

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO**

JOÃO LUIZ ROCHA DO NASCIMENTO

**DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES
JUDICIAIS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EXTINÇÃO DOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: uma abordagem hermenêutico- filosófica**

São Leopoldo/Teresina

2014

JOÃO LUIZ ROCHA DO NASCIMENTO

**DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES
JUDICIAIS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EXTINÇÃO DOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: uma abordagem hermenêutico-filosófica**

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito, pela
turma especial de Mestrado Interinstitucional-
Minter UNISINOS/FACID do Programa de
Pós-Graduação em Direito da Universidade do
Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS

Área de concentração: Direito Constitucional

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo/Teresina

2014

N244	<p>Nascimento, João Luiz Rocha do</p> <p>Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração: uma abordagem hermenêutico-filosófica / João Luiz Rocha do Nascimento. São Leopoldo, RS, 2014.</p> <p>217 f.; 30 cm.</p> <p>Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, RS, 2014.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.</p> <p>1. Decisão judicial – dever de fundamentar. 2. Hermenêutica filosófica. 3. Embargo de declaração – extinção. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.</p> <p>CDU : 340.12</p>
------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Catálogo na publicação: Bibliotecária Maria Creuza de Sales – CRB-3/586

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES JUDICIAIS COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: uma abordagem hermenêutico-filosófica", elaborada pelo mestrando João Luiz Rocha do Nascimento, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 03 de setembro de 2014.


Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

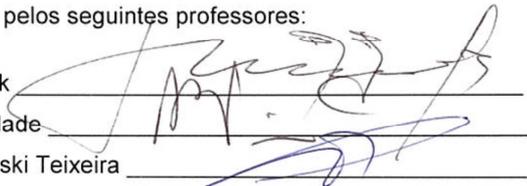
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. André Karam Trindade

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



Aos meus pais (Martinho e Maria), porque no princípio era o verbo, e o verbo era lançar o *ser-aí* no mundo.

À minha família: Zena, mulher; Zaira, Dressa e Rhaisa, filhas, pelo apoio incondicional e pela compreensão dos momentos de ausência.

Aos meus amigos, integrantes do Grupo de contistas Confraria Tarântula, Airton Sampaio e M(anoel) de Moura Filho, que acompanharam a trajetória desta pesquisa, que acabou por nos privar das animadas conversas sobre literatura e arte.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, pela iluminada ideia do tema e segura orientação.

À Clarissa Tassinari, do *Dasein*, pela inestimável ajuda e preciosas sugestões.

A Rafael Köche, pelas sugestões de leitura e indicações bibliográficas.

A equipe de servidores da Vara do Trabalho de Floriano-PI, especialmente a Lyvia Moura (pelo esforço e dedicação na pesquisa e nos ajustes formais), Marcílio Rocha (incansável na pesquisa jurisprudencial) e Luciano Portela, diretor de Secretaria, pelo apoio logístico.

Ao desembargador Arnaldo Boson Paes, pela amizade e pelas ideias que ajudaram a compor a presente pesquisa.

Aos desembargadores Manoel Edilson Cardoso e Liana Chaib, pela amizade e apoio fraternos.

À bibliotecária do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, Maria Creuza de Sales, pela colaboração.

À Universidade Estadual do Piauí-UESPI, na pessoa de seu magnífico reitor, e ao Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, na pessoa do presidente, pelo apoio institucional.

Ao Prof. Dr. Wilson Engelmann, coordenador-adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, pela disponibilidade de sempre.

Ao Prof. Dr. Leonel Severo da Rocha, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, pelo exemplo de dedicação acadêmica.

À Professora Doutora Têmis Limberger, que gentilmente se dispôs a ler parte desta pesquisa e pelas palavras de incentivo.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, citando, por todos, a Professora Doutora Fernanda Frizzo Bragato, pelas lições apre(e)ndidas.

Às secretarias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Vera Loebens e Magdaline Macedo, pela atenção dispensada e pronta disponibilidade.

*Quando pronuncio a palavra Futuro,
a primeira sílaba já se perde no passado.
Quando pronuncio a palavra Silêncio,
suprimo-o.*

*Quando pronuncio a palavra Nada,
crio algo que não cabe em nenhum não ser.*

**(Wislawa Szymborska,
As três palavras mais estranhas)**

*Quando o português chegou
Debaixo duma bruta chuva
Vestiu o índio
Que pena!
Fosse uma manhã de sol
O índio tinha despido
O português.*

**(Oswald de Andrade,
Erro de português)**

*é (o) ser jogado aí sozinho
no abismo entre o que ainda não é
[mas que será]
e o que não é mais
[porque já passou]
é nele
[gargalho estreito, instante fugidio]
que, bem ou mal,
nos movemos e nos equilibramos.*

**(J. L. Rocha do Nascimento,
Angústia heideggeriana)**

RESUMO

Plasmado por um viés hermenêutico-filosófico, este estudo tem como objetivo demonstrar que o cumprimento do dever fundamental dos juízes de justificar suas decisões – diretamente vinculado ao direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta correta – tal como estabelecido na Constituição Federal constitui uma condição de possibilidade para a extinção, no sistema processual-recursal brasileiro, dos embargos de declaração, desconstruindo o mito – fruto de uma equivocada aposta preservativa de uma dogmática jurídica refém de um sentido comum teórico e fatalista que só agrava os sintomas de baixa constitucionalidade da Norma Fundamental – de que se prestam ao aperfeiçoamento das decisões judiciais omissas, contraditórias ou obscuras quando elas não configuram ato judicial adequadamente fundamentado, sendo, por essa razão e desde a origem, nulo. A plena maximização da diretriz constitucional prevista no artigo 93, IX, a partir de uma autêntica compreensão da Constituição, esvazia qualquer razão da existência dos embargos de declaração, o que justifica a necessidade da expunção da ordem jurídica desse instituto de notória disfunção que, nos atuais contornos, encobre o autêntico sentido do *ser* da norma constitucional que estabelece que todas decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

Palavras-chave: Hermenêutica. Decisão judicial. Fundamentação obrigatória. Resposta adequada. Embargos de Declaração: mito; sentido despistador; incompatibilidade; desconstrução; extinção.

ABSTRACT

Shaped by a philosophical hermeneutic bias, this study aims to demonstrate that compliance with the fundamental duty of judges to justify their decisions - directly linked to the fundamental right of the citizen to obtain a correct answer - as established in the Federal Constitution constitutes a condition of possibility for extinction on the Brazilian legal-appeal system, the motion for clarification, deconstructing the myth - result of a mistaken preservative bet a legal dogmatic hostage for a common theoretical and fatalistic sense that only exacerbates the symptoms of low constitutionality of the Standard Basic - that lend themselves to the improvement of missing, conflicting or unclear judgments when they do not configure properly reasoned judicial act, being, for this reason and since the origin, null. The full maximization of the constitutional directive granted under Article 93, IX, from an authentic understanding of the Constitution, flush any reason for the existence of motion to clarification, which justifies the necessity of deleting the laws of that institute notorious dysfunction which conceals, in actual contours, the true meaning of being the constitutional rule that all judicial decisions must be reasoned, under penalty of nullity.

Keywords: Hermeneutics. Judicial decision. Mandatory motivation. Appropriate response. Motion for Clarification: myth; outwit effect; incompatibility; deconstruction; extinction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DE COMO E POR QUE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SE TORNARAM O MACUNAÍMA DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL: UM DIAGNÓSTICO PRECOCE DA DISFUNÇÃO NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO, LITERATURA E ANTROPOLOGIA SOCIAL	19
2.1 Embargos de declaração: reflexões iniciais acerca de um herói sem nenhum caráter	24
2.2 O mito das raças tristes, a cordialidade e a malandragem (jurídica): aportes teóricos	38
2.3 As disfunções dos embargos de declaração como reflexo do jeitinho na cultura jurídica e na formação do caráter nacional brasileiro	50
3 DA HISTÓRIA E DO LEGADO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.....	64
3.1 A origem e o direito comparado do jeitinho jurídico	64
3.2 As transformações legislativas e o criacionismo jurisprudencial: da fisiologia à patologia	69
3.3 De como a desordenada disfunção dos embargos de declaração é (também) um sintoma de que as decisões judiciais ainda estão presas à filosofia da consciência	80
3.3.1 Os paradigmas da filosofia ao longo de sua história – aportes teóricos	81
3.3.2 De como as decisões judiciais, incluídas as proferidas em embargos de declaração, ainda estão presas ao paradigma subjetivista	89
3.4 O raio x da disfuncionalidade nos tribunais superiores.....	107
3.5 A falta que faz uma teoria da decisão judicial	116
4 DO DEVER DE FUNDAMENTAR RACIONALMENTE AS DECISÕES JUDICIAIS E AS CONDIÇÕES DE SEU CUMPRIMENTO	120
4.1 Questão prévia: dever de fundamentar ou dever de motivar as decisões judiciais?	120
4.2 Segunda questão prévia: uma necessária aproximação entre Dworkin/Streck (substancialismo) e Habermas /escola mineira de direito processual (procedimentalismo)	123
4.3 Interpretação judicial e controle das decisões	136
4.4 Afinal, o que é isto: o dever de fundamentar as decisões judiciais?	139

4.4.1 Da <i>accountability</i> ou de como o dever de prestação de contas no Estado Democrático de Direito é raiz do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.....	152
4.4.2 Do dever de fundamentação no futuro Código de Processo Civil.....	156
5 DA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OU DO ACONTECER DO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAR E SEU SIGNIFICADO: MORTE DO HERÓI SERELEPE E SEM NENHUM CARÁTER	163
5.1 Da única resposta correta e da integridade dworkiniana do direito para a resposta correta em Streck e de como elas se cruzam com o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais: uma blindagem antissolipsista via hermenêutica filosófica gadameriana.....	174
5.2 De como a decretação de nulidade das decisões judiciais desfundamentadas significa compreender o sentido da Constituição sem sucumbir nas armadilhas do mito da completude dos embargos de declaração	181
5.3 Embargos de declaração e necessidade de sua expunção do ordenamento Jurídico brasileiro: reflexões finais	187
6 CONCLUSÕES.....	193
REFERÊNCIAS	205

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o imaginário da dogmática jurídica, que não consegue livrar-se de um sentido comum teórico paralisante, é povoado pelo mito de que os embargos de declaração contribuem para o aperfeiçoamento das decisões judiciais, havendo quem vislumbre neles a função constitucional de concretizar o dever de fundamentar as decisões judiciais estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal (CF/88)¹.

Trata-se, o que será demonstrado neste estudo, de uma falácia e de uma postura fatalista própria de quem se encontra preso ao *habitus dogmaticus*. Desconstruir esse mito é um dos objetivos da presente pesquisa, na qual se demonstrará que, em verdade, cumprem os embargos de declaração uma função despistadora, que esconde o real sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e impede o acontecer daquilo que deve ser o direito. De fato, segundo o inciso IX do artigo 93 da CF/88, todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade, tratando-se, pois, de uma obrigação imposta ao juiz e que integra a tradição jurídica brasileira, com origem no período colonial, mas que somente com a promulgação da Constituição de 1988 adquiriu os contornos atuais e o *status* de garantia fundamental do cidadão.

Fundamentar significa justificar, explicitar o compreendido, legitimar (como, quem, quando, por que e de que modo se decide). No paradigma do Estado Democrático de Direito, modelo adotado pela Constituição brasileira, na raiz do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais se encontra o dever de prestação de contas pelo juiz, um agente estatal que, investido no cargo nos termos da lei, assume o compromisso de exercer a função jurisdicional com a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (estatais) perante a sociedade democrática. E disso somente se desincumbirá satisfatoriamente mediante o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, por meio do que se lhe confere legitimidade aos atos praticados.

O dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, se rigorosamente observado, dispensa qualquer espécie de rito de passagem. Porém, a realidade forense revela o contrário, sendo prova disso o absurdo número de embargos de declaração interpostos diariamente nas serventias judiciais do país, um sintoma mais que evidente da baixa compreensão e aplicação do dispositivo constitucional em vitrina, que não é levado a sério.

¹BRASIL. Constituição (1988) *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2013.

Em terras brasileiras, recorre-se, na maioria das vezes, a uma muleta hermenêutica, dentre tantas formas que assumem os embargos de declaração. Isso para não falar que, compreendida na desordenada funcionalidade desse instituto, quanto aos seus variados e inconfessáveis propósitos, inclui-se o de atuar não só como remendo, espécie de *tampão* destinado a salvar decisões mal fundamentadas, mas também como um *fôrceps* jurídico usado para extrair a fundamentação de uma decisão.

Não deveria ser assim, dado que uma sentença omissa, contraditória ou obscura não é um ato ajustado ao comando prescrito no art. 93, IX, da CF/88 e, não o sendo, passa ao largo do dever constitucional e se revela, desde a origem, nula. A despeito de tudo, a dogmática jurídica continua apostando nos embargos de declaração, o que se constata no fato de que o Projeto de Lei nº 8.046/2010², que institui o novo Código de Processo Civil (CPC), recentemente aprovado na Câmara Federal, ao invés de propor-lhe a simples extinção, amplia-lhe as hipóteses de cabimento, incorporando modalidades até então reconhecidas somente pela jurisprudência, a exemplo dos embargos declaratórios pré-questionadores, para correção de erro material e os de efeitos infringentes, deixando ainda a porta aberta a uma repetição *ad infinitum*. A propósito, na redação original do projeto, havia uma proposta, felizmente rejeitada, que admitia embargos de declaração na forma oral.

Ao insistir na manutenção dos embargos de declaração no CPC projetado, o parlamento nacional deixa escapar a oportunidade de expungir da cena jurídica um instrumento que, por sua disfuncionalidade, contribui sobremaneira para reforçar o fenômeno de baixa constitucionalidade e para incentivar, na cultura jurídica brasileira, o uso do *jeitinho*. Apostar nesse instituto é o mesmo que continuar ignorando a presença, na CF/88, do artigo 93, inciso IX, o que impede o seu *acontecer* e estimula a equivocada ideia de que são um remédio necessário para compelir o Poder Judiciário a fundamentar, de forma explícita e detalhada, aquilo que decidiu, num verdadeiro amesquinamento da ordem constitucional, que expressamente determina que todas as decisões devem ser fundamentadas.

Esses, pois, os contornos delimitadores deste estudo, que postula contra esse estado de arte e se centra na defesa da extinção dos embargos de declaração na ordem jurídica brasileira. Para esse fim, formulou-se o problema a ser estudado, expresso na seguinte indagação: Em que medida o rigor na observância do cumprimento do dever fundamental de

² SARNEY, José. *Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Origem PLS nº 166/2010)*. Ementa: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B48404B16703CA923DC043A0EC3E26D3.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010. Acesso em: 23 jul. 2014.

fundamentar as decisões judiciais pode, a um só tempo, (i) contribuir para a desconstrução do mito de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento dos julgados? (ii) significar a prescindibilidade dos embargos de declaração como meio de impugnação de decisão judicial? (iii) constituir-se, não obstante a equivocada aposta da dogmática jurídica na sua manutenção, como condição de possibilidade para a expunção do instituto da ordem jurídica brasileira, devido, dentre outras razões, à sua indisfarçável disfuncionalidade?

Que há uma grave disfuncionalidade nos embargos de declaração disso nem mesmo os seus mais ferrenhos defensores se atrevem a discordar. O estado patológico do instituto é resultado de uma virose epistêmica cujos maiores sintomas são o seu agigantado manejo diário, com um uso abusivo e repetitivo, e a sua extrema capacidade de mutação, tudo alimentado por um combustível bem brasileiro, o conhecido *jeitinho* (jurídico). Tanto isso é verdade que, na prática forense, quando se pensa na lei do menor esforço, no empurrãozinho, na malandragem jurídica ou na esperteza insolente e *macunaímica*, o primeiro nome que vem à lembrança é, certamente, o dos embargos de declaração, uma disfunção com o claro significado de desserviço ao direito e que, nas palavras de Lenio Streck, se constitui no principal representante do *estado de natureza hermenêutico* em que se encontra mergulhado o direito no Brasil.

Um passo fundamental no combate à patologia de que é vítima o sistema jurídico brasileiro e o próprio direito – cuja autonomia é ameaçada por diversos predadores, entre eles os embargos de declaração – seria começar-se a exigir do juiz o rigoroso cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, o que conduziria o instituto ao esquecimento. Enquanto isso não ocorre, obriga-se a conviver com as disfunções e os subprodutos gerados pelo uso abusivo dos embargos de declaração, o que faz com que sejam tidos como o maior representante da malandragem jurídica, uma espécie de *Macunaíma* do sistema processual brasileiro, um herói (jurídico) sem nenhum caráter, que serve aos mais diferentes propósitos, do simples ócio criativo à mais refinada chicana.

