúncia de ofício da prescrição. Como decorrência lógica, revogou expressamente o art. 194 do Código Civil que conferia apenas aos absolutamente incapazes a prerrogativa de reconhecimento oficioso da prescrição que lhes favorecesse. Sem adentrar em todas as polêmicas inerentes ao novo tratamento processual dado à prescrição, é inegável que desde a entrada em vigor desta lei, a prescrição passou a ser matéria passível de conhecimento pelo Magistrado, independentemente de alegação das partes. Com esta nova configuração, temos por certo que a omissão relativa à pronúncia de ofício da prescrição poderá ser objeto de embargos de declaração. Para o aviamento dos embargos

Ao se verificar que existe a possibilidade de caracterização da omissão indireta, conclui-se que o inciso II do art. 535 do CPC permite o manejo dos declaratórios sempre que ocorrer *error in procedendo* de natureza omissiva. Nessa trilha, todas as questões que deveriam ter sido resolvidas no julgamento e cuja apreciação poderia se dar de ofício pelo julgador (ou julgadores, em caso de decisão plúrima) antes de aperfeiçoada a decisão, poderão ser alvo de embargos de declaração, uma vez que estará caracterizada omissão, por não ter sido levado a cabo o dever de ofício do magistrado.⁶⁷

3. Do ‘erro manifesto’ (ou ‘erro evidente’ no julgamento)

declaratórios na situação de *omissão indireta*, não basta que a questão seja imune à preclusão e que possa ser suscitada posteriormente pela parte. Esse não é o foco da *omissão indireta*. A compreensão desse fenômeno está na observância *daquilo sobre que a decisão tinha o dever de se manifestar*, sem que anteriormente fosse necessário que o interessado tivesse argüido a questão. Por conseguinte, apesar dos efeitos do art. 193 do Código Civil, permitindo-se alegação da prescrição em qualquer grau de jurisdição, vê-se que, até a revogação do art. 194 do Código Civil, não se poderia cogitar de omissão decisória, caso a parte interessada não houvesse anteriormente invocado a matéria. Logo, eram impertinentes embargos de declaração que pela primeira vez invocassem nos autos a matéria (prescrição), pois não havia na decisão embargada qualquer dos vícios tipificados do art. 535 do CPC. Agora a sistemática é outra. Independentemente da parte a que aproveita a prescrição (*absolutamente incapaz, relativamente incapaz ou capaz*), mesmo que não tenha argüido a questão anteriormente, como o Magistrado tem o dever de ofício de deliberar sobre a prescrição, o não exame da matéria importará em *omissão*, ainda que de natureza *indireta*, abrindo-se espaço para a sadia apresentação dos embargos de declaração, com supedâneo no art. 535, II, do CPC. Neste sentido: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. RECURSO PROVIDO. 1. Os embargos declaratórios prestam-se a sanar omissão ou contradição ou, ainda, a esclarecer obscuridade em que tenha incorrido o julgado, nos termos do art. 535, incs. I e II, do CPC. 2. Omissão existente no tocante à prescrição de parcelas vencida há mais de cinco anos da data da propositura da ação. 3. Pronúncia de ofício da prescrição, pois vigente, à época do julgamento em Segundo Grau, a Lei 11.280, de 16.02.2006, que alterou a redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil. 4. Embargos acolhidos. (Embargos de declaração na Apelação Cível nº 200101990173770/ TRF – 1ª Região, Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, j. 30.08.2006, p. 14.09.2006)”; “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREVIDENCIÁRIO. REAJUSTE DE BENEFÍCIOS. PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL. LEI 11.280/06. OMISSÃO EXISTENTE. I - Reconhecida a omissão no v.acórdão, cabível saná-la por meio de embargos declaratórios - art. 535, inciso II, do Código de Processo Civil. II - Após a vigência da Lei 11.280, de 16/02/2006, a matéria relativa à prescrição quinquenal deve ser apreciada de ofício. III - Tratando-se de benefício previdenciário que tem caráter continuado, prescrevem apenas as quantias abrangidas pelo quinquênio anterior ao que antecede o ajuizamento da ação (Súmula 163 do TFR). IV - Embargos acolhidos”. (Apelação Cível nº 1061374/ TRF – 3ª Região, Nona Turma, Relator: Marisa Santos, j. 12.02.2007, p. 15.03.2007). Na doutrina, fixando o cabimento dos embargos de declaração para suscitar omissão decorrente da falta de pronúncia de ofício sobre a prescrição, confira-se: Rodrigo Mazzei (*Reforma do CPC*. São Paulo: RT, 2006, p. 440-444) e Luiz Guilherme Bondioli (*O novo CPC: a terceira etapa da reforma*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 214).

