

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
ATÍPICOS: UM TRIPLO MORTAL
CARPADO NA HIPÓTESE DE
ADMISSIBILIDADE PARA
REAJUSTAR JURISPRUDÊNCIA
SUPERVENIENTE**

**Atypical Declaration Embargoes: a
mortal triple carpado in the
admissibility hypothesis to readjust
supervenient jurisprudence**

*Júlio César Rossi*²

RESUMO

Procura-se a partir da natureza jurídica e das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração justificar à luz do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil em vigor, a inadmissibilidade da utilização do recurso para *reajustar* decisão/acórdão anteriormente proferido à *nova* interpretação consagrada no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e julgada.

ABSTRACT

² Pós Doutor pela Universidade de Coimbra (UC/PT) com estágio pós doutoral na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro da Associação Brasileira de Direito Processual (ABDPro). Advogado da União (AGU). E-mail: julio_rossi@uol.com.br

³ CAETANO, Marcello. **História do direito português**. Lisboa: Verbo, 1993, p. 400-401.

⁴ “De acordo com a opinião prevalente, originaram-se os embargos de declaração da dificuldade de as partes apelarem diretamente ao Rei. A prática sugeriu o expediente de pedir a retratação ou reconsideração das sentenças, ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de

It is sought from the legal nature and the hypothesis of justification of the Motion for Clarification to justify in the light of art. 1.022, single paragraph, I, of the Civil Procedure Code in force, the inadmissibility of using the appeal to readjust the decision / judgment previously handed down to the new interpretation enshrined in the judgment of an extraordinary appeal with recognized and judged general repercussion.

Palavras-Chave: Embargos de declaração. Atipicidade. Recurso. Reajustamento. Jurisprudência.

Keywords: Declaration Embargoes. Atypicality. Resource. Readjustment. Jurisprudence.

Dos Embargos de Declaração: à guisa de introdução

Os embargos de declaração são uma *criação* genuína do *reino português* que, progressivamente, entre retrocessos e hesitações³, foram inseridos no sistema recursal lusitano⁴.

No Brasil, em síntese, pode-se conferir a previsão dos embargos de declaração desde o vetusto Regulamento 737/1850, passando por algumas

*razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo, ou na parte principal (embargos ofensivos)”. O desaparecimento dos tribunais deambulatórios estimulou o mecanismo. E, na compilação que resultou nas Ordenações Afonsinas, o Livro III, Título 60, n.º 4, e o Título 79, n.º 4, proibiram a inovação da sentença proferida, mas autorizaram o julgador que emitisse sentença duvidosa, ou da qual constassem palavras escuras e intrincadas, a declará-la por via de embargos. Em substância, o texto passou às Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 50, n.º 5) e às Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 66, n.º 6). Indica a gênese do recurso constituírem os embargos de declaração criação original do direito português” (ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2016, p. 693-694).*

codificações dos Estados-membros – à época em que essas unidades possuíam competência legislativa em matéria processual – pelo primeiro Código de Processo Civil unitário de 1939, de maneira pouco sistematizada (arts. 808, V e 839, *caput*), inserido no rol dos recursos no Código de Processo Civil de 1973 (art. 535) e, atualmente, disposto no catálogo dos recursos (art. 994, IV) e disciplinado pormenorizadamente no art. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, cuja redação é a seguinte:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III - corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Deduzidos perante o próprio órgão prolator, os embargos de declaração são cabíveis contra qualquer decisão judicial com o fito de (i) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição, (ii) suprimir omissão de ponto ou questão⁵ sobre a qual deveria se pronunciar o órgão julgador de ofício ou a requerimento e (iii) corrigir erro material.