Esta pesquisa será desenvolvida, pois, na perspectiva contrária à difusão da ideia de que os embargos de declaração são um meio imprescindível de impugnação de decisões, com reconhecida presença na prática forense, sendo por seu intermédio que se pode alcançar a “purificação” de decisões judiciais não, mal ou deficientemente fundamentadas. Afinal, uma ordem jurídica que se preze e tenha a pretensão de eficácia não pode apoiar-se num instituto de discutível reputação para exigir dos juízes a enunciação das razões de decidir. A manutenção dos embargos de declaração, além dos efeitos negativos que produz para a integridade e autonomia do direito, tem ainda um propósito diversionário, pois desvia a

atenção do juiz do dever fundamental de justificar suas decisões, como previsto no art. 93, IX, da CF/88, o que contribui para agravar o quadro de baixa normatividade constitucional.

No dia a dia forense, todos sabem que os embargos de declaração, reflexos de uma arraigada cultura brasileira do “jeitinho”, sempre presente na formação do caráter nacional, prestam, na verdade, um desserviço ao direito. Não há quem, com argumentos racionais, se atreva a negar que são úteis a quem pretende “empurrar com a barriga”, “ganhar tempo” ou “protelar” o cumprimento de uma decisão, essa a verdadeira função dos embargos, infelizmente já incorporada ao imaginário dos usuários do sistema.

Acrescente-se que a questão relacionada ao uso abusivo e protelatório dos embargos é tão séria que, na maioria das vezes, nem é tematizada como se fosse um problema, mas tida como uma fatalidade, algo inexorável, que tem de acontecer, afinal as coisas são assim mesmo e não há como mudá-las. Contrária a essa postura fatalista, a tese aqui defendida é a de que os embargos de declaração, da forma como se encontram configurados, são prescindíveis e devem ser extintos, em razão, dentre outras tantas, da imperiosa necessidade de i) exigir-se do juiz rigor no cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões, em atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da CF/88; ii) reconhecer que, correlato a esse dever fundamental, há o correspondente direito fundamental a uma decisão judicial ajustada à Constituição; iii) estabelecer que, à luz do art. 93, IX, da CF/88, o referido instituto sequer foi por ela recebido; iv) sustentar que o efetivo cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões judiciais leva-os à extinção; v) entender que esses embargos, à vista da praxe forense e com a atual configuração, não contribuem para o “aperfeiçoamento” das decisões judiciais porque, para tanto, basta ao órgão julgador cumprir a ordem emanada da Constituição. Ademais, os embargos de declaração, por serem disfuncionais e se revestirem de um caráter macunaímico, agravam os sintomas de uma baixa constitucionalidade que requer combate e prestam, cotidianamente, um desserviço ao direito.

Tem, assim, a presente pesquisa, o objetivo geral de demonstrar – a partir de uma leitura crítica da aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração e da desconstrução do mito de que o referido instrumento se presta ao aperfeiçoamento da decisão judicial – que o cumprimento do dever fundamental dos juízes de justificar as decisões, como estabelecido na CF/88, constitui uma condição de possibilidade para a sua extinção, no sistema recursal brasileiro, dado que decisão judicial omissa, contraditória ou obscura não configura ato judicial adequadamente fundamentado e, por essa razão, é, desde a origem, nulo.

Já os objetivos específicos a serem perseguidos nos quatro capítulos deste estudo e seus subitens, são: a) constatar que os embargos de declaração são o mais autêntico representante da malandragem jurídica nacional e um dos responsáveis pelo estado de natureza hermenêutico, uma espécie de *Macunaíma* do sistema processual brasileiro, um herói sem nenhum caráter, eis que serve aos mais diferentes propósitos; b) demonstrar que a equivocada aposta da dogmática jurídica na manutenção e uso dos embargos de declaração fragilizam a ordem constitucional, dado que, dentre outros motivos, impedem o acontecer do dever fundamental de justificar as decisões judiciais nos termos do art. 93, inc. IX, da Constituição; c) reconhecer a disfuncionalidade dos embargos de declaração como meio de impugnação de decisão judicial e averiguar em que medida estimulam o uso desmedido do “jeitinho” na cultura jurídica brasileira; d) sustentar que as desordenadas transformações pelas quais passaram os embargos de declaração e os subprodutos decorrentes do criacionismo judicial são o reflexo de decisões judiciais (omissas, contraditórias ou obscuras) ainda presas à filosofia da consciência; e) defender que a plena maximização da diretriz constitucional prevista no art. 93, IX, da CF/88 esvazia de qualquer sentido a existência dos embargos de declaração, o que lhe justifica a extinção, pois sua notória disfunção, aliada aos atuais contornos, agrava a já baixa efetividade da Constituição Federal; f) compreender que, correlato ao dever de fundamentar as decisões judiciais, há o correspondente direito fundamental à obtenção de uma decisão judicial ajustada à Constituição, que à luz do inciso IX do artigo 93 sequer recebeu os embargos de declaração; g) admitir que a permanência dos embargos declaratórios na ordem jurídica pressupõe um rigoroso controle de sua utilização, o que nem é objeto de preocupação do projeto de lei do novo CPC; h) deduzir que a decisão judicial adequadamente fundamentada se constitui (i) uma condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração e (ii) um estrito cumprimento do dever dos juízes de prestar contas (*judicial accountability*) de seus atos, dado que somente na perspectiva de um processo judicial democrático é que os atos judiciais se legitimam perante a sociedade.

No primeiro capítulo, que antecipa as questões de fundo a serem tematizadas e funciona como elementos de pré-compreensão da pesquisa, será feita uma abordagem panorâmica, semelhante a um sobrevoo inicial sobre os dois temas centrais que atravessarão todo o estudo: o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e os embargos de declaração. Trata-se de um conjunto de reflexões em que, como resultado de uma baixa compreensão do sentido do dever de fundamentar as decisões judiciais, serão demonstradas – a partir de um diagnóstico precoce de uma disfunção como reflexo do jeitinho na cultura jurídica e na formação do caráter nacional brasileiro – as razões pelas quais os embargos de

declaração se tornaram uma espécie de Macunaíma do sistema processual-recursal brasileiro e representam um estorvo que impede o acontecer do cumprimento da obrigação dos juízes de justificar as decisões judiciais.

O segundo capítulo tratará, inicialmente, da origem histórica dos embargos de declaração, dizendo como chegaram, se multiplicaram e são encarados no Brasil, com o cotejo propiciado pelo direito comparado. Nos subitens seguintes, se demonstrará em que medida os embargos de declaração sofreram transformações legislativas e quais os impactos delas, sem dizer do papel que exerceu a jurisprudência dos tribunais nas diversas mutações do instituto, aliás, tantas que lhe desconfiguraram a formatação original, fruto de um criacionismo judicial sem controle que permite afirmar que sua desordenada disfunção é um sintoma de decisões judiciais ainda presas à filosofia da consciência, situação agravada pela ausência de uma teoria da decisão judicial que controle a interpretação e aplicação judicial do direito.

O terceiro capítulo tematizará o dever fundamental de fundamentar racionalmente as decisões judiciais e as condições de seu cumprimento, sendo, antes, analisadas duas questões. A primeira orbita a busca do significado da ação que move o dever do juiz (fundamentação ou motivação?), com opção, ao final, pela primeira expressão, que é a que consta do texto constitucional (art. 93, IX). A segunda demonstra a existência de uma aproximação entre duas teorias (hermenêutica e discursiva) e respectivas posturas (substancialista e procedimentalista), que divergem entre si, mas se unem em alguns pontos de convergência. No subitem seguinte, traceja-se um esboço histórico da interpretação judicial e do controle das decisões para ao final se dizer que foi a partir das teorias pós-positivistas, no sentido de superação, dentre as quais a Hermenêutica, que surgiu a preocupação com o controle das decisões judiciais, tendo no combate à discricionariedade judicial e ao paradigma filosófico que a sustenta (filosofia da consciência) o principal foco. Em seguida, sob a luz da melhor doutrina, cuida-se especificamente de desvelar o real significado do dever de fundamentar as decisões judiciais, as condições de seu cumprimento e as razões pelas quais devem ser fundamentadas, donde se extrai que no paradigma do Estado Democrático de Direito o juiz tem na responsabilidade política (*accountability*) a raiz do dever de fundamentar. Finalmente, por se tratar de assunto da atualidade, em face da aprovação do CPC projetado na Câmara Federal, faz-se, no derradeiro subitem, uma leitura crítica do dever de fundamentar as decisões judiciais no projeto do novo CPC.

O capítulo 4 abordará a decisão judicial adequadamente fundamentada como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração. Na trilha desse desiderato, serão

examinados alguns aportes teóricos, para demonstrar a passagem da única resposta correta e da integridade do direito em Dworkin para a resposta correta (nem única, nem a melhor, mas a resposta justificada na Constituição, em casos concretos, dado que a interpretação somente se dá na aplicação) em Lenio Streck, na verdade a simbiose da teoria interpretativa de Dworkin com a hermenêutica filosófica de Gadamer e de como se cruzam com o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais como blindagem contra solipsismos, à luz da Hermenêutica. Nos subitens seguintes, a pretensão é demonstrar como a decretação de nulidade das decisões judiciais desfundamentadas resulta da compreensão autêntica do sentido da Constituição, conferindo-lhe força normativa e máxima eficácia, sem cair nas armadilhas dos sentidos despistadores do *sentido* provocadas pelo mito da completude dos embargos de declaração. O capítulo será fechado com algumas reflexões finais acerca do herói macunaímico do sistema processual-recursal brasileiro, um autêntico encobridor do sentido do *ser*, e da necessidade de sua expunção do ordenamento jurídico nacional.

Serão apresentados também, de forma sintética e como conclusões, os resultados da pesquisa desenvolvida.

Por outro lado, em se tratando de referencial teórico, o desenvolvimento do estudo guia-se pela perspectiva da proposta de Lenio Streck, em suas principais obras (*Verdade e consenso*, *Hermenêutica jurídica e(m) crise* e *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*) e inserida no movimento deflagrado pelo autor e denominado *Crítica Hermenêutica do Direito*, que consiste em conjugar dois importantes autores, o filósofo Hans-Georg Gadamer (*Verdade e método*) e o jusfilósofo Ronald Dworkin (*O império do Direito*, *Uma questão de princípio* e *Levando os direitos a sério*), na construção de uma Teoria da Decisão Judicial. Com os aportes da hermenêutica filosófica de Gadamer, é possível esclarecer e estabelecer as bases para a compreensão do problema da interpretação, tão caro ao Direito, e de Dworkin apreende-se uma teoria político-democrática sobre a aplicação do Direito, já que, em níveis distintos, ambos os autores se complementam.

A pesquisa utilizou, como forma de abordagem, o método fenomenológico ou hermenêutico-linguístico (fenomenológico-hermenêutico), tal como desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, tendo como referencial básico a obra *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, de Lenio Luiz Streck, considerada por muitos como o livro que operou uma verdadeira reviravolta na área. Compreendida como “interpretação ou hermenêutica universal”, trata-se a fenomenologia de uma metodologia que promove uma revisão crítica dos temas centrais transmitidos pela tradição filosófica através da linguagem,

caracterizada, sobretudo, pela tentativa de superar as insuficiências constatadas pela matriz analítica e sua tentativa de entender o direito centrando-se, exclusivamente, na norma.

O método fenomenológico questiona o método tradicional, razão pela qual a proposta é a de trabalhar com o fenômeno como aquilo que se revela pela palavra. Ademais, pelo método fenomenológico o sujeito (pesquisador) e o objeto (pesquisado) se acham inseridos no contexto da investigação, sem dizer que essa opção encontra afinidade com a orientação metodológica que permeia os estudos realizados na linha de pesquisa do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da UNISINOS, na qual este projeto de pesquisa se desenvolve.

Acrescente-se que se trata o método escolhido do único que favorece demonstrar que o modelo de conhecimento próprio do paradigma sujeito-objeto (matriz analítico-normativista) foi suplantado por um novo viés interpretativo, marcado pela invasão da filosofia pela linguagem e ao qual o direito não pode ficar imune, sendo a hermenêutica (fenomenológica), dentre as teorias críticas do direito tidas como pós-positivistas, a mais vocacionada a superar o esquema sujeito-objeto e os paradigmas filosóficos (aristotélico-tomista/objetivista e filosofia da consciência/subjetivista) que o sustentam e em relação aos quais é mantido como refém o pensamento jurídico dogmático. Disso decorre que, no ato de interpretar, a ênfase passa a ser a compreensão, pois se interpretamos porque compreendemos o compreender não mais resulta de um ato pelo qual o sujeito submete o objeto, mas, diferentemente, advém de uma relação intersubjetiva. Tal horizonte compreensivo é o que se mostra mais adequado para a discussão da temática objeto desta pesquisa.

A par disso, e em decorrência do espaço de mútua irritação, este estudo será atravessado por um diálogo constante entre direito, literatura e antropologia social. Com a literatura, a ponte com o direito se edifica a partir da antropofagia, considerada a grande contribuição de Oswald de Andrade para a cultura brasileira, ao final da qual se concluirá que os embargos de declaração, dada a sua disfuncionalidade e a sua representação do jeitinho brasileiro, incorpora e transporta para a cultura jurídica o espírito malando e dissimulador de Macunaíma, o herói sem nenhum caráter forjado na obra homônima de Mário de Andrade, outro ícone da literatura nacional que, ao lado de Oswald de Andrade, foi um dos líderes do movimento modernista de 1922. Com a antropologia social, procura-se estabelecer uma relação que demonstre que a natureza dos embargos de declaração, legítimo representante do jeitinho brasileiro na cultura jurídica, pode ser explicada pela formação do caráter nacional brasileiro e pela herança lusitana patrimonialista e estamental.

Ao lado desse método de abordagem, opta-se, como método de procedimento, pelo monográfico, uma vez que se objetiva a realização de um estudo de uma temática delimitada e específica, o que proporciona mais segurança à elaboração da pesquisa. No que se refere à técnica de pesquisa, escolheu-se, neste aspecto, a bibliográfica, com utilização da doutrina especializada na temática, da legislação pertinente e do comportamento dos tribunais brasileiros.

Por fim, a título de reforçar a opção pelo tema, agregue-se que – numa perspectiva profissional – para além da importância do tema à luz do viés científico, a relevância do estudo se justifica pelo fato de que um dos objetos nucleares da pesquisa é a decisão judicial, matéria com a qual o pesquisador se encontra estritamente vinculado, eis que membro da magistratura da União. Nesse sentido, interessa saber como, de que modo e que fundamentos os juízes utilizam nas suas decisões, que responsabilidade política assumem desde que ingressam na carreira e em que condições os atos judiciais se legitimam perante a sociedade num Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de assuntos que interessam de perto à magistratura, até porque tem como um de seus principais objetivos pugnar pelo estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, circunstância que, por si só, leva à desnecessidade da permanência dos embargos declaratórios no ordenamento jurídico brasileiro.

2 DE COMO E POR QUE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SE TORNARAM O MACUNAÍMA DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL: UM DIAGNÓSTICO PRECOCE DA DISFUNÇÃO NA PERSPECTIVA DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO, LITERATURA E ANTROPOLOGIA SOCIAL

A antropofagia foi talvez a maior contribuição de Oswald de Andrade para a cultura brasileira, especialmente para a literatura. No Manifesto Antropofágico, Oswald defendia que os brasileiros deveriam não imitar, mas devorar qualquer informação nova vinda de fora, independentemente de sua origem. Simbolicamente, a metáfora oswaldiana da devoração é representada pela deglutição protagonizada, num ritual canibal, pelos índios Caetés, do corpo do bispo português d. Pero Fernandes Sardinha após o naufrágio de seu navio no litoral do nordeste brasileiro, em 16 de julho de 1556. Esse acontecimento foi usado por Oswald de Andrade para datar o seu manifesto no ano 374 da deglutição do bispo e assim marcar o início da nossa existência cultural e da construção de uma identidade nacional.

A base do manifesto oswaldiano era que se devia “alimentar-se de tudo o que o estrangeiro traz para o Brasil, sugar-lhe todas as ideias e uni-las às brasileiras, realizando assim uma produção artística e cultural rica, criativa, única e própria”. Ou como diria mais tarde Haroldo de Campos, citado por Caetano Veloso³: “assimilar sob espécie brasileira a experiência estrangeira e reinventá-la em termos nossos, com qualidades locais ineludíveis que daria ao produto resultante um caráter autônomo e lhe confeririam, em princípio, a possibilidade de passar a funcionar por sua vez, num confronto internacional, como produto de exportação”.

Oswald de Andrade não viveu o suficiente para ver suas ideias concretizadas. Logo após sua morte, o mito da antropofagia seria retomado por dois conhecidos movimentos culturais, um ambientado na poesia, o Concretismo, na década de 50, e o outro na música e outras artes, o Tropicalismo, no final dos anos 60. Trata-se de dois dos poucos exemplos emblemáticos de canibalismo cultural à brasileira⁴, daquilo que deve ser louvado, deixando o ruim de lado, para lembrar uma expressão antropofágica presente em *Louvação*, canção de Gilberto Gil e Torquato Neto que se tornou um dos ícones da Tropicália.