⁶⁷ A necessidade de correção só surge após a prolação da decisão omissa, pois no momento dela ainda não havia “dever de saneamento”, já que, a rigor, ainda não havia omissão.

Sem prejuízo das premissas já apresentadas, o cabimento dos embargos de declaração para afastar o *erro manifesto* é questão que desafia atenção, acabando por absorver raciocínios atrelados à omissão indireta. Dada a importância especial da temática, optamos por desenvolver linhas próprias voltadas aos embargos de declaração que visam corrigir os chamados erros manifestos (ou *erros evidentes*)⁶⁸.

Como é curial, as inexactidões materiais podem ser corrigidas de ofício, à luz do artigo 463, I do CPC, e, nessas condições, se não efetuada por aquele que tinha o dever jurídico de assim proceder, são cabíveis os embargos de declaração. A *omissão indireta* se caracteriza como a obrigação de ofício (correção do erro material) que não foi levada a cabo pelo Judiciário. Como foi olvidado o dever de ofício, permite-se o aviamento dos declaratórios, por intermédio do permissivo do artigo 535, II do CPC (*omissão, de natureza indireta*).⁶⁹⁻⁷⁰

Em outro giro, a oposição de embargos de declaração com fundamento na ocorrência de *erro manifesto* é, certamente, bem mais complexa do que a mesma interposição feita com base em erro material, eis que este vício não é atingido pelos efeitos da preclusão, podendo ser retificado de ofício mesmo após o trânsito em julgado da ação.⁷¹ O mesmo não se pode dizer em relação ao *erro manifesto* quando vinculado à atividade julgadora,⁷² já que tendo ocorrido em sede de decisão

⁶⁸ Do STJ, utilizando-se da expressão *erro evidente* como causa de oponibilidade dos declaratórios, colhe-se: EDRESP ns. 305492/SC e 395117/RS. Da mesma forma, entendendo ser o *erro manifesto* como *error in procedendo capaz de autorizar os declaratórios*, confira-se: EDRESP n. 259260/RS e RESP n. 390426/RJ.

⁶⁹ Como já afirmado, a jurisprudência, ainda que sem refinar a questão para o foco da *omissão indireta*, é pacífica no sentido do cabimento dos declaratórios para sanar erro material. Nesse sentido, consolidou-se que: “Apontando os embargos a existência de erro material no acórdão embargado, cumpre prover o recurso, nesta parte, a fim de que seja corrigido o lapso” (STJ, EDREsp. 363.966-SP, 1ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 07.10.2003, DJU 10.11.2003). Confira-se ainda, com fartura de precedentes, a nota 44 do presente texto.

⁷⁰ Saliente-se que, muito embora a lei não exija o uso dos declaratórios para tal correção, a inteligência nos leva a conclusão de ser esse o melhor caminho, pois se argüida a questão pelo interessado através de simples petição, não estará interrompido o prazo para eventual recurso, não causando prejuízo endoprocessual ao postulante. No sentido: “Apelação. Prazo. Retificação de erro material. O pedido de retificação de erro material (art. 463, I do CPC), cujo processamento não causa qualquer prejuízo à parte adversa, não tem o mesmo efeito dos embargos de declaração, (art. 463, II), não suspendendo o prazo para apelação. Recurso conhecido e provido.” (STJ – RESP n. 50.933/RJ, 4ª T., Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, DJU, de 27.3.1995). Confira-se ainda, com mais vagar, Rodrigo Reis Mazzei. Embargos de declaração. In: *Dos recursos. Temas atuais e obrigatórios*: vetores recursais. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos (ICE), 2001, v. 2, p. 318-321.

⁷¹ Nessa linha: “O erro material é corrigível a qualquer momento de ofício ou a requerimento da parte, sem que daí resulte ofensa a coisa julgada” (RSTJ 34/378). Em igual sentido: STJ – ED no RESP n. 40.892-4-MG, Corte Especial, Rel. Min. Nilson Naves, j. 30.3.1995.

⁷² A diferença se impõe, pois no erro material não há qualquer emissão de juízo e o equívoco é vislumbrado pelo simples fato da decisão estar em desacordo com a expressão que deveria ter. Nessa linha, em termos: “Erro material é

final,⁷³ ficará o seu prolator impossibilitado de revisá-lo em vista dos efeitos irreversíveis da preclusão.⁷⁴

No entanto, essa característica em nada interfere na classificação dos erros manifestos como vícios de omissão indireta, com guarida no artigo 535, inciso II do CPC, como hipótese de oponibilidade dos embargos declaratórios.