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe *duas novidades* ao considerar que o ato judicial também conteria omissão se (i) deixasse de se manifestar sobre tese formada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento e (ii) incorresse em quaisquer das condutas descritas no art. 489, § 1º do mesmo Estatuto, implicando, portanto, em *ausência de fundamentação*, a saber: (a) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (b) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (c) invocar motivos que se

⁵ Pontos alegados por uma das partes e impugnados pela outra, tornam-se duvidosos, constituindo-se em questões. *Questão*, para os fins aqui pretendidos, portanto, é o ponto controvertido/duvidoso de fato ou de direito a ser solucionado, a fim de que se possa verificar se o(s) pedido(s) podem ser julgados e, se nesse

caso, se é a hipótese de ser(em) julgado(s) procedente(s) ou improcedente(s). Conosco, nesse sentido, destacamos: ASSIS, *ob. cit.*, p. 713 e MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017, p. 365.

prestariam a justificar qualquer outra decisão; (d) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (e) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e, finalmente, (f) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Interessa-nos, para fins deste ensaio, o defeito típico embargável relativo tanto à *omissão* que se busca supri(mi)r nas hipóteses de ausência de *apreciação de pedido(s)*⁶ e/ou *da(s) causa(s) de pedir*, quanto à consistente na *inexistência de manifestação*

*expressa sobre tese formada em julgamento de casos repetitivos*⁷ ou em *incidente de assunção de competência*, todas, supostamente, aplicáveis ao caso sob julgamento, tornado assim, hipóteses de *error in procedendo* (=vícios de atividade).

Os *aclaratórios*, como cediço, são uma espécie de recurso de *âmbito restrito* ou de *fundamentação vinculada* (=limitada), ou seja, a *lei* exige a presença de determinado(s) tipo(s) de vício(s) específico(s) na decisão, para que tenha cabimento (=admissibilidade). Imprescindível, assim, que o ato decisório contenha, *p. ex., omissão*.

Note-se, por oportuno, que o *cabimento* dos embargos de declaração não prescinde da demonstração do defeito contido na decisão judicial impugnada. Isso porque, para que o recurso seja admitido pelo órgão judicial, o embargante terá de *afirmar* (=em tese)

⁶ Nem sempre a *falta* de exame(s) do(s) pedido(s) caracteriza *omissão*. Na *cumulação eventual ou impropria*, por exemplo, o órgão julgador apenas examinará o segundo pedido (subsidiário) na hipótese de rejeitar o primeiro (principal); na *cumulação sucessiva ou própria*, o órgão jurisdicional somente apreciará o pedido subsequente no caso de acolher o pedido antecedente (relação de dependência). Logo, acolhido o primeiro pedido, na *cumulação eventual*, ou rejeitado o primeiro pedido, na *cumulação sucessiva*, inexistirá vício de omissão no fato de o órgão julgador não enfrentar o pedido *acessório ou dependente*. Por outro lado, caracteriza omissão a falta de exame dos pedidos considerados implícitos ou inexistentes, a exemplo daqueles vertidos no art. 322, §1º do

CPC, mas sobre os quais o órgão julgador deve se manifestar *ex officio* sob pena de caracterizar omissão.

⁷ Consideraremos abarcada na sistemática de *julgamentos de casos repetitivos*, os *recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida e julgada* com a fixação de *tese* a ser, nos termos do art. 927, III do CPC, observada nos julgamentos que abarcam questões assemelhadas. Tal *pressuposto de admissibilidade* do recurso extraordinário assume a função de conter a multiplicidade de recursos excepcionais estabelecendo uma espécie de *filtro recursal* pelo Supremo Tribunal Federal.

o vício de omissão *in status assertionis*, podendo-se avançar para o julgamento da causa com o exame do *mérito* recursal. Verificada a mera alegação do defeito (=erro de atividade) o recurso será de pronto *conhecido* e o exame do mérito será apreciado, podendo redundar em (i) *provimento*, na hipótese de restar confirmado o vício, (ii) *desprovimento*, se não se comprovar o defeito afirmado.

Em relação a (i) cabe frisar que o *provimento* dos embargos de declaração implicará natural e conseqüentemente na *modificação* (=efeito infringente) do julgamento pelo suprimento do vício existente. Perceba-se que o objetivo e a finalidade dos embargos declaratórios não são a *infringência* – esta encontra-se em momento posterior ao do julgamento do mérito do recurso de embargos⁸.