Transportando a metáfora da antropofagia para o direito, é possível constatar alguns fenômenos curiosos em terras de *Pindorama*, expressão pré-cabralina que em tupi designa o

³ VELOSO, Caetano. *Antropofagia*. São Paulo: Penguin&Companhia das Letras, 2012. p. 54.

⁴ Na mesma obra, à página 55, Caetano lembra que são poucos os momentos na nossa história cultural à altura da visão oswaldiana.

lugar onde depois surgiria o Brasil. Em matéria de controle de constitucionalidade, por exemplo, adotamos um modelo híbrido, uma espécie de mixagem do padrão da Europa Ocidental (concentrado e próprio do *civil law*) com o americano do norte (difuso e próprio do *commow law*). Trata-se de uma autêntica deglutição pós-metabolização, devolvida como algo no mínimo criativo, sem se cogitar aqui do mérito de sua adequação ou não⁵. Aliás, é comum o fato de o processo de deglutição não resultar bem digerido, sendo o mesmo, no mais das vezes, mal compreendido, como ocorre com as recepções equivocadas de algumas concepções teóricas, de que é exemplo mais emblemático a leitura incorreta que se faz da regra de ponderação de Robert Alexy⁶, que nem é feita como uma regra, como deveria, mas como um princípio. Há ainda leituras que não passam de mera imitação alienígena, como no caso das súmulas vinculantes em relação aos precedentes judiciais estadunidenses: além de descontextualizadas, retiram elas do direito toda a facticidade, numa desconsideração ao caso concreto⁷.

Por último, impossível não lembrar o canibalismo jurídico que produz maus resultados. Trata-se de uma espécie de ritual antropofágico pelo avesso e com efeitos perversos e deletérios, porque fruto de espertezas, artimanhas e travessuras, em decorrência do qual se louva o que mal merece, deixando o que é bom de lado.

⁵ No Brasil, há uma tendência centenária para o sincretismo, o que ocorre nos mais variados domínios e tem raízes que se estendem ao início da formação da história do país, o que fica claro no subitem 2.2. De fato, além da presença na formação do caráter nacional, o sincretismo está presente na religião, na arte e no direito, só para ficar em três exemplos. Particularmente na arte, especialmente na literatura, a ideia, forjada por Oswald, de deglutir, sem peias, toda (boa) experiência estrangeira pra dar origem, ao final, a um produto rico, criativo, único e tipicamente nacional pressupõe um refinamento, uma sofisticada técnica, o que, em se tratando de arte, pode ser produzido com mais liberdade e poder de criação, sem dizer que não provoca tantas ranhuras, dado que não produz, imediatamente, efeitos práticos no mundo, na vida das pessoas, embora não se duvide de sua importância e contribuição para a construção de um significativo nacional, além de não ser uma simples mixagem e sim de um novo produto, resultante da deglutição. O mesmo não pode ser dito no direito. É que, no mundo do direito, a metabolização ou processamento e o seu produto final não podem resultar de uma deglutição desordenada, acrítica e desassociada da realidade, da tradição e da nossa história, pois produz efeitos práticos imediatos na vida das pessoas e na comunidade jurídica, daí porque essa passagem ter(á)ria que ser feita com maior cautela, submetendo-se, necessariamente, a uma rigorosa filtragem hermenêutico-constitucional, o que raramente ocorre, haja vista que as recepções não raro se dão de forma rasa e equivocada. A propósito, Lenio Streck (*Verdade e consenso*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.29-30) reconhece que em matéria de direito sempre se esteve à volta com as mais variadas espécies de sincretismo, uma prática que, segundo ele, acaba por gerar a falsa ideia de que aqui, como se procura reunir todas as tradições que sustentam o direito ocidental, tem-se o melhor e mais avançado direito, o que não passa de um lamentável engano, já que nada garante que essa mistura transforme o modelo brasileiro de controle de constitucionalidade no melhor ou no mais efetivo. Deixa claro, por outro lado, que não defende que o campo jurídico brasileiro seja imune à influência das tradições que forjaram o direito ocidental, mas que a incorporação dessas experiências não ocorra de modo acrítico.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷ As duas ocorrências podem ser conferidas em TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013 e em STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria. do Advogado, 2013.

A referência é, no caso, à presença (ainda) dos embargos de declaração na ordem jurídica brasileira, mesmo em tempos de um anunciado e novo CPC. Tais embargos, como se demonstrará, chegaram ao Brasil com as primeiras caravelas. Sua origem não é romana, germânica, canônica e muito menos anglo-saxônica, mas portuguesa, embora, atualmente, nem lá existam mais. A vida longa desse instituto se dá apenas no Brasil, onde uma deglutição desordenada gerou tantos subprodutos e efeitos danosos para a integridade e autonomia do direito que hoje, se comparados com o formato original dos tempos das Ordenações do Reino, encontram-se totalmente desfigurados⁸ por um ritual antropofágico que certamente desagradaria a Oswald de Andrade e que ainda prossegue, porquanto a cada dia surgem novas tentativas de se criar mais um subproduto⁹. De um instituto que mais presta desserviço (ao direito) não há exemplo mais paradigmático, em razão de seus efeitos perversos sobre a razoável duração do processo, o acesso à justiça, a autonomia do direito e a normatividade da Constituição.

Desconstruir o mito de que os embargos de declaração existem e se justificam para o aperfeiçoamento da decisão judicial é o objetivo desta pesquisa. Demonstrar que a aposta (equivocada) da dogmática jurídica na sua manutenção fragiliza a ordem constitucional em vigor à medida que relativiza e encobre, empurrando para baixo, o valor constitucional inscrito no artigo 93, IX, retirando-lhe a força normativa que deveria ser louvada e não deixada de lado, já que fica na dependência desses embargos como condição de possibilidade de se extrair, *a fórceps*, uma decisão judicial fundamentada. Ao reverso, a afirmativa que deve prevalecer é outra: a maximização da leitura e aplicação do artigo 93, IX, da CF conduz à desnecessidade dos embargos de declaração, porque a obrigação do estrito cumprimento pelo juiz do dever de fundamentar, com o oferecimento da resposta adequada à Constituição é verdadeira condição de possibilidade de sua extinção em razão de uma disfuncionalidade que produz consequências negativas para o direito, daí que se propõe aqui a extinção desse instituto em função da obrigação do juiz de fundamentar as decisões que prolata.

⁸ As sucessivas transformações legislativas por que passaram os embargos de declaração, aliadas às variadas criações judiciais de outras modalidades do instituto, não guardam qualquer relação com sua origem.

⁹ Veja adiante o relato da proposta de criação de mais uma modalidade de embargos de declaração, voltada para eliminar contradições externas, aquelas verificadas entre acórdãos de turmas de um mesmo tribunal com decisões opostas, ainda que idêntica a matéria. Acrescente-se a tentativa de incluir no CPC projetado a modalidade de embargos de declaração na forma oral, proposta que não obteve êxito, como registram, em tom de lamento, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel (*O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: RT, 2010. p. 185). A frustrada pretensão não é novidade, eis que buscava estender para o CPC a modalidade oral já existente na Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e que, no art. 49, estabelece que os “embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de 5 (cinco dias), contados da ciência da decisão”. (Grifo nosso).

A prática forense registra que na grande maioria das vezes o nome dos embargos de declaração é invocado em vão. Torna-se, assim, um meio (des)apropriado para “esquentar” uma decisão judicial, um “jeitinho” para se conseguir mais alguns dias de prazo para o manejo do recurso principal; um “empurrãozinho” para fazer subir recurso de natureza extraordinária; um expediente nada republicano utilizado no lugar do recurso adequado para modificar um julgado; um instrumento de mera irresignação subjetiva a um eventual resultado desfavorável... A lista é imensa e os exemplos mencionados não são exaustivos.

Para muitos, os embargos de declaração funcionam como um herói, um “salvador da pátria”, pelo menos no sentimento nutrido pelo advogado quando quer ganhar tempo ou se acha surpreendido com uma decisão desfavorável, e também pelo juiz quando, premido pelas metas¹⁰ a cumprir, julga de qualquer jeito, na esperança de que, se cometer algum erro, a parte interessada irá propor a correção do julgado mediante a oposição de embargos. Expedientes como esses revelam o caráter ardiloso do instituto, o de um herói sem nenhum caráter ou sem caráter definido, circunstância que o aproxima, mal comparando, a Macunaíma, protagonista do livro homônimo de Mário de Andrade, um dos líderes, ao lado de Oswald de Andrade, da Semana de Arte Moderna de 22 e um dos principais teóricos do Modernismo no Brasil.

Oswald de Andrade não escreveu Macunaíma, mas bem que o poderia. Aliás, apesar de ser o autor do Manifesto Antropofágico, Oswald, a rigor, não produziu nenhuma obra, na prosa ou na poesia, que veiculasse as ideias postas no Manifesto (exceto, talvez, Memórias Sentimentais de João Miramar), mormente a de devorar, sem qualquer rejeição, as influências estrangeiras, desenvolvendo e imprimindo, ao final, um estilo próprio, bem nacional, de uma arte e literatura brasileiras. Coube, na verdade, a Raul Bopp, com o poema antropofágico *Cobra Norato*, e a Mário de Andrade, com *Macunaíma, o herói sem nenhum caráter*¹¹, o papel de materializar as ideias do programa oswaldiano.

¹⁰ Por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), os tribunais foram impelidos a estabelecer planejamentos estratégicos, por força dos quais se obrigam a cumprir metas anuais. Dentre as principais, que se renovam ano a ano, figura a de julgar igual quantidade dos processos ajuizada a cada ano e reduzir a taxa de congestionamento do resíduo. Por conta disso, ocorre uma competição anual entre os tribunais para se saber quem julga mais e em menor tempo, não importando se para tanto há que se sacrificar a qualidade do julgamento em nome das estatísticas, numa demonstração de que o Judiciário está mergulhado em um processo onde se privilegiam as efetividades quantitativas no lugar das qualitativas. Ademais, em nome do cumprimento das metas, de que depende a posição de determinado tribunal no ranking nacional, muitos juízes promovem julgamentos açodados, do tipo “só pra cumprir tabela”, leia-se meta, boa parte deles esvaziados de qualquer tipo de fundamentação ou mal fundamentados, o que acaba por ensejar a interposição de embargos de declaração contra as sentenças mal prolatadas.

¹¹ O herói andradiano talvez seja o exemplo mais acabado de canibalismo cultural. É o resultado da mistura de vários elementos étnicos e culturais, daí a opção feliz de Mário de Andrade pelo cognome “herói de nossa gente” no lugar de “herói de nossa raça”. E é tão plural que acaba por não ter “nenhum caráter”.

Na *web* há um conhecido site¹² que promove vários testes interessantes como *Se você fosse um livro, qual seria? Que filme você é? Que personagem de Shakespeare você gostaria de ser? Que poema do Drummond você seria?* Caso haja interesse o internauta responde a um questionário com dez perguntas, em média, e ao final, dependendo do resultado, poderá ser *Madame Bovary*, de Flaubert, ou *Paixão Segundo G.H.*, de Clarice Lispector; ou *Acrossado*, de Godard; ou Hamlet, ou Macbeth, ou o Poema de Sete Faces.

São dezenas de testes relacionados com a cultura em geral (literatura, cinema, teatro, folclore, antropologia, sociologia, pedagogia etc). Não há, contudo, nenhum teste voltado para as ciências jurídicas, mesmo porque essa não é a proposta da página referida, mas se se fizesse algo parecido, que pudesse refletir o estado de arte do direito e da dogmática jurídica no Brasil, a pergunta obrigatória seria: *Tratando-se dos embargos de declaração indique na literatura nacional qual o personagem da ficção ao qual esse instituto pode ser comparado?* Por mais variadas que fossem as respostas, certamente que haveria um único resultado: *Macunaíma!*

A rigor, o teste sugerido é desnecessário. É que a partir de uma breve comparação entre Direito e Literatura¹³, é possível dizer que os embargos de declaração são o *Macunaíma* da ordem jurídica nacional. Verdadeiro exemplo, na dogmática jurídica, do ponto de vista da antropologia social, da índole brasileira, porque por meio deles se servem os sujeitos do processo para a articulação dos mais variados ardis, indolências e sentimentos¹⁴, com a agravante de que, sem um caráter definido¹⁵, diferencia-se do herói “romântico e inocente” de Mário de Andrade, já que o falso herói da dogmática jurídica de inocência não tem nada: tudo o que é feito em seu nome o é de forma consciente.

Se o herói de Mário de Andrade sempre existirá, e deverá mesmo existir, no imaginário das pessoas, pois bem ou mal faz parte de uma tentativa de construção de uma identidade nacional através da arte, sendo talvez a maior contribuição andradiana para a cultura brasileira, o mesmo não pode ser dito do seu correspondente no Direito, os embargos

¹² Encontrado no seguinte endereço: TESTES de educação. São Paulo: Educar para crescer, 2013. <<http://educarparacrescer.abril.com.br/testes/>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

¹³ Streck, para quem faltam grandes narrativas no direito, diz não ter dúvida de que este pode retirar lições e ser humanizado pela literatura. Conferir em: Faltam grandes narrativas no e ao direito. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (Org.). *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227-231.

¹⁴ Recentemente, foi reproduzida na *web* uma sentença proferida em embargos de declaração na qual o magistrado, além de aplicar um corretivo no embargante, faz da decisão um meio (impróprio) para registrar conquistas profissionais, transformando o *decisum* numa verdadeira crônica da vida privada. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI173427,101048-Magistrado+da+JFSC+destrata+servidor+em+sentenca>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

¹⁵ Lembre-se que, ainda hoje, trava-se uma discussão sobre os embargos. Trata-se de recurso ou de incidente?

de declaração, que devem ser expurgados da ordem jurídica pátria. Com efeito, por meio desse instituto já se canalizou toda sorte de interesses, dos mais nobres aos mais vis, pendendo a balança mais do lado de cá do que do lado de lá.

Trata-se de um sintoma da gravidade do “estado de natureza hermenêutico”¹⁶ em que vive o direito no/do Brasil, de que é exemplo contundente o uso abusivo e repetitivo, quase sem limites, de embargos de declaração a partir de uma mesma matriz decisória, como no caso do Recurso Extraordinário nº 222.752, mencionado por Lenio Streck no artigo *Az dak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios*¹⁷, em que se registram nada menos que cinco embargos, num mesmo processo. São, pois, revestidos os embargos de declaração de um caráter macunaímico, no seu sentido mais perverso e danoso, o que, segundo Lenio Streck, impedem o “acontecer”¹⁸ da Constituição Brasileira.

Este estudo é, assim, uma contribuição destinada a defender que se expunja da dogmática jurídica nacional esse falso herói sem nenhum caráter.

2.1 Embargos de declaração: reflexões iniciais acerca de um herói sem nenhum caráter

Segundo a dicção da norma cravada no inciso IX do artigo 93 da CF/88, todas as decisões judiciais deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade. A propósito, a história do direito registra que no Brasil o dever de fundamentar do juiz sempre fez parte da tradição jurídica, eis que presente na legislação a partir do período colonial, nas chamadas Ordenações Filipinas¹⁹. Mas é fato incontroverso que foi com a Norma Fundamental promulgada em 05.10.1988, que a obrigação de justificar as decisões judiciais adquiriu os contornos atuais e ganhou a grandeza constitucional que hoje detém.

Fundamentar significa justificar, legitimar, explicitar o compreendido (como, quem, quando, por que e de que modo se decide). Trata-se de expor (externar) as razões e os caminhos pelos quais o órgão judicial chegou a determinada decisão como resultado de uma abordagem totalizadora, ampla, dialógica e entrecruzada das teses, normalmente contrárias, desafiadas pelos sujeitos do conflito de interesses, as quais devem ser enfrentadas de forma

¹⁶ A expressão, em homenagem a Hobbes, é de Lenio Streck, para quem, se tivesse que escolher um representante simbólico do mencionado “estado”, este recairia sobre os embargos de declaração.

¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 89-97.

¹⁸ *Ibid.*, p. 96.

¹⁹ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

exaustiva²⁰ pelo juiz que, ao final, se obriga a oferecer uma resposta. Segundo Lenio Streck, com apoio em Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin, essa resposta não tem que ser necessariamente a única, nem a melhor, mas aquela conformada, no sentido de *adequada*, à Constituição e nela própria confirmada²¹.

Ainda segundo Lenio Streck²², que defende uma radical aplicação do comando inscrito no artigo 93, IX, da Constituição, “é possível afirmar que, do mesmo modo que há um dever fundamental de justificar/motivar as decisões, existe também o direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição”. Nesse sentido, as duas categorias (direito e dever) seriam correlatas na medida em que o dever (de fundamentar as decisões) e o direito (a uma resposta correta) fundamentais estariam umbilicalmente ligados.