Com efeito, antes de iniciar o julgamento, o magistrado deverá analisar se a ação se encontra em perfeitas condições formais, observando, para tanto, diversas regras procedimentais, tais como contagem de prazos legais, *quorum* em caso de decisão colegiada, imparcialidade do juízo, enfim, um finto de questões prévias de observância incontornável para que seja lançada decisão judicial formalmente inatacável. Ausentes quaisquer destas formalidades prévias, *é dever de ofício* do julgador se manifestar sobre a questão, determinando, se possível, que seja suprida a causa que obsta o julgamento.

Exemplifiquemos. Se, iniciado o julgamento de apelação cível, se verificar que os advogados das partes não foram intimados para a pauta de julgamento, mesmo não tendo havido qualquer requerimento nesse sentido, terão os julgadores, pela necessidade de se observar o artigo 552 do CPC (dever de ofício) como condição para o julgamento, que interromper a atividade judicante e retornar ao *status quo ante*, para que a *omissão legal* seja sanada.

Em outra hipótese, imaginemos que, tendo julgado o recurso principal deserto, a Câmara, ao examinar a admissibilidade de recurso adesivo, verifica que não é necessário o preparo no apelo primitivo, pois o recorrente principal está no rol dos dispensados do recolhimento, nos termos do parágrafo 1º do artigo 511 do CPC. Nessa segunda situação, mesmo que não haja qualquer requerimento das partes, o órgão julgador poderá (ou melhor, deverá) retroagir no julgamento, por ter laborado em erro formal de análise quanto ao preparo do recurso matriz, ao *não analisar regra legal impositiva* vinculada ao julgamento.

aquele perceptível *primo ictu oculi* e sem maior exame, a traduzir o desacordo entre a vontade do juiz e a expressa na sentença” (STJ – RESP n. 15.649-0-SP, 2ª T., Rel. Min. Pádua Ribeiro, j. 17.11.1993, DJU 06.12.1993, p 26.653).

⁷³ No caso de decisão interlocutória, prepondera o entendimento de que é possível ser a questão revista na decisão final. Nessa linha: “Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação de decisão definitiva.” (RSTJ 64/156).

⁷⁴ Por isso, sedimentado o erro manifesto no julgamento, este terá de ser corrigido via recurso, não podendo, após proferida decisão final, ser a questão resolvida de ofício ou a requerimento por simples petição. Nesse sentido, em termos: “Ao contrário do erro material, o erro de fato não pode ser corrigido de ofício ou por petição do interessado, após o trânsito em julgado da decisão que nele incidiu.” (STF – RE n. 190.117-9-DF, 1ª T., Questão de Ordem, Rel. Min. Moreira Alves, j. 29.9.1998, DJU, de 19.3.1999, p. 19).

É importante notar que, como os deslizes decisórios sofrerão os efeitos da preclusão, a correção de ofício deverá se dar antes do cabo final para tanto. No caso dos exemplos, pela inteligente interpretação dos artigos 556 e 561 do CPC, os atropelos poderiam ser corrigidos (de ofício) até o aperfeiçoamento da decisão colegiada que, como é curial, ocorre com o anúncio do resultado. Assim, até que fosse declarado o resultado, o vício em questão poderia ter sido argüido por qualquer dos magistrados que participaram do julgamento. De todo modo, a falta dessa denúncia para correção acabou por caracterizar uma *omissão indireta*.

Em ambos os exemplos, pode-se dizer que houve o chamado *erro manifesto*: na primeira situação não seria possível o julgamento de apelação sem prévia pauta, enquanto que na segunda ocorrência, não era lícito inadmitir-se o recurso adesivo pela falta de preparo do apelo principal, quando o recurso matriz ostentava dispensa legal do encargo.⁷⁵ O que há em comum entre as duas situações é justamente o que caracteriza a *omissão indireta*. Se no momento do julgamento havia questão prévia que devia ter sido observada e não foi, desapegando-se o órgão judicial do seu dever de ofício de analisá-la, laborou este em omissão indireta, uma vez que tais questões formais constituem obrigações legais que atrelam o julgador, não sendo necessário requerimento do interessado a respeito para que seja examinada.