Já no que toca ao (ii), o *desprovimento* dos embargos de declaração poderá ser (ii.1) *despido* de caráter *protelatório*, ou seja, o recorrente, embora tenha se esforçado diligentemente para a empreitada, não obteve êxito na confirmação efetiva da existência do defeito afirmado no ato da oposição do recurso ou (ii.2) hipótese na qual os embargos serão considerados *protelatórios*, na medida em que, o recorrente, embora tenha simplesmente

alegado uma suposta e hipotética omissão no julgado no ato da oposição do recurso, deixa de demonstrá-la justificadamente.

Registra-se, ainda, *três hipóteses* em que os embargos de declaração serão *incabíveis*, a saber: (i) *recurso intempestivo*, no qual o manejo sequer atendeu ao pressuposto recursal extrínseco; (ii) o *terceiro embargos* declaratórios considerado *protelatório*, por força da norma constante do art. 1.026, § 4º do Código de Processo Civil (hipótese de *existência de fato extintivo do direito ao recurso*, desatenção ao pressuposto recursal intrínseco); e (iii) embargos de declaração com *pedido principal* de reconsideração ou revisitação do julgamento. Essa hipótese é diversa àquela outra em que os embargos são considerados protelatórios. Nessa, o recorrente sequer indica o *defeito* contido no ato judicial impugnado, objetivando, em verdade, repisar argumentos já rechaçados, provocando a indevida *revisão* do ato impugnado com o intuito último de obter o *rejulgamento* da causa, tergiversando, ao fim e ao cabo, a natureza jurídica do instituto recursal.

⁸ Consultar: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo**

civil comentado. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016. Livro eletrônico.

A função atípica dos Embargos de Declaração pretendida pelo Supremo Tribunal Federal e a sua inadmissibilidade

Os embargos de declaração, portanto, *não* se revelam *cabíveis* à finalidade imediata de se *anular*, *reformular* ou revisar a decisão impugnada. O embargante, em outras palavras, não tem o intuito de alegar e demonstrar o vício que acomete o ato judicial; mira seus propósitos em um único objetivo, qual seja; *instar* o órgão julgador a pura e simplesmente reanalisar a *causa decidida*.

O plenário do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, rechaçou essa intenção em *duas oportunidades*, a primeira em 2016 e a segunda em 2020. Vejamos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO.

REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

I – Ausência dos pressupostos do art. 1.022, I, II e III, do Código de Processo Civil.

II – Busca-se tão somente a rediscussão da matéria, porém os embargos de declaração não

constituem meio processual adequado para a reforma do decisum, não sendo possível atribuir-lhes efeitos infringentes, salvo em situações excepcionais, o que não ocorre no caso em questão.

III – Embargos de declaração rejeitados.

(ARE nº 910.271/DF-AgR-ED, Plenário, Relator RICARDO LEWANDOWSKI, Dje de 19/09/2016).

Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Matéria criminal. Omissão no acórdão recorrido. Não caracterizada. Pretendido rejuízo da causa. Impossibilidade na presente via recursal. Precedentes. Não conhecimento dos embargos.

1. As questões trazidas nos embargos declaratórios já foram discutidas no julgamento do agravo regimental, sendo certo, também, que as referidas alegações foram rejeitadas pelo Tribunal Pleno no julgamento dos embargos de declaração anteriormente opostos.

2. Não se conhece de segundos embargos de declaração cujo objetivo seja promover a rediscussão da causa. 3. Embargos de declaração dos quais não se conhece

(ARE 1192916 AgR-ED-Edv-ED-AgR-ED-ED, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, Dje de 29/06/2020).

Nessa perspectiva, os embargos de declaração opostos à mingua da alegação e demonstração do defeito de *omissão* seriam fulminados de plano com a chancela de *inadmissibilidade*.