Mas justificar (uma obrigação do juiz) de forma exaustiva, explicitando, tanto quanto possível, o que se decide e em que condições, é o que basta? Teoricamente sim, porém, a se considerar a praxe forense e o fato de que a norma constitucional é encoberta e não levada a sério, não. Para Streck²³, o Brasil é provavelmente o único país que mantém um instituto jurídico (embargos de declaração) para compelir um juiz ou um colegiado a fundamentar, de forma explícita e detalhada, aquilo que decidiu, embora a própria Constituição determine expressamente que todas as decisões *devem* ser fundamentadas.

Na verdade, como já asseverado, a previsão legal do dever de fundamentar atravessa a história do direito no Brasil, a partir do período colonial, antes mesmo da proclamação da independência. Com efeito, a par da existência do dever fundamental de fundamentar estabelecido do art. 93, IX, da CF/88, somente no atual CPC (e limitando-se a esse digesto, sem prejuízo do que dispõem no mesmo sentido o Código de Processo Penal (CPP) e a

²⁰ Em sentido contrário, no Supremo Tribunal Federal prevalece o entendimento esposado na Questão de Ordem no Agravo de Instrumento nº 791.292, quase sempre invocado como precedente, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes Ferreira, segundo o qual o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal exige tão somente que o ato judicial (decisão, sentença ou acórdão) seja fundamentado, ainda que sucintamente, sendo desnecessário, contudo, “o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão”. A julgar pelo acórdão lavrado nos autos do AgRg no REsp nº 1317739/RS. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0066228-7, Relator Ministro Humberto Martins, 2ª Turma, julgado em 05/06/2012 e publicado no Diário de Justiça Eletrônico, Brasília-DF, em 14/06/2012, o mesmo sentido é trilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, para quem “é cediço que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”. Felizmente, neste aspecto, essa não é a orientação do novo CPC, aprovado na Câmara Federal, que, em boa hora, promove um ajuste entre legislação infraconstitucional e Constituição Federal em matéria de fundamentação das decisões judiciais, conforme será demonstrado no subitem 4.4.2.

²¹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.107.

²² Id. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 619.

²³ Ibid., p. 412.

Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)) é possível localizar pelos menos três dispositivos (artigos 131, 165 e 458) que tratam da matéria²⁴.

Ainda assim, não é o bastante. Em terras brasileiras se faz, na maioria das vezes, necessário recorrer a uma espécie de muleta hermenêutica, forma, dentre tantas, que assumem os embargos de declaração. Isso para não falar que, compreendida na desordenada funcionalidade dos embargos de declaração em seus variados e inconfessáveis propósitos, inclui-se a função de atuar como remendo, para, no dizer de Lenio Streck, “esquentar” decisões inadequadas²⁵, funcionando não somente como um tampão, mas também como um *fórceps* jurídico para extrair a fundamentação de uma decisão.

Ocorre que uma sentença omissa, contraditória ou obscura não é, por evidente, um ato ajustado ao comando prescrito no art. 93, IX, da Constituição, e se não o é, passa ao largo do dever constitucional, sendo assim, desde a sua concepção, nula.

A despeito do dever fundamental de justificar as decisões, previsto na CF/88 e na legislação infraconstitucional, não seria exagerado afirmar que, neste momento, enquanto o leitor corre os olhos por este texto, milhares de embargos de declaração (sobretudo em tempos de processo judicial eletrônico, que também pode ser denominado de nefelibata²⁶) estão sendo protocolados nas mais diferentes unidades judiciárias do país.

Pergunte-lhes e dez entre dez advogados irão dizer que os embargos declaratórios, pelas mais variadas razões que escapam à mais percuciente das imaginações, são uma espécie

²⁴ É bem verdade que em nenhum deles há a cominação de nulidade pelo descumprimento do dever de fundamentar. De modo contrário, e em conformidade com o que dispõe o artigo 93, IX, da CF/88, o projeto do novo CPC, assim dispõe, no art. 11: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões judiciais, sob pena de nulidade”.

²⁵ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.12.

²⁶ “Nefelibata” vem do grego e decorre da junção entre *nephele*, que significa *nuvem*, e *batha*, que significa *que anda* ou *que pode andar*. É nesse sentido que a expressão é usada no texto. No Brasil, ela ficou consagrada por qualificar escritores, em especial os poetas do Simbolismo, corrente literária surgida no século XIX na França e que tem em Charles Baudelaire o grande nome. O processo eletrônico ou virtual, ao eliminar o papel, rompeu com um paradigma de mais de 500 anos, tratando-se de um ícone da modernidade líquida (BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2003), dado que muda rapidamente, sobretudo de lugar, e se processa nas nuvens, daí o seu caráter *nefelibata*. Diferentemente do processo físico, não se movimenta entre um escaninho e outro, de uma estante para outra e nem circula sobre carrinhos pelos corredores dos fóruns. Seu *locus* é o *cyberespaço*. Isso tem lá suas vantagens: acelerar a tramitação processual e eliminar atos processuais dispensáveis ou meramente protocolares é uma delas, sem dizer que o advogado não precisa deslocar-se até o fórum para ajuizar uma ação e o juiz pode despachar diretamente de qualquer lugar, inclusive do lar, numa espécie de repriminção indesejável da confusão entre o público e o privado, com prejuízo para o privado. Há as desvantagens: o processo físico é mais seguro e, no virtual, o perigo reside naquilo que pode ser incluído, excluído, acessado e não acessado. Ademais, convive-se com inconsistências como um documento que não abre; outro que quando abre não se consegue ler ou uma fotografia que não se visualiza com nitidez. O meio ambiente pode até ganhar, mas a saúde humana perde, sobretudo a dos olhos, e há sempre o risco de que o ganho em quantidade pode resultar em perda de qualidade. Mas, no Brasil, parece não ter volta. Trata-se de uma das metas do CNJ. No âmbito Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, já foi implantado nas 24 regiões com Tribunais Regionais do Trabalho.

de redenção ou, numa expressão rasteira, um “salvador da pátria”. Não se trata, assim, de um instituto necessário, mas apenas útil aos que o manejam, dependendo, claro, do lado em que estejam atuando.

Pergunte-lhes e dez entre dez juízes²⁷ – que raramente admitem qualquer espécie de “aperfeiçoamento” em suas decisões – dirão que os embargos na grande maioria têm o caráter meramente protelatório. Verdade ou não, as estatísticas demonstram que 90% deles são rejeitados, mas como a rejeição nem sempre é explicitada, isso gera a produção em série de mais embargos.

Os embargos declaratórios não são uma invenção tupiniquim, pois têm raízes em Portugal. Foram os patrícios (nada há parecido no direito comparado) que o criaram e aqui com eles aportaram logo depois das primeiras caravelas. Adaptado ao clima tropical, o jeitinho brasileiro, para responder às vicissitudes conjunturais, cuidou, ao longo do tempo, de submetê-lo a um processo de mimetismo jurídico de tal ordem e escala que hoje, dificilmente, o criador reconheceria a criatura.

De fato, desde a sua introdução, passaram os embargos declaratórios por várias transformações e adaptações²⁸. No princípio, eles serviam à declaração de uma omissão, contradição, obscuridade e dúvida, com caráter meramente devolutivo e apenas suspensivo do prazo do recurso principal. Com o tempo, além de se prestarem a pré-questionamentos, ganharam a força de interromper a contagem do prazo para a interposição de outros recursos e adquiriram efeito suspensivo e infringente. Seu nome é, na grande maioria das vezes, invocado em vão para canalizar abusos e artimanhas, isso para dizer o menos. Tais manobras, ao que se sabe, são facilitadas pelo fato de que no Brasil é possível oferecer embargos de declaração contra qualquer tipo de decisão (sentença ou acórdão, interlocutória e até mesmo despacho de mero expediente, apesar da controvérsia em relação a este) e sem qualquer

²⁷ Sem prejuízo daqueles que apostam numa espécie de loteria e julgam assim ou assado, certos de que haverá sempre embargos de declaração que darão oportunidade para corrigir eventuais falhas decisórias.

²⁸ VIVEIROS, Estefânia. Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 191-207, jul./set. 2011, aponta pelo menos cinco espécies do instituto, além dos tradicionais (para corrigir omissão, contradição ou obscuridade): i) pré-questionadores; ii) com pedido de efeitos modificativos ou infringentes; iii) para corrigir erro de fato; iv) para discutir matéria de ordem pública; v) para corrigir erro material. Por sua vez, ALVIM, J. E. Carreira. Diversas faces dos embargos de declaração. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, v. 30, n. 130, p. 11-18, dez. 2005, acrescenta à lista os chamados embargos declaratórios inquisitórios, aquele em que o juiz é bombardeado por um verdadeiro questionário sobre pretensas violações da lei, ordinária ou constitucional, o que, segundo o autor, torna inviável o exercício da jurisdição, tamanho o número desses recursos, obstaculizadores da entrega da prestação jurisdicional. À lista se juntam, ainda: a) embargos para corrigir erro material tal como previsto no inciso III do artigo 499 do projeto do novo Código de Processo Civil; b) embargos para corrigir julgado em caso de mutação jurisprudencial, modalidade admitida no Superior Tribunal de Justiça, como notícia XAVIER, Bruno Gadelha. Jeitinho brasileiro e embargos de declaração: por uma análise sociológica do *traum* constitucional de respostas fundamentadas. *Panóptica*, Vitória, v. 8, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/298>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

limite, daí que se repetem, havendo registros que superam meia dúzia deles a partir de (ou contra) uma mesma decisão.

Não bastasse, há quem defenda o seu uso inclusive para combater uma contradição externa,²⁹ sem dizer da sua modalidade oral³⁰. Não muito tempo atrás, o *Conjur*³¹, conhecido portal da *web*, noticiou³² que, em determinado processo, uma advogada interpôs embargos de declaração para que o juiz corrigisse um erro de acentuação no nome de seu constituinte, numa decisão – é verdade – a ele favorável.

E não é só. Que dizer da interposição de embargos de declaração antes mesmo de concluída a formação da relação jurídica processual e contra um despacho de mero expediente ordenando a citação do réu? Nesse caso, o que motivou tal interposição foi a “necessidade” de o réu tomar conhecimento da modalidade de citação: a decisão teria sido omissa porque não indicou a forma, se por mandado, edital, hora certa etc.

Alguém poderá cogitar que esses relatos são insuficientes para demonstrar o estado (o caos) de natureza hermenêutico instalado quando a matéria são os embargos de declaração. Que tal então a criação, por via oblíqua, de mais uma modalidade de embargos? Não que se concorde com Crátilo³³, pois não se vislumbra no instituto qualquer tipo de essência, muito menos com Hermógenes³⁴, mas, de qualquer modo, e sem rigor, em termos de compromisso, atribui-se-lhe aqui uma denominação: embargos de declaração fungíveis ou de fungibilidade. Na verdade, a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos aos embargos de

²⁹ MILLER, Cristiano Simão. A contradição externa como vício capaz de ensejar os embargos de declaração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20793/a-contradicao-externa-como-vicio-capaz-de-ensejar-a-oposicao-de-embargos-de-declaracao>>. Acesso em: 28 dez. 2012. Nesse artigo, o autor defende o manejo do instituto para eliminar contradição entre dois acórdãos de uma mesma turma de um mesmo tribunal que julgando, em grau de recurso ou a título de competência originária, duas ações identificadas entre si por uma mesma situação fático-jurídica produziu resultados diametralmente opostos (um provê o apelo e o outro lhe nega provimento). A prevalecer esse entendimento, estará aberta a porta para invocar a admissibilidade de embargos de declaração entre acórdãos prolatados por turmas diferentes, quiçá entre tribunais diferentes! No limite, a julgar pela pretensão do articulista, presa às teias do senso comum teórico representado pelo mito de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento das decisões judiciais, é como se ao instituto fosse conferido mais duas funções (substitutivas): i) antecipar o incidente de uniformização da jurisprudência nos tribunais; ii) fazer às vezes de recurso de natureza extraordinária para uniformizar a interpretação de dispositivo de lei federal ou da própria Constituição.

³⁰ Conforme descrito na nota de rodapé n. 9, retro.

³¹ Consultor Jurídico, revista eletrônica disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>.

³² CANÁRIO, Pedro. Mínimos detalhes: advogada recorre de decisão para corrigir acentuação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-17/advogada-recorre-decisao-favoravel-corriger-erro-acentuacao>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

³³ Crátilo, filósofo e discípulo de Heráclito, é um personagem do diálogo homônimo de Platão, escrito no século V a.C., de que são também personagens o sofista Hermógenes e Sócrates. Essa obra é considerada o primeiro texto sobre filosofia da linguagem de que se tem conhecimento, sendo o diálogo polarizado por Crátilo e Hermógenes, tendo Sócrates como mediador. Crátilo defende a ideia de que as coisas, por natureza ou essência, têm um nome verdadeiro, ao passo que Hermógenes sustenta que tudo não passa de convenção.

³⁴ Ver nota acima.

declaração é defendida por Melissa Silva Pinto³⁵ em monografia disponível na internet. Com efeito, a articulista postula aberta e darwinianamente a criação de mais uma espécie de embargos de declaração, a que “cratilonicamente” se denominou embargos de declaração fungíveis ou de fungibilidade, acrescentando mais um no já extenso rol. A justificativa para isso é deveras singela, pra não dizer descompromissada: “considerando que os embargos são recurso, diante de regra expressa no art. 496, IV, do CPC, não se deve pré-excluir a aplicação da fungibilidade³⁶ recursal a ele”³⁷.

E não para aí. Na contramão da história, há também quem sustente, ao argumento de uniformização, que a suspensão do prazo para a interposição dos demais recursos por ocasião do oferecimento dos embargos de declaração nos juizados especiais seja transformada em interrupção. Nem se atenta para o fato de que foi justamente depois da introdução na ordem jurídica da interrupção do prazo para os demais recursos que os embargos mostraram a verdadeira face e uma capacidade de mutação no mesmo ritmo das artimanhas urdidas, revelando-se um verdadeiro exemplar do famoso jeitinho, uma invenção das terras brasileiras.

Por fim, reflexo do fenômeno cunhado por Lenio Streck de “baixa constitucionalidade”, o projeto de lei do novo CPC, ao invés de propor-lhes a simples extinção, amplia as hipóteses de cabimento, incorporando modalidades até então reconhecidas somente pela jurisprudência, a exemplo dos embargos declaratórios pré-questionadores e os de efeitos infringentes, deixando ainda a porta aberta a sua repetição *ad infinitum*, ressalvada a hipótese de os anteriores terem sido considerados protelatórios, caso em que fica vedada a renovação.

A propósito da ideia de extinção dos embargos de declaração, registre-se que tramitou um projeto de lei nesse sentido (PLS nº 138/2004), que foi arquivado ao final da legislatura de 2010. É o que se constata da leitura de sua situação na data de 07.01.2011, no *site* do Senado Federal³⁸, não sendo de estranhar que tenha sido arquivado e que isto tenha ocorrido na mesma legislatura em que foi encaminhado ao mesmo Senado o anteprojeto de lei do novo CPC, convertido no PLS 166/2010, ali aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados,

³⁵ PINTO, Melissa Silva. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal nos embargos de declaração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1642, 30 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10798/aplicacao-do-principio-da-fungibilidade-recursal-nos-embargos-de-declaracao/5>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

³⁶ Tudo indica que a ansiedade da articulista produziu eco, a julgar pelo que dispõe o § 2º do art. 1.037 do projeto de lei do novo Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte: “O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.034, § 1º”.

³⁷ PINTO, op. cit. Acesso em: 31 jan. 2013.

³⁸ Portal Atividades Legislativas: projetos e matérias legislativas. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=67713>. Acesso em: 31 jan. 2013.

onde, tramitando com o nº 8046/2010, recentemente foi votado, aprovado e encaminhado de volta ao Senado, em razão das alterações sofridas. Incompatível com o projeto do novo CPC, o antigo projeto (PLS nº 138/2004) por ele foi atropelado, eis que este, como é de conhecimento geral, mantém, com algumas mudanças pontuais, os embargos de declaração.

Todavia, ainda que a matéria não tivesse sido arquivada, o propósito para o qual foi concebida ficou a meio caminho. A rigor, o que propunha o referido PL era simplesmente um rearranjo: mudar apenas o nome, permanecendo inalterada a existência de um “mecanismo de correção de sentenças”, pois sairiam de cena os embargos de declaração e entraria em seu lugar o “pedido de correção”. Ou seja: mais uma maneira de olhar o novo com os olhos do velho, para usar uma expressão bem a gosto de Streck, eis que, como lembra Cristina Reindolff da Motta³⁹, ainda que a proposição falasse em extinção dos embargos declaratórios, reconhecia como legítima a possibilidade de “pedido de correção”, com as mesmas características dos embargos (o mesmo do mesmo). O Projeto recebeu emendas na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) e gerou um substitutivo, de iniciativa do governo federal, que excluía os embargos de declaração do rol dos recursos previstos no art. 496 do CPC e dava nova redação ao inciso II do art. 463 para, no lugar deles, estabelecer o “pedido de correção”, de sorte que, publicada a sentença, o juiz só poderia alterá-la por esse meio. Acrescentavam-se ainda os artigos 463-A, 463-B e 463-C⁴⁰.