As portas ficam abertas ao saneamento pelos declaratórios, haja vista que se trata de *error in procedendo* marcado pela não observância no julgamento de uma regra procedimental obrigatória. Com os declaratórios, requerer-se-á que o atropelo causado pela omissão, seja solucionado. Indica-se o *error in procedendo* de natureza omissiva e, caso se verifique que sua efetiva ocorrência, reabre-se o julgamento a partir da questão que deveria ter sido analisada, provocando-se decisão *rescindente*, com aplicação da inteligência do artigo 248 do CPC.⁷⁶

Por fim, e com mira ainda nos exemplos colocados, se a matéria fosse argüida por qualquer dos magistrados participantes do julgamento e fosse rejeitada pelos demais, não haveria mais a omissão, pois a questão teria sido decidida. A omissão, portanto, não estará fixada na existência de julgamento em que houve *erro manifesto*, mas sim na ausência de qualquer motivação acerca da questão que deveria ser sido conhecida oficiosamente.

⁷⁵ Do STJ, utilizando-se da expressão *erro evidente* como causa de oponibilidade dos declaratórios, colhe-se: EDRESP ns. 305492/SC e 395117/RS. Da mesma forma, entendendo ser o *erro manifesto* como *error in procedendo capaz de autorizar os declaratórios*, confira-se: EDRESP n. 259260/RS e RESP n. 390426/RJ.

⁷⁶ Este efeito *rescindente* que decorre de ajuste *cronológico*, pois as formalidades para o julgamento devem ocorrer antes de se emitir o juízo de conteúdo, faz com que a maioria dos embargos de declaração que apontem o erro manifesto tenham pretensão modificativa ou infringente.

Um paralelo didático que permite examinar quando será caso de omissão indireta nas situações de *erro manifesto* e *erro evidente* está no exame do artigo 485, inciso IX do CPC, para fins de ação rescisória por *erro de fato*. Com efeito, não basta que ocorra o erro de fato para que seja admissível a ação rescisória. É necessário ainda, conforme entendimento pacífico enaltecido, em feliz síntese, por Cássio Scarpinella Bueno: “(a) o *erro* deve ser fundamento suficiente e bastante da sentença. Sem ele a sentença seria diversa; (b) a apuração do *erro* deve prescindir de qualquer atividade probatória complementar; inclusive na ação rescisória. Deve ser detectado *primo ictu oculi* a partir do exame dos autos em que proferida a decisão que se pretende rescindir; (c) não pode ter havido qualquer espécie de controvérsia entre as partes ou com o julgador a respeito do que se entende pelo *erro*; (d) não pode, por fim, ter havido, pronunciamento judicial acerca do *erro*.”⁷⁷

Com olhos no contorno doutrinário destacado, tem-se que há grande semelhança entre a matéria aqui tratada e o filtro que se faz com o *erro de fato* para a ação rescisória, pois para que ocorra o *erro manifesto* ou *erro evidente* que autorize a oposição dos declaratórios, deverão ser observados os seguintes requisitos: (a) *o deslize terá de ser relevante e capaz de demonstrar que causará alteração substancial no julgamento; (b) não se admitirá cognição suplementar a que já consta dos autos; (c) e finalmente não poderá a questão ter sido decidida na sua plenitude, pois só há omissão se ficar vácuo decisório*. Decidida a questão, seja por provocação da parte interessada,⁷⁸ seja pela atividade de ofício do judiciário, não se poderá cogitar da ocorrência de omissão, sendo inviáveis, neste sentido, os embargos de declaração.

Nessa linha, é importante lembrar que os embargos de declaração visam atacar somente *error in procedendo*, de modo que se a matéria apontada tiver sido decidida na sua plenitude, *ainda que com manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso*, o alvo dos declaratórios estará em eventual *error in iudicando*, o que não permite o sistema.⁷⁹

⁷⁷ Cassio Scarpinella Bueno. In: Antonio Carlos Marcato (Coord.): *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1.480-1481.

⁷⁸ Aqui uma diferença entre os embargos de declaração e a ação rescisória, pois se o erro de fato for suscitado nos autos, não será possível o ajuizamento da ação com base no artigo 485, IX do CPC. Contudo, para efeito de embargos de declaração, ainda que a matéria tenha sido argüida pelo interessado, não há qualquer óbice para os embargos de declaração. Muito pelo contrário, será hipótese de *omissão direta*. É só imaginar contra-razões de recurso em que o recorrido suscita, em preliminar, a intempestividade do apelo do recorrente. Conhecido o recurso, com erro de contagem de prazo, é totalmente possível que a questão seja argüida pela via dos embargos de declaração.