A questão que surge é a seguinte: à luz do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil em vigor, seria possível a oposição e provimento de embargos de declaração, visando a *reajustar* decisão/acórdão anteriormente proferido à *nova* interpretação (=tese) consagrada no bojo de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida e julgada?

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 18/6/2020, ao julgar os aclaratórios opostos no agravo regimental na reclamação 15.724/PR, por maioria de votos, decidiu “*acolher os embargos de declaração, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo interno e julgar procedente o pedido, de forma que seja cassado o acórdão impugnado, com determinação para que a autoridade reclamada observe o entendimento fixado no Tema 725 da Repercussão Geral (RE 958.252, Rel. Min. Luiz Fux) e na ADPF 324 (Rel. Min. Roberto Barroso), uma vez que esta Corte já se posicionou pela declaração de inconstitucionalidade da Súmula 331 do TST*”.

Eis a ementa do julgado:

*CONSTITUCIONAL,
TRABALHISTA E PROCESSUAL
CIVIL. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO NO AGRAVO
INTERNO NA RECLAMAÇÃO.
OFENSA AO QUE DECIDIDO*

*POR ESTE TRIBUNAL NO
JULGAMENTO DA ADPF 324 E
DO RE 958.252 (TEMA 725 DA
REPERCUSSÃO GERAL).
EMBARGOS ACOLHIDOS,
COM EFEITOS
INFRINGENTES. AGRAVO
INTERNO PROVIDO.*

1. A controvérsia, nestes autos, é comum tanto ao decidido no julgamento da ADPF 324, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, quanto ao objeto de análise do Tema 725 (RE 958.252, Rel. Min. LUIZ FUX), em que esta CORTE fixou tese no sentido de que: É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

2. Por esse motivo, apesar da decisão impugnada ter sido proferida antes da conclusão do julgamento da ADPF 324 (Rel. Min. ROBERTO BARROSO), o processo em que proferida tal decisão encontra-se sobrestado no Tribunal Superior do Trabalho com base no Tema 725, a sugerir, conseqüentemente, que a solução do presente caso deve observância às diretrizes deste TRIBUNAL quanto ao ponto.

3. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo interno (Rcl 15724 AgR-ED/PR, rel. orig. Min. Rosa Weber, red. p/ o ac. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 05/5/2020, Dje de 18/6/2020).

Na hipótese *fático-jurídica* trazida no bojo da Rcl 15.724-Agr-ED/PR, a discussão residia na existência de suposto *defeito* de *omissão* consistente na necessária aplicação da

súmula vinculante 10 (=cláusula de reserva de plenário/*Full Bench*), uma vez que a decisão embargada teria deixado de apreciar a questão relativa à prática de se *afastar a aplicabilidade* de comandos legais sem declará-los inconstitucionais.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber ressaltou que “*a inexistência, na decisão reclamada, de declaração explícita ou implícita de inconstitucionalidade a ensejar violação ao Princípio da Reserva de Plenário previsto no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante 10, haja vista a atuação meramente interpretativa do Juízo reclamado acerca do art. 25, § 1º e do art. 31, parágrafo único, da Lei 8.987/1995*”, inadmitindo, pois, o recurso ao argumento que não estariam “*configuradas, portanto, quaisquer das hipóteses elencadas no art. 1022 do CPC, evidenciando-se tão somente o inconformismo da parte com a decisão que lhe foi desfavorável*”.

Por seu turno, o Ministro Alexandre de Moraes abriu a divergência justificando-a no fato de que por se tratar de assunto já decidido pela Corte no RE 958.252 (tema 725), oportunidade em que se fixou a tese segundo a qual “*é lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas,*

independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”, conclusão essa formada antes do julgamento dos embargos de declaração, outra alternativa não teria senão a de conferir “*efeitos infringentes aos embargos, para acatá-los no sentido de dar provimento ao agravo regimental na reclamação*”, ajustando, desse modo, a decisão ao entendimento firmado no acórdão que julgou o precedente.