O artigo 463-A tratava das hipóteses de admissibilidade do pedido de correção, a rigor, idênticos à configuração atual, e contemplava dois parágrafos. No primeiro, vedava expressamente o pedido de reforma da decisão quanto ao mérito ou ao reexame de questões jurídicas já decididas. No segundo, estabelecia que a mesma parte não poderia apresentar um segundo pedido de correção, sem prejuízo de a matéria ser renovada como preliminar no recurso que viesse a interpor⁴¹.

No artigo 463-B, a novidade era a previsão expressa do contraditório nos casos de alegação de contradição ou omissão. Por sua vez, o artigo 463-C mantinha o efeito de interromper o prazo para o manejo de outros recursos por quaisquer das partes e em seu parágrafo único estabelecia uma multa de no máximo 5% sobre o valor causa. Enfim, o mais do mesmo⁴².

³⁹ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

⁴⁰ Ver a íntegra do PL nº 138/2004 no site acima indicado.

⁴¹ Essa, pelo menos, seria uma solução que amenizaria os efeitos do caos instalado.

⁴² Veja-se, nesse sentido, que a multa, na proposta do extinto PLS 138/2004, era mais rigorosa que a do atual Projeto, que limita em 2% a multa para o caso de os embargos serem considerados protelatórios. É o que se pode extrair da leitura do § 2º do artigo 1.038 do CPC projetado.

Registre-se, contudo, pelo menos, dois avanços decorrentes da frustrada tentativa: i) a expressa vedação da apresentação de um segundo pedido de correção, que fechava as portas para outros pedidos, a perder de vista (artigo 463-A, § 2º); ii) a resolução, de vez, da controvérsia que tanto aflige a doutrina, pois não mais se falaria em recurso, mas em incidente, a julgar pelo *caput* do artigo 463-A.

Comentando a proposta de supressão dos embargos de declaração, Luiz Fux, até então ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), atribui ao efeito interruptivo o aumento substancial de interposição do recurso em vitrina, acrescentando que a contrapartida à franquia, sob a forma de sanção para o caso de serem considerados protelatórios, não produziu os resultados esperados, pois não inibiu o abuso. Para ele, ao propor a eliminação dos embargos, conferindo-lhes apenas o tratamento de pedido de declaração ou de correção, utilizável uma única vez, vislumbrava-se a solução dos problemas práticos, dado que por essa fórmula, se eliminariam as abusivas reiterações, as multas e a sucumbência recursal, assegurando-se, ainda, à parte interessada, o direito, entendendo que a decisão não foi aclarada com o pedido de correção, de renovar a matéria, apontando o erro *improcedendo*, por ocasião do manejo do recurso principal⁴³.

Como, porém, já foi asseverado, o PLS do novo CPC passou o rolo compressor por cima do PLS 138/2004. De fato, o projeto, aprovado em definitivo na Câmara dos Deputados e encaminhado ao Senado Federal, embora contenha alguns avanços⁴⁴, continua, a rigor, ignorando a presença, na Constituição Federal, do artigo 93, IX.

Com efeito, pela atual proposta, os embargos de declaração são regulados nos artigos 1.035 a 1.039⁴⁵ do CPC. O artigo 1.035, a par de estabelecer que cabem embargos de

⁴³ FUX, Luiz. *A Reforma do Processo Civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006. p. 230-231.

⁴⁴ Nesse sentido, o § 1º do artigo 499 do CPC projetado que, acredita-se, em caráter meramente exemplificativo, elenca as hipóteses em que uma decisão judicial será considerada desfundamentada.

⁴⁵ Na versão anterior, antes das emendas aglutinativas, a matéria estava disciplinada entre os artigos 976 e 980. Eis a atual proposta aprovada na Câmara Federal: “Art. 1.035. 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 órgão jurisdicional 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. 499, § 1º. Art. 1.036. Os embargos serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao órgão jurisdicional, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo. § 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229 deste Código. § 2º O órgão jurisdicional intimará o embargado para, querendo, manifestar-se sobre os embargos opostos no prazo de cinco dias caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada. Art. 1.037. O juiz julgará os embargos em cinco dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto. Não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente. § 1º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidirá monocraticamente. § 2º O órgão julgador conhecerá dos embargos de

declaração contra qualquer decisão judicial, elenca as hipóteses disso ensejadoras, somando-se à já tradicional lista (omissão, obscuridade e contradição) a correção de erro material, como dispõe o inciso III. A possibilidade de embargos declaratórios com efeitos modificativos, tal como vinha entendendo a jurisprudência consolidada, está contemplada no § 3º do art. 1.037, mantendo-se a obrigatoriedade do contraditório, agora estendido para as demais modalidades, à vista do que dispõe o § 2º do art. 1.036.

Outra novidade reside na preocupação do legislador por definir o que é uma decisão judicial omissa, objeto do parágrafo único e seus dois incisos, do artigo 1.035. Neste particular, é alvissareiro o fato de que a proposta legislativa reconhece a necessidade de se levar a sério o dever de fundamentar as decisões judiciais, como se depreende da leitura conjunta do parágrafo único, inciso II do artigo 1.035, com o § 1º, incisos I a VI, do artigo 499.

O inciso II do artigo 1.035 diz que também se considera omissa a decisão que incorra em qualquer das condutas descritas no § 1º do artigo 499 que, por sua vez, relaciona, quase que cirurgicamente⁴⁶, ainda que de forma enumerativa, as hipóteses em que uma decisão judicial, qualquer que seja ela, se considera como não fundamentada, o que revela um breve

declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.034, § 1º. § 3º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de quinze dias, contados da intimação da decisão dos embargos de declaração. § 4º Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte, antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração, será processado e julgado independentemente de ratificação. Art. 1.038. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade. Art. 1.039. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso, ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação. § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção do beneficiário de gratuidade da justiça e da Fazenda Pública, que a recolherão ao final. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

⁴⁶ Art. 499, § 1º: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – 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; VI – 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”.

cortejar com o que estabelece o artigo 93, IX, da Constituição. Diz-se que a proposta é auspiciosa porque esse movimento de aproximação da dogmática jurídica com a Constituição Federal não deixa de ser uma novidade⁴⁷.

Entretanto, o mesmo não se pode afirmar da solução proposta nos casos concretos de decisões desfundamentadas, dado que não é por meio de embargos declaratórios que se as corrige, eis que a resposta encontra-se no próprio dispositivo constitucional mencionado: trata-se de uma decisão nula, desde sua concepção. Louvar esse comando é o que importa e não incentivar ainda mais o uso dos embargos de declaração.

Agregue-se ainda que uma leitura atenta dos dispositivos em referência conduz às seguintes conclusões: a) não obstante o breve aceno referido há uma incompatibilidade com a Constituição Federal flagrantemente perceptível à luz do que dispõe o artigo 93, IX, que consagra o direito fundamental à fundamentação de dupla face: é direito, pois as partes o têm de obter do juiz uma decisão adequadamente fundamentada; e é dever, pois é obrigação do juiz fundamentar/justificar suas decisões; b) ocorre uma incompatibilidade de ordem interna em relação ao próprio projeto, à medida que, a par de insistir na presença dos embargos de declaração na ordem jurídica (artigos 1035 a 1039), o artigo 11⁴⁸ reproduz o teor do art. 93, IX, da CF, que consagra o dever de fundamentar as decisões judiciais; c) verifica-se uma incorporação do criacionismo judicial, ao se admitir expressamente que contra qualquer decisão judicial cabem embargos, sem dizer da recepção das modalidades para corrigir erro material e conferir efeitos modificativos; d) resolve-se, de certo modo, a problemática do prequestionamento, o que alivia a tensão, já que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração não sejam admitidos ou sejam rejeitados, caso o tribunal superior entenda existentes omissão, erro, contradição ou obscuridade; e) veda-se, na forma como dispõe o § 4 do artigo 1.039⁴⁹, a repetição de novos embargos se os dois últimos forem tidos como protelatórios; f) embora o § 3º do mesmo artigo proponha uma cominação mais dura ao elevar para dez por cento sobre o valor atualizado da causa a multa em caso de reiteração de embargos considerados protelatórios, percebe-se que a proposta do § 2º, também do art. 1039,

⁴⁷ De fato, a proposta de, a partir de critérios objetivos, detalhar e especificar as exigências, por exclusão, de uma decisão judicial fundamentada, tal como ocorre com a atual redação do art. 499, § 1º do Projeto do novo CPC, sinaliza a preocupação de evitar qualquer tentativa tentadora de se praticar discricionariedades e arbitrariedades judiciais, principais características do positivismo normativista e reveladoras de posturas ainda presas ao paradigma da filosofia da consciência, no qual o intérprete judicial é o senhor de todos os sentidos.

⁴⁸ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

⁴⁹ Na redação da proposta originária do Senado, constante do § 5º do então artigo 980, falava-se apenas que não seriam admitidos novos embargos “se os anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

é mais generosa que a anterior na situação de manejo pela primeira vez de embargos de declaração protelatórios, dado que reduz a multa de 5% para percentual não excedente a 2% incidente sobre o valor da causa⁵⁰.

Nas ciências médicas e biológicas, quando determinado organismo está funcionando de forma regular, diz-se que fisiologicamente não apresenta nenhuma disfunção. Quando, ao contrário, ocorrem modificações estruturais e funcionais, a esse fenômeno se dá o nome de patologia.

É o que ocorre com os embargos de declaração. Quando se pensa na lei do menor esforço, no empurrãozinho ou na esperteza, o primeiro nome que vem à lembrança é, certamente, o dos embargos de declaração, uma disfunção que presta grande desserviço ao direito. Talvez seja por força da dificuldade de se livrar dessa índole relacionada com a esperteza, a manha e a indolência que o PLS que extinguiu os embargos malogrou, embora sua proposta representasse nada mais do que uma troca de um instituto por outro sem maiores resultados. Por essa mesma razão, talvez se explique a aposta do novo CPC na manutenção da presença dos embargos declaratórios.

Dizer então que eles se prestam ao aperfeiçoamento do julgado não passa de uma falácia velada e, no mais das vezes, deslavada, o que faz do instituto não somente o principal representante do *estado de natureza hermenêutico*, de que tanto fala Lenio Streck, mas também, dada a sua capacidade de se metamorfosear, seja o mais evidente sintoma, o agente propagador e a própria patologia do sistema jurídico nacional. Assim, medidas paliativas como as propostas de reformas da legislação processual não vão resolver o problema. A adoção de critérios mais rígidos para por freios no uso desvirtuado⁵¹ não é garantia de que sejam produzidos os efeitos esperados, porque sempre haverá a possibilidade de uma adaptação darwiniana destinada à preservação do uso do jeitinho em matéria de embargos de declaração.

Não basta, pois, aliviar os sintomas do mal. É necessário eliminá-lo pela raiz. E isso passa por uma verdadeira mudança de mentalidade, o que, convenhamos, não é fácil. No entanto, um bom início seria começar a exigir-se do juiz o estrito e rigoroso cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, o que, se efetivamente ocorresse, conduziria os embargos de declaração ao esquecimento. Enquanto isso não ocorre, todas as disfunções mencionadas fazem com que os embargos de declaração sejam uma espécie de

⁵⁰ A redação anterior, consoante a proposta encaminhada pelo Senado e constante do § 4º do artigo 980 era a seguinte: “§ 4º Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a cinco por cento sobre o valor da causa”.

⁵¹ Essa parece ser a proposta do atual projeto do CPC.

macunaíma do sistema processual brasileiro, ou seja, um herói sem nenhum caráter (na verdade, sem caráter definido) que serve aos mais diferentes propósitos, do simples ócio criativo à mais refinada chicana.

Estefânia Viveiros⁵², que considera o instituto imprescindível e com reconhecida função no cotidiano forense, tece loas às propostas de mudança nos embargos de declaração previstas no projeto de lei do novo CPC, defendendo a ideia de que é por meio deles, com sua finalidade múltipla, que se pode alcançar a correção de eventuais erros do juiz no momento de prolatar a decisão, equívocos muitas vezes provocados por acúmulo de trabalho. Não deveria ser justamente o contrário? O mal não deveria ser combatido na origem, exigindo-se do juiz a plena maximização da diretriz constitucional prevista no artigo 93, IX, com a entrega da decisão judicial devidamente fundamentada e livre de omissão, obscuridade ou contradição?

A tese aqui defendida é, ao contrário, da prescindibilidade dos embargos de declaração. A ideia é que já é chegada a hora de se decretar a sua extinção, em razão, dentre outras tantas, da imperiosa necessidade de: i) exigir do juiz rigor no cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões em atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da Lei Fundamental; ii) reconhecer-se que, correlato ao dever fundamental, há o correspondente direito fundamental a uma decisão judicial ajustada à Constituição Federal; iii) estabelecer-se que à luz do que dispõe o artigo. 93, IX, o instituto sequer foi recebido pela Constituição Federal de 1988⁵³; iv) sustentar-se que o efetivo cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões judiciais é condição de possibilidade que leva à extinção dos embargos de declaração; v) defender-se o entendimento de que os embargos de declaração, à vista da praxe forense, não contribuem para o “aperfeiçoamento” das decisões judiciais, porque, para tanto, o órgão julgador deve tão somente cumprir a ordem contida na Constituição, sendo, ao reverso, um desserviço ao direito, por serem disfuncionais e se revestirem de um caráter ambíguo e duvidoso que agrava os sintomas de baixa constitucionalidade, que requerem combate.

Luis Alberto Warat, ao tratar das *Verdades Malandras*⁵⁴, conta que certa feita, “enganando o tédio” e no mesmo bar⁵⁵ em que Vinícius de Moraes cobriu com seu machismo

⁵² VIVEIROS, Estefânia. Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 191-207, jul./set. 2011, p. 192.

⁵³ Com efeito, até então nenhuma Constituição tratou do assunto no sentido de um *dever* do juiz e com a cominação correspondente em caso de descumprimento. Essa simples constatação já seria suficiente para dizer que toda legislação infraconstitucional anterior à CF/88 que dispõe sobre os embargos de declaração é tecnicamente inconstitucional, no sentido de que não foi recepcionada pela ordem constitucional em vigor, dada a sua absoluta incompatibilidade, pressupondo-se assim como revogada de plano.

⁵⁴ WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul-RS: Edunisc, 2000. p. 126-179.

⁵⁵ O estabelecimento a que se refere se trata, evidentemente, do tradicional Bar *Garota de Ipanema*, que leva o mesmo nome da famosa composição de Antônio Carlos Jobim Brasileiro e Vinícius de Moraes.

o corpo da mulher carioca, um amigo lhe apresentou Bakhtin⁵⁶. Nessa conversa, cujas circunstâncias não lembra com inteireza, ele lhe falava de Macunaíma com uma obsessão de quem faz uma dissertação de mestrado. Diz Warat que foi “em meio de tanta malandragem” que se inteirou “de que o romance de Mário de Andrade é o melhor exemplo brasileiro e que Bakhtin, levantando problemas da poética de Dostoiévski, havia encontrado no imaginário do carnaval um excitante paradigma para a análise literária”⁵⁷.

O antropólogo maranhense-amazonense Manuel Nunes Pereira reproduz, naquela que é considerada a sua principal obra⁵⁸ uma lenda indígena chamada *Mito de Macunaíma, o desobediente*⁵⁹, segundo a qual Macunaíma ainda criança foi advertido pelos irmãos para que nunca olhasse o sexo de uma mulher que, por ser horrível e perigoso, dele deveria fugir. Desobediente e teimoso, isso lhe aguçou a curiosidade. Saiu então andando pelos matos e encontrou uma árvore muito alta, da qual pendia o objeto de seu desejo. Para poder espiar de perto, teria que escalá-la, e se transformou num macaco-prego, sem conseguir atingir o objetivo. Sucessivamente, tornou-se, sem êxito, quati, cobra, lagartixa. Somente quando virou formiga é que alcançou o intento. Contudo, no momento em que se aproximou, foi descoberto e, rapidamente, engolido pela árvore. Dias depois, dando pela falta de Macunaíma, os irmãos saíram a procurá-lo e, ao passarem pela árvore, perceberam-na gorda e viçosa. Desconfiados, puseram-na abaixo, abriram-na e acharam o corpo de Macunaíma, sobre o qual sopraram e ele, então, acordou rindo, rindo, rindo.