⁷⁹ Com base nas conclusões já expostas, ousamos discordar de João Batista Lopes que afirma que não cabíveis embargos de declaração para saneamento do *erro de fato*. Após admitir o cabimento dos embargos de declaração para a correção de erro material, afirma o jurista: “O mesmo não ocorre, porém, em caso de erro de fato, em sentido técnico, cuja configuração implica *reexame de prova*, incompatível com a natureza e função dos embargos de declaração. Também não há admitir-se recurso para *corrigir erro na interpretação da lei*, somente possível por via de recurso extraordinário ou ação rescisória. De todo o exposto, é possível formular-se a seguinte conclusão: ‘É admissível

Antes de iniciar o julgamento, mister se faz que o órgão julgador examine a exaustão e decida sobre todos os elementos que envolvam os requisitos extrínsecos do recurso, uma vez que qualquer dado omitido, por se tratar de matéria indisponível, gerará *omissão indireta*, sanável por meio de embargos de declaração.

Assim, ainda que o órgão julgador tenha julgado o recurso intempestivo, por não ter observado, por exemplo, (a) recesso forense que afeta a contagem dos prazos ou (b) existência de litisconsortes com advogados distintos, fazendo-se necessária a aplicação do artigo 191 do CPC, haverá *omissão indireta*, pois era dever de ofício que essa questão fosse corretamente resolvida no julgamento. Da mesma forma, haverá *omissão indireta* se for conhecido recurso intempestivo, quando o recurso não preenchia tal requisito de admissibilidade e a decisão para o conhecimento tenha sido *genérica*, sem examinar concretamente dados importantes na contagem. Neste caso, teremos uma *omissão ontológica*, ou seja, uma incompletude, que deve ser preenchida.⁸⁰

excepcionalmente, a alteração do julgado em sede de embargos declaratórios, quando houver no acórdão contradição entre o fundamento e o *decisum* ou em caso de manifesto erro material, cujo reconhecimento não implique em reexame de prova ou de tese jurídica adotada na decisão embargada’.” (Alteração do julgado em embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 643, p. 224-227, – destaques não constantes do original). A leitura atenta do texto do ilustre jurista demonstra que a censura efetuada tem como base nodal o fato de que os embargos de declaração não se prestam para *reexaminar questão de prova ou reavaliar interpretação da lei*, do que não discordamos. No entanto, é possível que sobre o *erro de fato* não ocorra decisão, ou que haja apenas exame parcial, sem apreciar a questão em toda sua extensão (*omissão ontológica*), o que justificará os declaratórios, desde que, aliado a tal fato, (a) o equívoco seja relevante e (b) não necessite de dilação probatória nova. Tanto assim que, em exemplo constante no referido texto (acórdão publicado na *RT* 600/238), admitem-se embargos de declaração para fins de retificação da contagem do prazo recursal, pois um elemento que deveria fazer parte da motivação (intimação na sexta-feira, fazendo com o prazo flua só a partir da segunda-feira, e não do dia subsequente) foi olvidado. Não se trata, *data venia*, de *erro material*, mas de *erro de fato*, já que o magistrado, no exemplo, *ignorou a existência de um fato (intimação na sexta-feira, o que muda a contagem do prazo para o recurso)* no seu julgamento, aplicando-se cabalmente a parte final do parágrafo 1º do artigo 485 do CPC (“Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”). Assim, em nossa opinião, o exemplo não se caracteriza como erro material, que há de ser visto como o deslize de idéias, conforme bem leciona o luso Amâncio Ferreira: “O erro material dá-se quando o juiz escreveu coisa diversa do que queria escrever, quando o teor da sentença ou despacho não coincide com o que o juiz tinha em mente exarar, quando, em suma, a vontade declarada diverge da vontade real. O juiz queria escrever *absolvo* e por um lapso, inconsideração, distração, escreveu o contrário: *condeno*”. Mais adiante, com esteio em Liebman, o autor arremata: “Erro material é erro *na expressão*, não no pensamento, somente a leitura da sentença deve tornar evidente que o juiz, ao manifestar o seu pensamento, usou nomes, palavras ou algarismos diversos daqueles que deveria ter usado para exprimir fiel e concretamente as idéias que tinha em mente. Pertence ao conceito de erro material ainda o erro de cálculo, que pode ser retificado também, simplesmente refazendo-se as operações aritméticas executadas ao formular o julgamento. *Por outras palavras, o erro material é o que fica a dever-se a uma desatenção ou um engano ocorrido na operação de redação do ato.*” (*Manual dos recursos em processo civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 44 – destaque nosso).

⁸⁰ Para que não fique dúvida, confira-se alguns exemplos de cabimento dos embargos de declaração para atacar o erro manifesto no julgamento de recursos: *a) tempestividade do recurso*: “Embargos de declaração. Contradição. Apelação

Todavia, frise-se que se a questão for decidida em sua inteireza, não existindo qualquer hiato a ser integrado, ainda que a decisão proferida enfoque *o exame dos pressupostos extrínsecos do recurso*, não será caso de embargos de declaração, pois estes somente estarão autorizados se restar demonstrada a ocorrência de uma *omissão*.