O Ministro Luiz Fux acompanhou a divergência fazendo referência ao fato de que “*o novo Código de Processo Civil prevê essa hipótese de cabimento dos embargos de declaração para reajustar a jurisprudência firmada em teses que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça adotarem*”.

Confirmando seu voto, a Ministra Rosa Weber esclareceu que a hipótese dos autos refere-se à discussão acerca da violação ao art. 97 da Constituição Federal e à súmula vinculante 10, bem como ao *reconhecimento* de que os embargos de declaração foram opostos em abril de 2016 e o acórdão do recurso extraordinário com repercussão geral

afeto ao caso – ARE 791.932⁹ (tema 739), foi julgado em outubro de 2018, publicado em março de 2019, com trânsito em julgado na mesma data. Destacou, ainda, que a tese foi firmada antes do julgamento dos embargos de declaração, entretanto, resiste porque à época do julgamento “tanto da reclamação, quanto do agravo regimental, a jurisprudência da Turma era outra”.

O Ministro Luís Roberto Barroso argumentou no sentido de que “quando nós decidimos lá atrás, não havia ainda o pronunciamento do Plenário, e

decidimos num determinado sentido” – e avança: “então, antes do trânsito em julgado, são opostos embargos de declaração em que se postula a aplicação da jurisprudência que supervenientemente se formou”, portanto, continua sua Excelência, a “questão processual que nós estamos definindo aqui, e que eu acho que é importante, é saber se, antes do trânsito em julgado e em embargos de declaração, é possível dar efeitos infringentes à decisão anterior, para ajustá-la à nova jurisprudência. Está certo, Ministro Fux? Vossa Excelência

⁹ CONSTITUCIONAL E TRABALHISTA. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO POR DESRESPEITO A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ART. 97 E SV 10). NEGATIVA PARCIAL DE VIGÊNCIA E EFICÁCIA AO INCISO II, DO ART. 94 DA LEI 9.472/1997 (LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES) POR ÓRGÃO FRACIONÁRIO COM BASE NA SÚMULA 331/TST. IMPOSSIBILIDADE. LICITUDE DE TERCEIRIZAÇÃO DE TODA E QUALQUER ATIVIDADE, MEIO OU FIM, NÃO SE CONFIGURANDO RELAÇÃO DE EMPREGO ENTRE A CONTRATANTE E O EMPREGADO DA CONTRATADA (ADPF 324 E RE 958.252). AGRAVO CONHECIDO. RECURSO PROVIDO. 1. A inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estatal só pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta da totalidade dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário (turma, câmara ou seção), em respeito à previsão do art. 97 da Constituição Federal. 2. A cláusula de reserva de plenário atua como condição de eficácia jurídica da própria declaração jurisdicional de inconstitucionalidade dos atos do Poder Público, aplicando-se para todos os tribunais, via difusa, e para o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, também no controle

concentrado (CF, art. 97 e SV 10). 3. É nula a decisão de órgão fracionário que, ao negar a aplicação do inciso II, do art. 94 da Lei 9.472/1997, com base na Súmula 331/TST, e declarar ilícita a terceirização e atividade-fim, reconhece a existência de vínculo trabalhista entre a contratante e o empregado da contratada, pois exerceu controle difuso de constitucionalidade, declarando a parcial nulidade sem redução de texto do referido dispositivo sem observar a cláusula de reserva de Plenário. AGRAVO PROVIDO. 4. O PLENÁRIO DA CORTE declarou parcialmente inconstitucional a SÚMULA 331/TST e proclamou a licitude da terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim; para afirmar a inexistência de relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 5. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, com a fixação da seguinte tese no TEMA 739: “É nula a decisão de órgão fracionário que se recusa a aplicar o art. 94, II, da Lei 9.472/1997, sem observar a cláusula de reserva de Plenário (CF, art. 97), observado o artigo 949 do CPC.” (ARE 791.932, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/10/2018, DJe 06/03/2019).

que é o processualista” e prossegue, “então, queria deixar claro qual é a questão, para que nós decidamos isso com consciência do que estamos fazendo. Antes do trânsito em julgado é legítimo - é o que nós vamos entender - readequar o julgado anterior para ajustá-lo à posição do Plenário”, concluindo pelo provimento dos embargos de declaração, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Por sua vez, o Ministro Marco Aurélio inicialmente indaga se “à época da decisão embargada, já havia o entendimento pacificado?” e a Ministra Rosa Weber (relatora) esclarece que não havia tal entendimento no âmbito da Corte.