A referência à lenda indígena reproduzida por Manuel Nunes Pereira tem o objetivo de lembrar a necessidade de desconstruir o mito de que os embargos de declaração se prestam ao “aperfeiçoamento das decisões judiciais”. Decida o juiz de forma fundamentada, ou seja, de forma participada⁶⁰ e adequada à Constituição Federal e a razão de ser dos embargos de declaração deixará de existir, se é que existe. Mas, enquanto isso não ocorre, infelizmente, como lembra Lenio Streck, passados mais de 25 anos e em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro ontológico-linguístico, do constitucionalismo contemporâneo e do processo jurisdicional democrático, a ordem jurídica brasileira ainda se vê obrigada a conviver com esse instituto, um insigne representante da malandragem jurídica nacional.

Com efeito, os embargos de declaração incorporam o mito e o espírito de Macunaíma, o manhoso desobediente. Não há negar (relembre-se que se trata de uma metáfora) que os

⁵⁶ Mikhail Mikhailovich Bakhtin, filósofo e pensador russo.

⁵⁷ WARAT, Luís Alberto. *A Ciência Jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul-RS: Edunisc, 2000. p. 126.

⁵⁸ PEREIRA, Manuel Nunes. *Moronguetá: um Decameron indígena*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 73.

⁶⁰ O sentido dessa expressão será tratado no subitem 4.4.

embargos de declaração guardam semelhanças muito próximas com o herói sem nenhum caráter. Nesse sentido, da mesma forma que na lenda indígena narrada, os embargos de declaração, a julgar pela sua origem, têm uma enorme capacidade de transformação⁶¹, de sorte alcançar seus intentos, nem sempre nobres. Assim como Macunaíma tem fôlego de sete ou mais vidas, assim os embargos.

Só para lembrar de novo: já se pensou na sua extinção. Foi elaborado, inclusive, um projeto de lei com esse objetivo. Imaginou-se que, enfim, seria o seu fim. Não foi. Ficou o projeto adormecido durante anos, mais precisamente entre 2004 e 2010, quando ocorreu algo parecido com a lenda indígena. Surgiu um novo projeto de lei que, ao invés de expungir-los, deu-lhes um novo sopro de vida, fazendo que acordassem fortalecidos, mais vivos do que nunca, porque agora iriam ganhar maior robustez pela incorporação de formas até então consideradas espúrias.

São assim mesmo os embargos de declaração, que nem o herói modernista de Mário de Andrade, sempre recompensados pelas suas travessuras, sempre dando um jeitinho. Como disse Ênio Silveira⁶², na apresentação do *Brasil para principiantes*⁶³, de Peter Kellemen, em terras brasileiras, também conhecidas como o país do Carnaval, “um misto de ‘malemolência’, de cinismo, de sabedoria de vida e de malandra esperteza, nos ensina desde pequenos, a fórmula secreta para se ‘quebrar o galho’, para ‘dar um jeitinho’ ”⁶⁴.

Por que deste lado ocidental se insiste tanto nos embargos de declaração? Vinte e cinco anos de Constituição de 1988 não foram suficientes para extirpá-los. As discussões sobre o novo CPC, também não tiveram força. Seria isso um reflexo ainda da falta (ou da eterna busca) de um significante nacional?⁶⁵

⁶¹ De lembrar que aqui se listaram pelo menos seis modalidades de embargos de declaração além dos previstos na legislação original.

⁶² Célebre e combativo editor brasileiro que esteve à frente da hoje extinta editora Civilização Brasileira em plena ditadura militar, à qual resistiu bravamente, não obstante a constante perseguição, censura e proibição de publicações.

⁶³ KELLEMAN, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

⁶⁴ SILVEIRA, Ênio. Apresentação. In: KELLEMAN, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

⁶⁵ Contardo Calligaris, nos anos de 1990, escreveu um livro chamado *Hello Brasil!* : notas de um psicanalista europeu viajando no Brasil (São Paulo: Escuta, 1991) em que conta que o país e os brasileiros sempre se ressentiram da ausência de um significante nacional. Segundo ele, os sintomas dessa carência retroagem à data do descobrimento do país e podem ser identificados a partir da denominação que lhe foi dada. Diz ele: “Impressiona-me mais ainda o próprio significante ‘Brasil’. Que extraordinária herança do colonizador para o colono este significante nacional, que eu saiba o único que não designa nem uma longínqua origem étnica, nem um lugar, mas um produto de exploração, o primeiro e completamente esgotado”. No mesmo livro, diz ainda que se encontrou no antropofagismo a solução para trabalhar as dificuldades aparentes do significante nacional.

Talvez a aposta (equivocada) da dogmática jurídica na permanência dos embargos de declaração seja mesmo um reflexo da eterna necessidade de criação de uma identidade nacional, de um significante⁶⁶. Enquanto isso persistir, continuar-se-á a ver (mal compreender) o artigo 93, IX, da CF/88, encoberto, como quem olha algo por um vidro jateado. Sabe-se que existe e está à frente, mas não se consegue captá-lo em sua completa dimensão. Sobressai-se-lhe, apenas, a silhueta: seus contornos (definidos) estão envoltos numa bruma, como na sensação de quem está na antessala do *acontecer*. Um rito de passagem. Um mediador entre a decisão e o dever de fundamentá-la. Precisa-se disso? É necessário mesmo pagar um pedágio para que a decisão judicial seja fundamentada?

Enquanto for assim, os embargos de declaração continuarão funcionando como um estorvo ao acontecer constitucional da maximização do artigo 93, IX, pois são o véu que encobrem esse acontecer do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais. É preciso, pois, desvelá-lo. Para isso, é necessário devorar (no sentido literal mesmo e não no melhor sentido oswaldiano) o mito de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento das decisões judiciais.

2.2 O mito das raças tristes, a cordialidade e a malandragem (jurídica): aportes teóricos

No subitem 2.1, quando se refletiu acerca dos embargos de declaração e da aposta da dogmática jurídica em sua manutenção, falou-se que essa insistência talvez refletisse a eterna busca de uma identidade nacional, de um significante. Pretende-se, aqui, retomar essa temática de forma mais reflexiva.

É que não é possível, como se perceberá neste subitem, estabelecer uma vinculação direta entre embargos de declaração e malandragem (aqueles um reflexo, na cultura jurídica, de um subproduto, o jeitinho, desta), sem que, previamente, se incursione por um longo caminho, em busca das primeiras causas que contribuíram para a formação do caráter nacional e o modo de navegação social brasileiro nos domínios da vida, inclusive no direito. Dizendo de outro modo, não há como se compreender o caráter danoso dos embargos de declaração para a autonomia, a coerência e a integridade do direito e sua ligação com o jeitinho na cultura jurídica sem antes investigar a causa remota, o que está por trás dessa

⁶⁶ Em verdade, esse é apenas um dos lados do problema, aquele que se encontra no primeiro nível. No fundo, essa aposta pode (e deve) ser creditada, como se verá no subitem 3.2., do capítulo 2, ao fato de que a dogmática jurídica, sempre refém de um sentido comum teórico e acrítico, ainda se encontra presa aos paradigmas das metafísicas clássica e moderna, sobretudo deste último, que tem na subjetividade sua maior característica.

maneira peculiar de realizar não realizando, de fazer de conta, de equilibrar-se entre o pessoal e o impessoal, de esgueirar-se entre as entrelinhas. Daí a necessidade de se revisitar adiante as várias tentativas teóricas de pensar o Brasil e compreender a formação de seu caráter nacional, o que se fará a partir da relembração do mito das raças tristes ou da fábula das três raças que, na opinião de Roberto da Matta, “se constitui na mais poderosa força cultural do Brasil, permitindo pensar o país, integrar idealmente sua sociedade e individualizar sua cultura”⁶⁷.

O tema é antigo e recorrente. Não obstante, objetiva-se, nesta quadra, demonstrar que quando a ideia é pensar o Brasil, no sentido de buscar uma identidade própria, essa tarefa passa necessariamente pela leitura, sempre recidiva e circular, do papel formador, na construção do *ethos* nacional, das raças negra, branca e amarela. Pressuposto também necessário é reconhecer e incorporar o sentimento de que a mestiçagem, fruto desse caldeirão de raças, é um elemento da história brasileira ao qual se vincula diretamente a ideia de identidade nacional e se constitui ela mesma, não seria temerário afirmar, na tão perseguida singularidade que distingue o Brasil das demais nações.

Objetiva-se também demonstrar que, como manifestação social, cultural, psicológica e biológica a mestiçagem, representação do encontro de raças não segregadas, no sentido de uma ao lado da(s) outra(s) e com a(s) outra(s), fenômeno tipicamente brasileiro e sem similar, se revelou como o domínio no qual se fermentou um peculiar modo de navegação social que atende pelo nome de malandragem (jurídica, para os fins desta pesquisa), dando origem, ainda, a um de seus principais subprodutos, o jeitinho. Para esse fim, o propósito inicial é confrontar duas obras representativas da matéria, mas movidas por ânimos relativamente distintos, *Retratos do Brasil*, de Paulo Prado, e *Macunaíma*, de Mário de Andrade, completando-se a análise comparativa com o estudo de outros teóricos.

“Numa terra radiosa vive um povo triste”. É a partir dessa resignada afirmação que Paulo Prado⁶⁸ descreve o Brasil e seu povo, como quem pinta um quadro. Segundo Dante Moreira Leite⁶⁹, *Retratos do Brasil* é a primeira interpretação rigorosamente psicológica de nossa história e do caráter nacional do brasileiro.

A melancolia de que fala Paulo Prado logo no início de seu retrato da *terrae brasilis* foi um legado de seus descobridores, também responsáveis pela sua revelação ao mundo. A tristeza, por sua vez, seria o resultado da mistura de duas outras cores: a luxúria e a cobiça,

⁶⁷ MATTA, Roberto da. *Relativizando: uma antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 77.

⁶⁸ PRADO, Paulo. *Retratos do Brasil*: ensaio sobre a tristeza brasileira. São Paulo: eBookLibris/eBooksBrasil, 2008. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pauloprado.html>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

⁶⁹ LEITE, Dante Moreira. *O caráter nacional brasileiro: história de uma ideologia*, 4. ed. São Paulo: Livraria Pioneira, 1983. p. 289.

duas obsessões que se impuseram com o descobrimento e nunca geraram alegria. Para Prado, a história do Brasil é um pouco o desenvolvimento desordenado desses dois sentimentos, implacáveis no ato de subjugar o corpo e o espírito de suas vítimas, porque “na luta entres esses apetites – sem outro ideal, nem religioso, nem estético, sem nenhuma preocupação política, intelectual ou artística – criava-se pelo decurso dos séculos uma raça triste”⁷⁰.

Certamente que a luxúria ou a sensualidade livre foi o elemento que mais contribuiu para a construção do mito das três raças. A mestiçagem, que muitos teóricos ainda responsabilizam pela inexistência de uma raça definida, é o resultado do cruzamento desse triângulo racial. O clima tropical, o homem branco livre e solto no paraíso e as sensualidades indígena e negra estimularam e multiplicaram as uniões carnavais e a degeneração. “Do contato dessa sensualidade com o desregramento e a dissolução do conquistador europeu surgiram as nossas primitivas populações mestiças. Terra de todos os vícios e de todos os crimes,” anota Paulo Prado⁷¹.

Para a frustração de alguns profetas, essa mistura de raças, considerada insana, ultrapassou as previsões catastróficas e sobreviveu. De fato, como registra Roberto da Matta, em função da mestiçagem houve até quem chegou a datar (nada mais do que 200 anos) a sobrevida do povo brasileiro, que não passaria de um aglomerado patológico e desordenado de raças misturadas ao sabor de uma natureza exuberante e de um clima tropical, fadadas à degeneração e à morte, sob qualquer viés. Da Matta se refere especificamente ao conde Arthur de Gobineau, um dos mais famosos defensores do preconceito racial, autor do sugestivo livro *A diversidade moral e intelectual das raças*, publicado em 1856⁷².

Da Matta relembra que as teorias racistas europeias e norte-americanas não se voltavam exatamente contra o negro ou o índio, considerados inferiores ao branco, que não era superior em tudo, eis que também tinha defeitos. O alvo dessas doutrinas, contra o qual declaravam guerra, era a mistura ou a miscigenação de raças.

Segundo Da Matta, Gobineau não estava só em seu horror ao mulatismo e ao contato íntimo entres os tipos humanos. O problema não residiria na existência de raças diferentes, desde que cada qual se limitasse ao chão em que pisava e não se misturasse com outra. Em outro modo de dizer: era o conde terminantemente contrário ao contato social íntimo entre as raças.

⁷⁰ PRADO, Paulo. *Retratos do Brasil: ensaio sobre a tristeza brasileira*. São Paulo: eBookLibris/eBooksBrasil, 2008. p. 85. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pauloprado.html>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

⁷¹ *Ibid.*, p. 27.

⁷² MATTA, Roberto Da. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

E é precisamente isso, conforme sabe (mas não expressa) todo racista, que implica a ideia de miscigenação, já que ela importa contato (e contato íntimo, posto que sexual) entre pessoas que, na teoria racista, são vistas e classificadas como pertencendo a espécies diferentes. Daí a palavra “mulato”, que vem de *mulo*, o animal ambíguo e híbrido por excelência; aquele que é incapaz de reproduzir-se enquanto tal, pois é o resultado de um cruzamento entre tipos genéticos altamente diferenciados⁷³. (Grifo do autor).

De acordo com Da Matta, Louis Agassiz, um notório racista, compartilhava do mesmo temor pela mistura e apontava a miscigenação como a principal causa da degeneração das raças humanas. Em sua passagem pelo Brasil, vislumbrou um futuro terrível para o país e o apontou como o maior exemplo de deterioração decorrente do amálgama entre raças a ponto de apagar rapidamente as melhores qualidades do branco, do negro e do índio, deixando, no seu lugar, um tipo indefinido, híbrido e deficiente física e mentalmente. Lembra, contudo, que certamente o célebre zoólogo de Harvard não descobriu “o valor positivo do *mulatismo* e, sobretudo a capacidade brasileira de recuperar e trabalhar o ambíguo como dado positivo, na glorificação da *mulata* e do *mestiço* como sendo, no fundo, uma síntese perfeita do melhor que pode existir no negro, no branco e no índio”⁷⁴. (Grifo do autor).

Mário de Andrade, ao contrário de Paulo Prado, para quem tudo era resignação, melancolia e, de certa forma, frustração diante de um destino traçado de forma diferente ao construído pelos irmãos do Norte, do outro lado da costa atlântica, fez diferente ao publicar *Macunaíma, o herói sem nenhum caráter*, uma das obras mais representativas do movimento literário denominado Modernismo e exemplo emblemático da antropofagia oswaldiana. Dedicado ao próprio Paulo Prado, o livro saiu em 1928, mesmo ano da edição de *Retratos do Brasil*.

Quando se diz que o gênio da Pauliceia fez diferente, pretende-se destacar o fato de que, retomando a questão do mito das raças tristes, Mário de Andrade, sem culpa ou pecado, assumidamente exalta a mestiçagem e a alegria, conclusão que se extrai da leitura do primeiro parágrafo de sua famosa rapsódia: “*No fundo do mato-virgem nasceu Macunaíma, herói de nossa gente. Era preto retinto e filho do medo da noite*”⁷⁵. (Grifo nosso).

Com efeito, a matéria, diferentemente do ar carregado de *Retratos do Brasil*, é enfrentada com leveza e serenidade, sem dizer do tom satírico, evidenciado em outras passagens, como no capítulo V (Piaimã), no qual Macunaíma vai, com os irmãos (Jiguê e Maanape), tomar banho no rio de águas encantadas. O herói, que era preto, ao sair do banho estava branco, louro e de olhos azuis, porque a água lavara o seu pretume de tal forma que

⁷³ MATTA, Roberto Da. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 39.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 40.

⁷⁵ ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Martins Fontes, 1974. p. 09.

ninguém mais se arriscaria a dizer que ele era um filho da tribo retinta dos Tapanhumas. Ao perceber o milagre, Jiguê quis pra si o mesmo destino, mas não teve sorte: a negrura do herói deixou a água muita suja e o máximo que o irmão conseguiu foi ficar da cor de bronze novo, ou seja, amarelo. Pior destino teve Maanape, pois quando foi se lavar já quase não tinha mais água encantada e só deu para molhar a palma dos pés e das mãos, que ficaram brancas e o resto do corpo bem negro como os filhos da tribo dos Tapanhumas⁷⁶.

Lilia Katri Moritz Schwarcz⁷⁷, em *Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra*, sustenta, na mesma linha de raciocínio, que “a própria figura de Macunaíma parecia representar uma espécie de ‘canibalismo cultural’⁷⁸, em que elementos diversos se misturavam, na construção dessa personagem ‘sem caráter’”. Para ela, Mário de Andrade trouxe para a sua obra uma cultura brasileira não-letrada e de múltiplas faces e na qual se inserem o índio, o branco, o negro, o mulato, o sertanejo, o caipira e tantos outros, todos vivendo entre a técnica e a magia.