4. A relevância da classificação da omissão direta ou indireta para efeito de verificação de necessidade de contraditório

A sistematização *didática* bifurcando a *omissão* em *direta* e *indireta* é bem útil no momento de se examinar a necessidade ou não da oitiva do embargado, ou seja, a formação de contraditório antes do julgamento dos embargos de declaração..

Com efeito, o *contraditório* nos embargos declaratórios será necessário caso a matéria suscitada *não tiver sido anteriormente discutida nos autos*, ou seja, não ocorreu pretérita possibilidade de debate pelas partes sobre o ponto embargado, como pode ocorrer em boa parte das hipóteses de *omissão indireta*. Nesse caso, a formação do contraditório será adotada como regra, comportando poucas exceções. Senão vejamos:

Imaginemos uma sentença que julgou o mérito da causa sem examinar a ilegitimidade passiva do réu, uma vez que tal questão não foi suscitada em contestação, somente vindo a ser argüida em sede de embargos de declaração. Será possível dispensar a oitiva do autor para se manifestar acerca da *omissão indireta* denunciada em embargos de declaração (*exame sobre*

indevidamente considerada extemporânea. I – Doutrina e jurisprudência têm admitido o uso de embargos de declaração com efeito infringente, em caráter excepcional, para a correção de premissa equivocada, com base em erro de fato, sobre o qual tenha se fundado o acórdão embargado, quando tal for decisivo para o resultado do julgamento. II - Considerado intempestivo o recurso de apelação que, não obstante, fora protocolizado dentro do prazo, merece prosperar o recurso especial que sustenta tese sufragada pela jurisprudência desta Corte, qual seja, de que a republicação da sentença no órgão oficial de imprensa, ainda que desnecessária, reabre o prazo para recurso. Embargos de declaração acolhidos.” (STJ – EDRESP n. 255597/SP, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, *DJU*, de 16.12.2002); *b) preparo*: “Processual civil. Decisão indeferitória de recurso especial. Ausência de comprovação do preparo. Possibilidade. Modificação. Embargos de declaração. É admissível o uso dos embargos de declaração para correção de erro de fato quanto à regularidade do preparo do recurso especial”(STJ – EDAG n. 386876/BA, 3ª T., Rel. Min. Castro Filho, *DJU*, de 16.12.2002); e *c) regularidade formal*: “A razão está com a recorrente, pois de fato não foi percebida a declaração autenticadora postada em nota de rodapé às folhas. 03/TA. (...) Em conclusão, com fundamento no artigo 557 do CPC, corrige-se a decisão embargada no tocante às peças que instruem o agravo, declaradas autênticas pelos seus advogados.” (TACPR – EDAI n. 108.242-2/01, 4ª Câmara, decisão unipessoal, Rel. Juiz Sérgio Rodrigues, publicado em 5.8.2003).

eventual ilegitimidade)⁸¹, que já deveria ter sido examinada de ofício pelo magistrado na sentença (art. 267, VI do CPC)? A resposta, em nosso entender, é negativa, somente sendo possível a supressão da oitiva do autor (eventual embargado na exemplificação), caso o prolator da decisão monocrática rejeite os embargos de declaração.⁸² Contudo, não tendo o magistrado a certeza de tal rumo decisório, como a questão somente foi trazida em sede de declaratórios, mister será a oitiva do *embargado* – em homenagem ao contraditório – para se manifestar sobre a questão estrutural.⁸³

No entanto, pensamos que o contraditório não será obrigatório se a sentença deixar de examinar a preliminar de ilegitimidade passiva já argüida em contestação, tendo sido facultado ao

⁸¹ A esse respeito, leciona Bernardo Pimentel Souza: “Registre-se, por fim, que as matérias apreciáveis de ofício podem ser suscitadas pela primeira vez em sede de embargos de declaração. Tratando-se de questão sujeita a exame oficial, é possível suscitar o tema até mesmo em segundos embargos, ainda que não veiculado nos primeiros declaratórios. É o que se infere dos artigos 113, *caput*, 245, parágrafo único, 267, parágrafo 3º, e 301, parágrafo 4º, todos do Código de Processo Civil. Sem dúvida, a hipótese está fora do alcance do verbete n. 317 da Súmula da Corte Suprema.” (*Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*, 2001, p. 308).