Frente a isso, o Ministro vota com a Relatora, justificando seu voto no sentido de que, embora os aclaratórios “hoje, praticamente se prestam à uniformização da jurisprudência. Mas é preciso, a teor do disposto no artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil, que, na decisão embargada se tenha deixado de reconhecer a existência da tese pacificada. Vossa Excelência lembrou bem que o pronunciamento plenário foi posterior ao julgamento implementado. Por isso acompanho Vossa Excelência”.

Com a *devida vênia* não podemos concordar com a posição firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do julgamento dos *embargos de declaração* acima referidos, opostos na Rcl 15.724 Agr-ED/PR.

Expliquemos.

Em *primeiro lugar*, porque a discussão *fático-jurídica* tratada nos autos da Rcl 15.724 Agr-ED/PR não possui os mesmos contornos definidos no julgamento do RE 958.252-RG (tema 725). Naquela, o litígio (=objeto do processo ou objeto litigioso) versava sobre a violação ou não do art. 97 da Constituição Federal e súmula vinculante 10 (ARE 791.932 – tema 739); nessa, a discussão travada ensejou a fixação de tese reconhecendo a licitude da “*terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante*”.

Em *segundo lugar*, mesmo que ultrapassada a *dicotomia* dos objetos em litígio, o art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015, clama, pela existência de orientação jurisprudencial já firmada ao *tempo do julgamento dos embargos de declaração*, sobre a qual *omitiu-se* o

órgão prolator da *decisão impugnada*, quer tenha sido provocado pela via recursal a se manifestar a respeito de *tese* firmada em julgamento de recursos repetitivos (RE/REsp repetitivos, *p. ex.* – posição que *adotamos frente a natureza voluntária ínsita aos recursos*), quer tenha deixado de se pronunciar *ex officio* como sustenta a doutrina¹⁰.

Denota-se, no caso analisado, que ao *tempo do julgamento* que ensejou a oposição de embargos de declaração, não havia qualquer *omissão* na decisão atacada, sendo inaplicável, portanto, o comando normativo contido na hipótese de incidência do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015.

Mostra-se, desse modo, que a *hipótese de incidência* contida na norma do art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil *não* contempla nenhuma *regra* no sentido de, a propósito da *oposição de embargos de declaração* ou por meio de comportamento *oficioso*, legitimar o

órgão julgador, a pretexto da existência de omissão na decisão/acórdão *anterior*, aplicar *tese* superveniente firmada em *precedentes* oriundos de julgamento de recursos excepcionais repetitivos.

Estariam ausentes os *pressupostos recursais intrínsecos de admissibilidade* dos recursos em geral, nomeadamente, o *interesse* e o *cabimento*, pois.

À parte restaria, diante do trânsito em julgado do acórdão que inadmitiu os embargos de declaração, a propositura de *ação rescisória* nos termos dos arts. 966, V, §§ 5º e 6º¹¹ *c.c.* art. 489, § 1º, V e art. 927, § 4º, todos do Código de Processo Civil de 2015, demonstrando, *in claris*, que a solução que lhe foi conferida concretamente violaria o atual entendimento consolidado sobre a matéria pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral (RE 958.252-RG – tema 725)¹².

¹⁰ MEDINA, *ob. cit.*, p. 1.273 e ASSIS, *ob. cit.*, p. 710.

¹¹ Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...)

V - violar manifestamente norma jurídica

(...)

§ 5º Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção

entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

§ 6º Quando a ação rescisória fundar-se na hipótese do § 5º deste artigo, caberá ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada, a impor outra solução jurídica.