Muito antes de Schwarcz, Alfredo Bosi já percebera em Mário de Andrade duas motivações para escrever a emblemática rapsódia. A primeira, de ordem lúdica e estética, o desejo de narrar a história de uma figura que o fascinara. A segunda, de ordem histórica e ideológica, o desejo de interpretar, “de pensar o povo brasileiro, *nossa gente*, percorrendo as trilhas cruzadas ou superpostas de sua existência selvagem, colonial e moderna, à procura de uma identidade que, de tão plural que é, beira a surpresa e a indeterminação; daí ser o herói sem nenhum caráter”⁷⁹. É que sendo tão plural, o caráter de Macunaíma resultava em nenhum e, nesse cenário, a origem étnica de um elemento se torna menos importante do que o tecido resultante, este, sim, tido como brasileiro. Por isso, sem perscrutar ambas as motivações não há como compreendê-la, sustenta Bosi.

No mesmo ensaio, Bosi afirma que Mário de Andrade a princípio negaceou que pretendesse, com sua rapsódia, fazer uma leitura do Brasil. Mas deixa pistas em sentido contrário quando diz que nos manuscritos a qualificação originária era herói de *nossa raça*, menos feliz, que foi substituída por herói de *nossa gente*, repetida ao final do epílogo. Gilda de Mello Souza, citada por Bosi, confirma essas suspeitas ao asseverar que

⁷⁶ ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Martins Fontes, 1974. p. 48.

⁷⁷ SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. *Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra*. *Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*, São Paulo, v. 10, n. 29, out. 1995. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=208:rbc29&catid=69:rbc&Itemid=399>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁷⁸ Como foi dito linhas atrás, na nota de rodapé explicativa de nº 11, Macunaíma é um legítimo representante da deglutição oswaldiana proposta, em 1928, no seu Manifesto Antropofágico.

⁷⁹ BOSI, Alfredo. Situação de Macunaíma. In: BOSI, Alfredo. *Céu, inferno: ensaios de crítica literária e ideológica*. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Ed. 34, 2003. p. 187-188.

no início, Mário de Andrade resistiu em reconhecer a face verdadeira de sua criação e tomou apenas como ‘um jeito pensativo e gozado de descansar umas férias’ a violenta explosão que na verdade arrematava um período fecundo de estudo e de dúvidas sobre a cultura brasileira. Mas aos poucos foi obrigado a aceitar que de fato semeara o texto com uma infinidade de intenções, referências figuradas, símbolos e que tudo isso definia os elementos de uma psicologia própria, de uma cultura nacional e de uma filosofia que oscilava entre ‘otimismo ao excesso e pessimismo ao excesso’, entre a confiança na Providência e a energia do projeto⁸⁰.

O espírito alegre em *Macunaíma* é o que o distancia de *Retratos do Brasil*, onde prevalece a tristeza. Mas as duas obras se aproximam, havendo entre elas uma identidade comum: são produtos do Modernismo voltados para pensar o Brasil e foram forjadas em um período de grandes projetos, como destaca Bosi, embora contrastado por desalentadas comparações entre o atraso brasileiro e crescimento da Europa e dos EUA, confrontos que acabavam por desaguar no pessimismo de origem neocolonial e por regurgitar as teorias das raças superiores versus inferiores, de onde sobressaíam as hipóteses negativistas da mestiçagem e do clima tropical, presentes em grande parte dos teóricos formados ainda no século XIX⁸¹.

Essa discussão, que já parece amadurecida, ainda que por meio de metáforas, em *Macunaíma*, já era, desde algum tempo, objeto de preocupação dos intelectuais brasileiros, que se ressentiam e até admitiam uma certa carência cultural nacional e criticavam a falta de tradição local ou lamentavam a inexistência de elementos singulares que nos distinguisse como nação, como aponta Lilia Katri Moritz Schwarcz no ensaio antes citado⁸².

Sobre a obsessão da necessidade de construção de uma identidade nacional, Lilia Schwarcz⁸³, com apoio em Caio Prado Jr⁸⁴, lembra que o momento inicial da inclusão da ideia em pauta se deu por ocasião da emancipação política de Portugal, em 1822, dado que não bastava a simples formalização da separação da pátria-mãe, mas impunha-se a criação de instituições, dentre elas um ordenamento jurídico próprio, faculdades, hospitais etc. Anota ainda a ensaísta que assim surgiu o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (IHGB), cuja primeira providência, movido pela ideia de que um país não se faz sem uma história, foi promover, em 1844, a realização de um concurso no qual os candidatos deveriam elaborar

⁸⁰ SOUZA, Gilda de Mello e. *O tupi e o alaude: uma interpretação de Macunaíma*. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2003. p. 9.

⁸¹ BOSI, Alfredo. Situação de *Macunaíma*. In: BOSI, Alfredo. *Céu, inferno: ensaios de crítica literária e ideológica*. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Ed. 34, 2003. p. 199.

⁸² SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra. *Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS)*, São Paulo, v. 10, n. 29, out. 1995. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=208:rbc29&catid=69:rbc&Itemid=399>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1945.

uma dissertação intitulada “Como escrever a história do Brasil”, de resultado inesperado, eis que se sagrou vencedor o naturalista alemão Carl Von Martius. Inaugurava-se assim, por intermédio de um estrangeiro, e na expressão cunhada por Roberto da Matta⁸⁵, a conhecida “fábula das três raças”.

De fato, na dissertação (disponível na *web*⁸⁶) apresentada ao IHGB, que era uma espécie de lição aos historiadores, Von Martius diz como se deve escrever a história do país e no capítulo *Ideias gerais sobre a história do Brasil* adverte que quem quiser levar a sério a empreitada acerca de um país que tanto prometia não deveria perder de vista quais os elementos, de natureza diversa, que concorrem para a formação do *ethos* do homem brasileiro. Segundo o autor, para a formação do brasileiro convergiram, de modo particular, três raças: uma cor de cobre ou americana, uma branca ou caucasiana e, por fim, uma preta ou etiópica. Desse encontro e do enlace e relações mútuas, assim como por força das mudanças ocorridas nas três raças, cada uma com sua força e índole, formou-se a atual população brasileira, cuja história, por essa razão, tem um cunho muito particular. Não nega o papel fundamental do português, para ele o mais poderoso e essencial motor dessa formação, mas deixa claro que seria um erro desprezar a contribuição dos indígenas e dos negros importados, que igualmente, concorreram para o desenvolvimento físico, moral e civil da totalidade da população, porquanto ambos reagiram à raça predominante⁸⁷.

Portanto, devia ser um ponto capital para o historiador reflexivo mostrar como no desenvolvimento sucessivo do Brasil se acham estabelecidas as condições para o aperfeiçoamento de três raças humanas, que nesse País são colocadas uma ao lado da outra, de uma maneira desconhecida na História Antiga, e que devem servir-se mutuamente de meio e de fim⁸⁸.

O reconhecimento dessa singularidade positiva, quase milagrosa, decorrente da miscigenação, não impediu, contudo, o florescimento das teorias racistas de que já se falou e que somente identificava como específico na mistura a excessiva depravação e profetiza a tendência de, no futuro, a mestiçagem desaparecer, em razão do branqueamento, que acabaria por prevalecer. Durante muito tempo, esses sentimentos confrontaram-se até que enfim, sem preconceitos, passou-se, de vez, a exaltar o elemento mestiço na cultura brasileira. Reconhece-se como um fato que a identidade brasileira é sincrética, composta de várias

⁸⁵ DA MATTA, Roberto. *Relativizando: uma antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010. p. 64-95.

⁸⁶ MARTIUS, Carl F. Von. *Como se deve escrever a história do Brasil*. Dissertação oferecida ao Instituto Histórico e Geográfico do Brasil. Disponível em: <<http://pt.scrib.com-/doc/36119344/Como-se-deve-escrever-a-historia-do-Brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 01.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 02.

matizes. A mestiçagem, que na origem era apenas biológica e tida como degenerada, se descola da aura romântica e passa a se constituir um símbolo da cultura nacional, forjador de um tipo singular de civilização. Ou, como diz Lilia Schwarcz,

nesse jogo, a identidade surge por meio da constatação de que é a mistura racial que nos particulariza, sendo o mestiço a personificação da diferença, que é nesse movimento transformada em unidade e adjetivada. Trata-se, assim, de uma identidade construída a partir da própria diversidade, que é constantemente acionada e ressignificada. É no interior desse movimento circular que se encontra o “mito das raças”: uma reelaboração sempre metafórica desse processo constante que leva, na sociedade brasileira, o branco a empretecer e o preto a embranquecer⁸⁹.

Por outro lado, surfando nesse movimento circular da mistura das raças, cuja melhor representação é a mestiçagem, deixa-se ver e desvela-se a figura da malandragem e sua lógica que, se não é entendida como um produto, traduz-se, em verdade, como uma ressignificação da própria mestiçagem, eis que indiscutível o fato de que o malandro é quem melhor personifica a fábula das três raças, além de ser a sua versão contemporânea e mais exaltadora. A malandragem, por sua vez, vai gerar outros subprodutos⁹⁰, dentre eles, *o jeitinho*, talvez o mais enraizado e singular modo de navegação social no Brasil.

Roberto da Matta⁹¹ conta que no livro *Carnavais, malandros e heróis*⁹² lançou a tese de que o dilema brasileiro residia entre oscilar entre um esqueleto nacional de leis universais cujo sujeito era o indivíduo e situações em que cada qual se virava como podia. Usava para isso um sistema de relações pessoais que tem como resultado um sistema social dividido e equilibrado entre duas unidades básicas: o indivíduo (a quem se destinam as leis universais) e a pessoa, o sujeito das relações sociais. Entre os dois balançaria o coração do brasileiro e, no meio deles, se encontrariam as maneiras de enfrentamento dessas contradições e paradoxos do modo de ser brasileiro: a malandragem e o jeitinho, dois dos mais conhecidos estilos de navegação social da terra brasileira.

De acordo com Da Matta, desse embate entre as leis que devem valer para todos e as relações (pessoais) que só funcionam para um grupo restrito surge o jeito, uma clara demonstração da nossa dificuldade em lidar com leis universais. Para Livia Barbosa,

⁸⁹ SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. *Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra*. Revista. Brasileira de Ciências Sociais (RBCS), São Paulo, v. 10, n. 29, out. 1995. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=208:rbc29&catid=69:rbc&Itemid=399>. Acesso em: 12 nov. 2013.

⁹⁰ Há quem sustente que, em verdade, malandragem e jeitinho se confundem, têm idênticos significados, o que não parece o entendimento mais acertado, já que a primeira categoria é mais abrangente, como se fosse o gênero de que o *jeitinho* é espécie.

⁹¹ MATTA, Roberto Da. *O que faz o brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 97.

⁹² Id. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

responsável, talvez, pelo estudo mais verticalizado da matéria, o *jeitinho* é um modo de comportamento social que define, singulariza e, para aqueles que nutrem um discurso erudito sobre a realidade brasileira, está intimamente ligado à nossa ancestralidade portuguesa e às consequências da mistura das raças formadoras, parecendo ficar claro que é impossível não haver relação entre o *jeitinho* e a identidade nacional, dado ser aquele um elemento integrante da identidade social⁹³.

Lívia Barbosa oferece uma rápida passagem da leitura de vários teóricos que tratam do tema, como Alberto Guerreiro Ramos, Roberto Campos, Oliveira Torres e Keith Rossen. Da leitura, percebe-se de comum entre eles o fato de que concebem o *jeitinho* como uma categoria central da sociedade brasileira, para a qual contribuíram os fatores e as condições históricas vividas pelo povo. Se Oliveira Torres destaca que o caráter mestiço seria um dos responsáveis pelo nosso jeito de ser, para Lívia Barbosa um dos aspectos mais interessantes do *jeitinho* é o seu caráter universal, no sentido de que todo mundo sabe do que se trata, sem muitas variações. Toda e qualquer pessoa, cada uma a seu modo, o define como algo especial, uma solução criativa para se resolver um problema ou contornar uma situação difícil, proibida ou emergencial, ainda que para isso seja necessário burlar uma regra ou uma norma previamente estabelecida⁹⁴.

Lembra a autora, por outro lado, que não obstante o caráter universal do *jeitinho*, existe um personagem que lhe incorpora o espírito, tratando-se mesmo de sua própria personificação: o malandro. Nesse sentido, *jeitinho* e malandragem se confundem, são sinônimos e ambos, o malandro como personagem e o *jeitinho* como ritual, reproduziriam os aspectos ambíguos da sociedade brasileira. Insiste ela na identidade entre ambas as categorias ao afirmar que

para não pensarem que estamos forçando uma identidade entre o *jeitinho* e o malandro, basta examinarmos nossa literatura e estudarmos alguns de seus personagens mais famosos como Macunaíma, tido por muitos como a encarnação do brasileiro típico, Pedro Malasartes, Saci Pererê, personagem ambíguo, nem bem homem, nem bem fantasma, que vive de pregar peças. Todos esses personagens são extremamente individualizados, tanto pela forma física como pelo seu procedimento, seu modo de vestir, andar e se comportar e, também, pela maneira como vivem: basicamente de pregar peças nos outros, de sair-se bem de situações em que tinham tudo para se dar mal, transformando suas desvantagens em triunfos que foram bem

⁹³ BARBOSA, Lívia. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2006.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 14-37.

manipulados pela criatividade e improvisação, das técnicas mais utilizadas pelos usuários do *jeitinho*⁹⁵. (Grifo do autor).

É Livia Barbosa quem fala de dois discursos sobre o *jeitinho*, um positivo e outro negativo, conforme seja ele algo louvável e aprovado ou rejeitado e desaprovado. No primeiro caso, trata-se do *jeitinho* no âmbito das relações sociais, aprovado porque faz parte do caráter brasileiro, representa o lado cordial, simpático, alegre e esperto do brasileiro e nada tem a ver com os desmandos e ineficiências institucionais, nem com a burla das normas legais. Nesse sentido, pois, o jeito não é percebido como um elemento institucional, mas somente pessoal, sendo seu foco a relação entre as pessoas. Por isso mesmo, uma das características do discurso positivo é o de não estabelecer relação entre o jeito e a corrupção. Nesse mesmo discurso, as causas desse modo de ser são atribuídas ao clima tropical, à natureza pródiga e à mistura de raças⁹⁶.

Na perspectiva da negatividade, o foco são as esferas políticas e econômicas, quando então o *jeitinho* emerge como um produto direto das distorções institucionais brasileiras, sendo possível distinguir dois tipos de discursos negativos sobre ele, um teórico ou erudito e o outro, popular.

De um modo geral, o discurso teórico ou erudito sobre o *jeitinho* se baseia na reflexão crítica sobre as nossas instituições sociais, a nossa realidade econômica e o conceito de que é o Brasil como nação. [...]. É também o discurso de denúncia. Denúncia de nossas instituições sociais e políticas carentes de credibilidade e de nossa herança ibérica. Denúncia de nossos homens públicos, da corrupção e da impunidade. No discurso erudito, isso não vem de hoje. O formalismo de nossas leis, a pouca seriedade de nossos dirigentes, a situação catastrófica de nosso povo não são fenômenos recentes. Chegaram com Cabral e aqui ficaram com os portugueses. Nos países onde ocorreu uma colonização de origem anglo-saxã, as coisas são vistas de forma diferente. As leis, as regras são percebidas como mais de acordo com a prática social e o povo é mais ordeiro e disciplinado. A ideia predominante é de que aqui nada funciona, as coisas não são sérias e o casuísmo é a tônica de todos os setores da sociedade⁹⁷.

Já o discurso negativo popular é do tipo “esse país não tem jeito”, acionado por qualquer pessoa quando sente frustradas as expectativas em relação ao país, ao governo e às instituições. É, enfim, um modo de falar que expressa profunda descrença no país e no povo e vê a ancestralidade como um aspecto negativo, o que não deixa de ser uma curiosidade, já que a referência às raízes históricas e à mistura de raças serve como argumento para ambos os discursos. Agregue-se, ainda, que no caso do discurso negativo, o jeito está, por óbvio,

⁹⁵ BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2006. p. 56-58.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 61-73.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 74-75.

diretamente relacionado a problemas como a corrupção. Em suas conclusões, Livia Barbosa relaciona jeitinho e identidade nacional e elege o Brasil como o país do jeitinho⁹⁸.