⁸² Observe-se que mesmo que não prestigiado o contraditório, não haverá para o embargado qualquer prejuízo se a decisão derivada mantiver incólume o ato judicial objeto dos embargos de declaração, aplicando-se a inteligência dos § 1º e § 2º do artigo 249 do CPC. Parecendo aplicar a idéia, confira-se: “Não configura violação dos princípios da ampla defesa e do contraditório o fato de a parte não ter sido intimada para contra-razoar agravo regimental interposto de decisão monocrática do relator que defere ou indefere medida liminar.” (STJ, EDcl no AgRg na MC 10.000/RJ, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 24.04.2007, DJ 22.06.2007, p. 393). De toda sorte, deve ser invocado no particular a concepção já consagrada de que a nulidade somente deve ser declarada se demonstrado efetivo prejuízo (*pas de nullité sans grief*), postura esta que vem sendo prestigiada, em situações variadas. No sentido: “Alegação tardia de nulidade que não causou prejuízo constitui atitude protelatória que agride a lealdade processual. (...) Nosso direito processual prestigia a máxima “*pas de nullité sans grief*” (CPC; Arts. 249, § 1º e 250, par. único)” (STJ, REsp. 759.927/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 22.08.2006, DJ 27.11.2006, p. 282); igualmente: STJ, REsp. 696.302/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, j. 14.02.2006, DJ 13.03.2006, p. 205; STJ, REsp. 791.856/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. em 16.05.2006, DJ 14.06.2006, p. 207.

⁸³ Logo, não é o simples pedido de efeito modificativo (ou infringente) dos embargos de declaração que irá impor, automaticamente, a necessidade de oitiva ou não do embargado, mas a análise do conteúdo da matéria alegada e ainda o risco de alteração do julgamento. No entanto, de um modo geral, somente têm fixado os olhos na última questão (possibilidade de alteração da decisão). Confira-se, no sentido, a posição seguida pelo Superior Tribunal de Justiça: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFEITOS MODIFICATIVOS. INTIMAÇÃO PARTE CONTRÁRIA. CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. - É possível o acolhimento de embargos de declaração, com efeito modificativo, desde que oportunizado o contraditório, determinando a intimação da parte contrária para apresentar contra-razões. Precedentes.” (STJ, EDcl no AgRg no REsp 434.742/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 06.10.2005, DJ 07.11.2005, p. 256); “A jurisprudência dos Tribunais Superiores, a partir do STF, tem entendido ser imprescindível a intimação da parte contrária, quando aos embargos são dados efeitos modificativos. (...) Hipótese em que o relator admitiu a modificação e afirmou a desnecessidade de intimação, ferindo o princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso especial conhecido para determinar o retorno dos autos à instância de origem” (STJ, REsp 686.752/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 17.05.2005, DJ 27.06.2005, p. 336). Semelhante: EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp 331.278/SP, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Quinta Turma, j. 18.10.2005, DJ 21.11.2005, p. 274; STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no Ag. 456.295/PA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 27.06.2006, DJ 01.08.2006, p. 401.

autor a devida réplica (art. 327 do CPC). Ora, se a preliminar foi agitada em contestação e o autor já teve oportunidade de se manifestar sobre ela, *qual a justificativa para que o magistrado de piso venha a intimar o autor para que ele ‘responda’ aos declaratórios, uma vez que a matéria já foi devidamente contraditada em sede própria?* Possivelmente, com os recursos da informática, muitas vezes nocivos ao bom andamento das peças processuais, teremos uma *colagem* da réplica nas *contra-razões* dos declaratórios, nada obstante o risco de acolhimento do efeito infringente.⁸⁴

Note-se que na questão em debate, apesar de a matéria omitida (exame da ilegitimidade passiva) estar vinculada ao *princípio inquisitório* (e ser, inclusive, de *ordem pública*), como a mesma foi argüida pelo requerido em contestação, a falta de julgamento da questão pelo Judiciário gerou uma *omissão direta*, pela *não apreciação de alegação da parte interessada (e que já deveria ter sido contraditada pelo adversário anteriormente – art. 327, do CPC)*.