¹² Nesse sentido: “O enunciado do § 5º, do art. 966, do CPC/2015, diz menos do que deveria,

A *Primeira Turma* do Supremo Tribunal Federal ao assim proceder, superando, inclusive, sem o devido esforço *hermenêutico-analítico*, o entendimento consolidado no âmbito do *Plenário da Corte*, no sentido de reconhecer a *inviabilidade* dos embargos de declaração para simples *reapreciação* do quanto decidido por *inconformismo* da parte recorrente, criou, por via transversa, uma *hipótese de cabimento* do recurso para os fins de *reajustar-revisar-rejulgar* decisão que esteja em *dissonância* com *tese superveniente* fixada no bojo de recursos repetitivos, desconsiderando o rol taxativo expresso do art. 994 do Código de Processo Civil de 2015. Violaram-se, com isso, os arts. 2º, 5º, II e LIV, 22, I, art. 59 e 61, todos da Constituição Federal, na medida em que se afrontaram os *princípios expressos* da *separação de poderes*, da *legalidade estrita*, do *devido processo legal*, da *iniciativa e do processo legislativo*, usurpando competências que não são conferidas ao Poder Judiciário.

pois apresenta como nova hipótese de cabimento da ação rescisória apenas a aplicação do precedente sem a realização do devido distinguishing – ou melhor, a aplicação do precedente a caso que versa sobre fatos materiais distintos daqueles constantes no caso que gerou o precedente –, olvidando que também se viola a ratio decidendi do precedente quando não se a considera em caso que versa sobre fatos materiais semelhantes. É óbvio que o intérprete pode (e deve), a partir do § 5º, do art. 966, do CPC/2015, construir norma jurídica cuja

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao Poder Judiciário, muito embora se reconheça sua *função criativa*, essas se revelam em hipóteses excepcionais e restritas, previamente autorizadas por normas, tais como, no *controle de constitucionalidade em processos objetivos*, nas *lacunas normativas*, *concessões legais margeadas por certos graus de discricionariedade* a serem colmatadas, tendo por norte a legislação e a Constituição Federal, cabe *interpretar o direito* nos limites propugnados pelo ordenamento jurídico.

In casu, a ausência de *autocontenção* em face das *regras* que disciplinam os embargos de declaração exorta um *agir* jurisdicional em hipóteses pelas quais a sua missão deveria revelar-se *negativa* frente à pretensão formulada pela parte.

Essa “*transgressão corretiva do direito*”, por evidente, corrói o espectro do processo como *garantia individual*

hipótese de incidência contenha também a não aplicação do precedente a caso que verse sobre fatos materiais semelhantes ao do caso que gerou o precedente (...)” (ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues. Capítulo VII. Da ação rescisória. Comentários ao art. 966. In: **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo III (art. 771 ao art. 1.072). RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *et al.* [Coords.]. São Paulo: Lualri Editora, 2017, p. 293).

constrajudicial do cidadão frente à atuação arbitrária do Estado-juiz. O *agir jurisdicional* abusivo compromete a *higidez do procedimento estabelecido*, da *segurança jurídica* e da tão decantada *previsibilidade das decisões judiciais* (art. 927, § 4º do CPC/2015)¹³.

Em outras palavras, as *hipóteses de incidências taxativas* previstas para o cabimento do recurso de *embargos de declaração*, em última análise, reforçam a *legalidade* e a *tipicidade cerrada* estabelecidas nos art. 994 c.c. art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil¹⁴, evitando-se, de um lado, posturas abusivas dos órgãos do Poder Judiciário encarregados de realizar o julgamento e, por outro, conferindo aos jurisdicionados certeza e

transparência necessárias para o escoreito manejo do recurso.

De tal modo, a obediência às *regras do jogo*, além de conferir previsibilidade à aplicação do Direto – o que é chamado por Frederick Shauer de “*argumento de confiança*”¹⁵ – promove, inexoravelmente, a potencial eliminação ou, ao menos, a redução das arbitrariedades nas decisões judiciais.

A *interpretação-aplicação* conferida pela *maioria* dos Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal ao art. 1.022, parágrafo único, I, do Código de Processo Civil de 2015, para além das *balizas* ou *bitolas normativas* prescritas e as violações alhures encetadas, revela-se num genuíno *argumento falacioso*, na medida

¹³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: (...)

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

¹⁴ Entendimento semelhante é defendido por Frederick Schauer, que atribui às *regras* o papel de estabilizar as expectativas de diferentes destinatários sobre a definição do que deve ser juridicamente exigido, principalmente em situações controversas, pois substituem as diferentes preconcepções de cada indivíduo sobre o que estaria, ou não, autorizado por uma definição simplificada, geral e abstrata, capaz de ser assimilada por aqueles que compartilha uma linguagem comum (**Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision marking in law and life**. Oxford: Oxford University Press, 1993, p. 137-145 – tradução nossa).

¹⁵ “*Argumentos a favor da tomada de decisões baseada em regras tradicionalmente concentram-se na capacidade das regras para promover as virtudes inter-relacionadas da confiança, da previsibilidade e da certeza. De acordo com tais argumentos, aqueles que ao tomar decisões seguem as regras, mesmo quando outros resultados parecem preferíveis, permitem que os afetados pelas suas decisões possam prever com antecedência quais serão as prováveis decisões. Consequentemente, aqueles que serão afetados por decisões alheias podem planejar suas atividades com mais sucesso sob um regime de regras do que sob qualquer outra forma de tomada de decisão mais particularista. Embora nenhuma palavra possa expressar totalmente essas virtudes, ‘certeza’ tem conotações mais fortes do que são necessárias para o ponto que se defende, e, ‘previsibilidade’ só tem este argumento como o argumento a confiança*” (SHAUER, *ob. cit.*, p. 137-138 – tradução nossa).

em que empresta *razões utilitaristas* e não atribui nenhuma importância às *premissas fático-jurídicas* do caso concreto (=falácia de relevância).

Assevera-se que, as *normas* as quais os “juízes dizem limitá-los quando julgam uma causa” e, vez por outra, possam albergar “*textura aberta*” ou conter “*exceções impossíveis de especificar antecipada e exaustivamente*” a sua exata significação, não existem em relação à compreensão do dispositivo objeto desse ensaio¹⁶.

É preciso buscar no texto *aquilo que ele diz relativamente à sua própria coerência contextual e à situação dos sistemas de significação em que se respalda*; vedando-se colmatar no texto aquilo que *o destinatário aí encontra relativamente a seus próprios sistemas de significação e/ou relativamente a seus próprios desejos, pulsões, arbítrios*¹⁷.

Chama-se a atenção a esse fato para ilustrar a proposição de que “*as normas só são importantes na medida em que possam ajudar a prever o que os juízes farão*”, desconsiderá-las ao bel-prazer significa, em última análise, nas

palavras de Hart¹⁸, concebê-las como meros “*brinquedos bonitinhos*”.

Essa é toda a sua proeminência, *nada mais, nada menos*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS
ASSIS, Araken. **Manual dos recursos**. 8ª Ed. São Paulo: RT, 2016.

CAETANO, Marcello. **História do direito português**. Lisboa: Verbo, 1993.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição do Kindle.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 180.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2016. Livro eletrônico.

RIBEIRO, Sérgio Luiz de Almeida. *et al.* [Coords.]. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Tomo III (art. 771 ao

¹⁶ HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 180.

¹⁷ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2015. Edição do Kindle.

¹⁸ LLEWELLYN, Karl N. **The Bramble Bush: the classic lectures on de law and law school**. New York: Oxford University Press, 2ª Ed., 1951, p. 9 apud HART, *Ob. cit.*, p. 180.

art. 1.072). São Paulo: Lualri Editora, 2017.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision marking in law and life**. Oxford: Oxford University Press, 1993.