Tendo em mente que haverá de se fazer diferenciação entre a *omissão indireta* e a *omissão direta*, para efeito de verificação da necessidade de formação do contraditório nos declaratórios, a alegação de *fato superveniente* (art. 462 do CPC) pelo embargante gerará oitiva do embargado, uma vez que se cuida de questão que, além de ser passível de conhecimento de ofício, por ser *superveniente*, certamente não terá sido contraditada nos autos.⁸⁵ O contraditório também será necessário, na maioria das vezes, quando se alegar o chamado *erro manifesto*, pois tais questões irão ocorrer à margem da discussão endoprocessual das partes, surgindo de descompassos do próprio Estado-juiz (*nulidades* ou *falta de observância de formalidades legais*). Não há, assim,

⁸⁴ Em termos: “Historicamente, são os embargos de declaração remédio com finalidade apenas integrativa. Trata-se de instrumento interno, complementar de uma decisão proferida por um mesmo órgão julgador monocrático ou colegiado, não perdendo essa característica ainda quando alcançam efeitos modificativos. Assim, o órgão julgador, ao aclarar obscuridade, reparar contradição ou suprir omissão, só poderá fazê-lo com base nos fundamentos anteriores, não por força de fundamentos de fato ou de direito novos, traduzidos com os embargos. Logo, *respeitados esses limites, não há falar em ofensa à lei o acolhimento de embargos de declaração com efeitos infringentes, sem ouvir a parte contrária.* (...) Desde que não comprovada qualquer contrariedade à lei, o acolhimento de embargos de declaração, com resultado modificativo do julgado, sem oitiva da parte contrária, não oportuniza a propositura de ação rescisória.”(STJ, REsp. 540.522/PB, Relator Designado Ministro Castro Filho, Terceira Turma, j. 11.05.2004, DJ 02.08.2004, p. 375, destaque nosso). Discordamos, parcialmente, do precedente transcrito, pois os embargos de declaração, em caso de omissão indireta, poderão trazer questão nova (inclusive fática), desde que o Judiciário pudesse conhecê-la de ofício, como é o caso do fato superveniente (art. 462 do CPC). Nessa situação, pela novíssima apresentação da matéria, será necessário formar contraditório.

⁸⁵ Nesse sentido: “Processo civil. Embargos de declaração. Acordo firmado após o julgamento do recurso. Efeitos modificativos. Cabimento. Audiência da parte contrária. Precedente. Recurso Provido. I - São admissíveis embargos de declaração, com efeitos modificativos, com o objetivo de homologação de transação celebrada posteriormente à apreciação do recurso, com o respectivo desfazimento do julgamento. II - Recomendável, em atenção ao princípio do contraditório, que se ouça a parte contrária quando apresentados declaratórios em tais circunstâncias.” (STJ – RESP n. 296836/RJ, 4ª T., DJU, de 7.5.2001, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

debate anterior e, via de talante, nas situações em que a extirpação do erro manifesto puder alterar a estrutura da decisão embargada, o contraditório será fundamental.⁸⁶⁻⁸⁷

Uma ressalva é, todavia, muito importante: no exame da necessidade (ou não) de contraditório para o julgamento dos embargos declaratórios deve ser aferida a natureza da decisão judicial, sob a análise se é *unipessoal* ou *plúrima*. Isso porque, em caso de decisão monocrática, o julgador pode dispensar o contraditório quando verificar que não modificará o ato judicial, só devendo ouvir o embargado se notar que há risco de alterar estruturalmente a decisão embargada. A mesma regra, contudo, não pode ser aplicada nas decisões colegiadas, pois a aferição da possibilidade ou não de alteração da decisão embargada deve ser feita pelo juízo de composição plúrima no momento do julgamento, e não pela sua fração (relator) na recepção dos declaratórios.

Como se vê, a verificação da natureza da omissão (direta ou indireta) é relevante, em algumas situações, para a definição se haverá (ou não) a formação de contraditório nas decisões de natureza unipessoal, devendo o interprete analisar se a matéria argüida já esteve disponível para impugnação da contraparte (embargado).

⁸⁶ Apenas para citar alguns exemplos mais comuns: a) *erro evidente no exame de tempestividade de recurso* (STJ – REsp. n. 13.100-GO, 4ª T., Rel. Ministro Athos Carneiro, DJU, de 3.8.1992); b) *recurso conhecido por erro manifesto* (STJ-RT 670/182); c) *formalidade essencial não observada* (RJTJERGS 168/153).

⁸⁷ Em termos com nossa idéia, Manoel Caetano Ferreira Filho: “Nos casos em que a modificação decorre do afastamento da contradição ou do suprimento da omissão, como ‘apenas consequência do provimento’ dos embargos declaratórios, a ausência do contraditório parece não ter maior gravidade, uma vez que as partes já debateram, ou tiveram a oportunidade de debater a matéria que lhes constitui o objeto. No entanto, quando se pretende verdadeiro efeito modificativo, por ocorrência de ‘erro material manifesto’ ou de ‘manifesta nulidade’, não se pode dispensar o contraditório.” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, v. 7, p. 318).