Francisco de Oliveira, que não consta na lista dos teóricos do *jeitinho* de Livia Barbosa, é outro sociólogo que se esforça para interpretar o caráter brasileiro, o que faz não segundo um viés antropológico, tal como empreendido por Roberto da Matta (*Carnavais, malandros e heróis, O que faz o Brasil, Brasil?*), mas numa perspectiva materialista. Em artigo publicado na edição *online* da Revista Piauí nº 73, o sociólogo marxista se lança à empreitada de investigar o caráter brasileiro a partir do entendimento de que “o peculiar modo nacional de livrar-se de problemas, ou de falsificá-los constitui o famoso jeitinho brasileiro”⁹⁹.

Assumindo uma postura nitidamente materialista, Francisco de Oliveira, na esteira do pensamento de Marx e Engels, desafia a tese de que o jeitinho é um atributo das classes dominantes brasileiras que se transmitiu às classes dominadas, como se fora um produto das ideias e dos hábitos daquelas, transformados em hegemonia e caráter nacional. No Brasil, particularmente, de tanto a classe dominante burlar e driblar, permanente e recorrentemente, as soluções formais e as leis vigentes, estas arrancadas à força de outros quadrantes, propiciou-se o que ele chama de arrancada rumo à informalidade generalizada que, “ao longo da perpétua formação e deformação nacionais, vai se transformar em ‘predicado dos dominados’”. Noutras palavras: a invenção do *jeitinho* é da classe dominante, mas *quem leva a fama* são os dominados, ou seja, o mulato, o miscigenado, o malandro, enfim, aquele que se esgueira “por entre as classes e os estratos mais abastados, no típico – e falso – congraçamento de classes herdado do escravismo”¹⁰⁰. Reafirmando que o jeitinho, como elemento central na formação do caráter nacional, é, em verdade, criação e atributo da classe dominante espertamente transferido ao dominado, Francisco Oliveira sustenta que

sem querer atribuir tudo aos nossos colonizadores, a semente do jeitinho já vicejava na irresolução que Portugal dá às questões de administração e governo da jovem – e enorme – colônia. Não dispondo nem de homens nem de recursos capazes da façanha de fazer a minúscula cobra engolir o enorme elefante, Portugal opta pela solução capenga das capitânicas hereditárias¹⁰¹.

⁹⁸ BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2006. p. 85-90.

⁹⁹ OLIVEIRA, Francisco de. Jeitinho e Jeitão – uma tentativa de interpretação do caráter brasileiro. *Revista Piauí* Edição 73, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-73/tribuna-livreda-luta-de-classes/jeitinho-e-jeitao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 3.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 4.

Outro teórico omitido por Livia Barbosa em seu estudo sobre o jeito¹⁰² foi Sérgio Buarque de Holanda, que nos legou a concepção do *brasileiro cordial*¹⁰³. Para Francisco de Oliveira, quando o assunto é pensar o Brasil e interpretar o caráter do brasileiro, quem melhor enfrentou o assunto foi Sérgio Buarque de Holanda, com o seu “homem cordial”, para quem as relações pessoais e de afeto estão acima da impessoalidade da lei e da norma social e “é a própria encarnação do jeitinho brasileiro”¹⁰⁴.

Sérgio Buarque de Holanda aborda, em sua obra, a histórica dificuldade dos brasileiros de separar o domínio público do privado e de aceitar o ritualismo, substituindo as relações impessoais e institucionais pelas pessoais e diretas guiadas pelos laços de afeto e de sangue. Tais características estão de tal modo enraizadas na sociabilidade brasileira que “a lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro”¹⁰⁵.

“O brasileiro tem fama de cordial”, afirma Sérgio Bath¹⁰⁶, e essa cordialidade chega a causar admiração e perplexidade aos estrangeiros, como ocorreu no caso do primeiro contato do escritor Stefan Zweig com esse traço nacional¹⁰⁷. De fato, no livro *Brasil: País do Futuro*¹⁰⁸, mostra-se ele como que admirado com essa singularidade brasileira:

O brasileiro conserva sempre sua natural delicadeza e boa índole. As mais diversas classes tratam-se com uma polidez e cordialidade que a nós, pessoas da Europa, tão brutalizada nos últimos anos, sempre nos causam admiração. Vemos abraçarem-se dois homens na rua. [...] o abraço entre os brasileiros é uma praxe absolutamente trivial, uma expansão de cordialidade. A polidez aqui é forma básica natural das relações humanas e assume maneiras que nós na Europa há muito tempo já esquecemos¹⁰⁹.

Trata-se, à evidência, de uma interpretação romântica e generosa, dado que ignora que essa mesma “cordialidade” pode conduzir a outros caminhos e servir a interesses os mais inconfessáveis, pois, como lembra Sérgio Bath, não se pode esquecer que essa contribuição brasileira à civilização, “entendida como a precedência dada ao coração, a predominância dos

¹⁰² HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O homem cordial*. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2012.

¹⁰³ Em verdade, embora a tenha tornada famosa, a expressão “homem cordial”, como registra o próprio Sérgio Buarque de Holanda na nota de nº 6, constante da edição de 2012, da Penguin & Companhia das Letras, é do escritor e poeta Ribeiro Couto, em carta dirigida ao também poeta e ensaísta mexicano Alfonso Reyes.

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Francisco de. Jeitinho e Jeitão – uma tentativa de interpretação do caráter brasileiro. *Revista Piauí* Edição 73, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-73/tribuna-livre-da-luta-de-classes/jeitinho-e-jeitao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

¹⁰⁵ HOLANDA, op. cit., p. 52.

¹⁰⁶ BATH, Sérgio. *Brasil brasileiro: reflexões sobre o caráter nacional*. Brasília: Saga, 1994. p. 45.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁰⁸ ZWIEG, Stefan. *Brasil, país do futuro*. Versão para eBookseBooksBrasil.com. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/paisdofuturo.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2013.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 202-203.

sentimentos sobre a razão, tem um aspecto positivo, encantador, mas também um lado negativo – a malevolência”¹¹⁰. Há, assim, uma ligação direta, pela ordem, entre misturas de raças, mestiçagem, cordialidade, malandragem e o jeitinho brasileiro de ser, ao qual se liga também o instituto dos embargos de declaração, um dos seus mais legítimos representantes.

Até aqui, na tentativa de entender, como pretende Roberto da Matta¹¹¹ em sua perspectiva antropológica, “o que faz o Brasil, Brasil?”, e com apoio na leitura de vários teóricos e pensadores, o que se descreveu foi um painel da formação da identidade nacional a partir de suas raízes históricas e de como, na construção dessa identidade, se inserem a malandragem, a cordialidade e o jeitinho, seja este um seu subproduto ou a sua própria personificação.

Em seguida, o objetivo é tratar como o jeitinho navega nas águas profundas da cultura jurídica para estabelecer, de forma mais evidente, uma relação direta com o instituto dos embargos de declaração, o representante mais acabado desse peculiar modo de ser brasileiro na cultura jurídica, em especial na dogmática.

2.3 As disfunções dos embargos de declaração como reflexo do jeitinho na cultura jurídica e na formação do caráter nacional brasileiro

É fato incontroverso que Portugal, inspirado no direito romano, sempre foi afeito a um exagerado formalismo jurídico, a ponto de criar leis até para regulamentar as formas de tratamento entre as pessoas. Essa cultura foi transmitida à colônia e se mantém preservada até os atuais dias.

O que os portugueses não tiveram foi a capacidade inventiva, essa muito própria dos brasileiros, de criar, quando necessário, um modo especial de lidar com as leis sem que isso importe em descumprimento: o jeitinho. E é, sobretudo, na linha do discurso negativo (tal como já referenciado) acerca do jeito que Keith S. Rosenn enfrenta o tema em *O jeito na cultura jurídica brasileira*¹¹², obra considerada por Livia Barbosa como “o estudo mais minucioso sobre o jeito, no qual o autor procura detalhar não só os tipos de *jeito*, mas também suas causas a partir de nosso *background* colonial”¹¹³, tendo ainda como diferencial o fato de se tratar de um estudo específico sobre o assunto no âmbito jurídico.

¹¹⁰ BATH, Sérgio. *Brasil brasileiro: reflexões sobre o caráter nacional*. Brasília: Saga, 1994. p. 46.

¹¹¹ MATTÁ, Roberto Da. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

¹¹² ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹¹³ BARBOSA, Livia. *O jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2006. p. 25.

Na introdução já fala o autor do modo típico com que os brasileiros costumam lidar com o sistema jurídico formal, este uma herança lusitana. E o faz a partir de um fato, que virou anedota, narrado por Peter Kellemen, ele próprio a “vítima”, em *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*¹¹⁴. Médico recém-formado e húngaro de nascimento, Kellemen, como pretendia exercer a profissão no Brasil, dirigiu-se ao cônsul brasileiro em Paris, para obter o visto. Ao se qualificar como médico, o cônsul sugeriu que a mudasse para agrônomo e o visto seria concedido imediatamente. De início, Kellemen se recusou a prestar falsas declarações, mas foi tranquilizado pelo cônsul, que insistia na ideia de alterar, sem problema, a qualificação profissional, pois tudo ficaria “cem por cento dentro das normas legais”, pois ele, o cônsul, estava apenas dando um “jeito”, palavra que nem ele nem o auxiliar conseguiam traduzir para o inglês ou o alemão, línguas que dominavam. Somente depois de viver no Brasil por algum tempo é que Kellemen se deu conta de que migrara para um país “onde as leis são reinterpretadas, onde regulamentos e instruções centrais do Governo já são decretados com um cálculo prévio de percentagem em que serão cumpridas, onde o povo é um grande filtro das leis e os funcionários, pequenos ou poderosos, criam a sua própria ‘jurisprudência’”¹¹⁵, pois “ainda que esta jurisprudência não coincida com as leis originais, conta com a aprovação geral, se é ditada pelo bom-senso”¹¹⁶.

De fato, no Brasil é assim: uma lei, quando aprovada, já traz embutida uma previsão de seu descumprimento, uma espécie de taxa de descumprimento, um *spread*¹¹⁷ legal. Por isso é que, publicada, dá-se a largada, nas apostas sobre seu destino, se irá ou não “pegar”. As razões para tanto são conhecidas e suas raízes se encravam no passado distante.

É conhecido o fato de que as leis no Brasil chegaram antes da população, não sendo de se admirar que sejam, a maioria delas, descoladas da realidade. Daí o hábito de reinterpretá-las e moldá-las. E é nesse vácuo, nas entrelinhas entre o universal e o pessoal, nesse espaço de confusão legal, de ambiguidade do texto da lei, que navega o *jeito*, que é, segundo Da Matta,

¹¹⁴ KELLEMEN, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 09-11.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 11-12.

¹¹⁷ Na linguagem bancária, *spread*, que significa margem, é a diferença cobrada pelas instituições financeiras entre o que elas pagam na captação de um recurso (aplicação em poupança, por exemplo, por um cliente) e o que elas cobram quando concedem um empréstimo a uma pessoa física ou jurídica. Na composição dessa margem financeira entram impostos, taxas, material de expediente, encargos financeiros, o perfil do tomador do empréstimo, a taxa média de inadimplimento do mercado, o tipo de operação, etc. Numa proporção direta, quanto maior o *spread*, um dos maiores do mundo no Brasil, maior o lucro do banco na operação. Pois no Brasil é assim: cada lei tem o *spread* que merece.

“um modo e um estilo de realizar”¹¹⁸, o que não ocorre em países como os EUA, França e Inglaterra, onde as regras ou são observadas ou simplesmente não existem.

Nessas sociedades, sabe-se que não há prazer algum em escrever normas que contrariam e, em alguns casos, aviltam o bom-senso e as regras da própria sociedade, abrindo caminho para a corrupção burocrática e ampliando a desconfiança no poder público. Assim, diante dessa enorme coerência entre a regra jurídica e as práticas da vida diária, o inglês, o francês e o norte-americano param diante de uma placa de trânsito que ordena parar, o que – para nós – parece um absurdo lógico e social, pelas razões já indicadas¹¹⁹.

Para Rosenn, o que torna o Brasil singular não são as leis serem habitualmente moldadas (no sentido de torcidas) para atingir seus objetivos práticos, dado que essa distorção também ocorre em outros países. A peculiaridade reside no fato de que a prática de torcer e desviar as leis se elevou de tal forma que resultou na criação de uma instituição paralela (que ele chama de “paralegal”) conhecida como “o jeito”, que se tornou parte integrante da cultura jurídica do Brasil a ponto de, muitas vezes, se tornar a regra, ficando a norma jurídica formal com o papel de exceção¹²⁰.

Em seu estudo, Rosenn encontra as raízes do jeito nas profundidades do passado ibérico, cujas influências no Brasil ainda hoje se fazem sentir. A herança dualista do direito romano e o pluralismo legal, que legaram uma tradição de profunda desigualdade jurídica, estão na ponta dessas raízes.

Da Igreja Católica também vem a influência de respeitar a lei inspirada na religião, mas ao mesmo tempo o jeito de burlá-la na prática. Com efeito, quando alguém pretende usar do jeitinho para driblar uma regra social, jurídica ou particular, a intenção não é a de derogá-la e varrê-la do sistema de controle de condutas sociais. A finalidade é mais velada, se dá nas entrelinhas, para que a regra não seja aplicada naquele caso específico, como se estivesse pedindo para que, naquele momento, fosse ela empurrada para a camada mais baixa. Em outro modo de dizer, trata-se da materialização presente no seguinte jargão popular: *para os inimigos, o rigor da lei; para os amigos, os favores*.

Uma administração colonial autoritária, paternalista e *ad hoc*, baseada essencialmente no patronato¹²¹ e com ênfase nas relações pessoais, favorecendo assim o surgimento da corrupção, sobretudo em face da fragilidade do caráter português, também engrossa a lista das causas apontadas por Rosenn como precursoras do jeitinho. Ao falar de como se dava a

¹¹⁸ MATTA, Roberto Da. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 101.

¹¹⁹ Ibid., p. 99.

¹²⁰ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 12-13.

¹²¹ Para uma leitura mais aprofundada sobre o assunto, ver FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

Administração (*ad hoc*) da Justiça no Brasil colonial, uma das heranças de Portugal, oferece Rossenn um diagnóstico atualíssimo e fica o sentimento de que pouco ou nada mudou.

Diz o autor que as decisões dos juízes jamais se tornavam definitivas, porque todos tinham direito a recorrer de qualquer decisão judicial diretamente para o rei, que concedia a graça da justiça conforme ele próprio julgava adequada naquele dia, ou seja, conforme sua consciência¹²². Afirma ainda que os magistrados coloniais frequentemente distorciam a norma legal para atender a seus interesses pessoais, o que piorou depois da independência do Brasil porque, dentre outras razões, “a monarquia portuguesa legou aos brasileiros uma liberdade na reinterpretação das leis que foi um precursor do jeito”¹²³.

Em outra passagem, ao cuidar da deficiência do Sistema Forense, também responsável pelo predomínio do jeito, o autor estadunidense destaca que o processo civil brasileiro é pródigo em oferecer oportunidade para a eternização das demandas, o que é devidamente aproveitado pelos advogados que, dependendo do lado e dos interesses que defendem, se utilizam da abundância dos recursos para perpetuar a lide¹²⁴. Decorrente da confusão da legislação portuguesa, Rossenn aponta a Lei de 18 de agosto de 1769, a chamada Lei da Boa Razão, como outro instrumento precursor do jeito.

Nunca se soube exatamente o que poderia ser definido como “Boa razão”, dada a sua profunda vagueza e grande flexibilidade na aplicação. O certo é que a referida lei determinava que advogados e juízes somente aplicassem o direito romano nos casos de lacunas da lei e somente quando estivesse em conformidade com a boa razão, um campo fértil para a arbitrariedade judicial como pontua Rossenn:

Na prática, a Lei da Boa Razão incentivava juízes e advogados a observarem o senso comum, os costumes, a legislação comparada, e o espírito da lei, como base para as decisões, sempre que as Ordenações fossem obscuras ou omissas, o que era frequentemente o caso. A Lei da Boa Razão fomentou substancialmente a liberdade doutrinária e o arbítrio legal do judiciário brasileiro, às custas do Direito Romano e do Direito Canônico¹²⁵.

¹²² Passaram mais de 500 anos e essa questão de decidir conforme a consciência ainda é presença constante no imaginário do intérprete judicial, cujo exemplo emblemático é representado pelo voto do Ministro do STJ Humberto Gomes de Barros nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 279.889/AL, de relatoria do Ministro Francisco Peçanha Martins, julgado em 03/04/2001 e publicado no DJ em 11/06/2001, cujas razões serão reproduzidas no subitem 3.3, adiante.

¹²³ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 17-49.

¹²⁴ Mesmo em tempos de um anunciado novo CPC, em termos de abundância de recurso tudo continua igual, sobressaindo-se os embargos de declaração por serem cabíveis contra qualquer tipo de decisão judicial.

¹²⁵ ROSENN, op. cit., p. 38.

A propósito, Lenio Streck, crítico ferrenho dos embargos de declaração¹²⁶, reforça o entendimento de Rossenn ao se insurgir contra o absurdo fato de se admitir que somente por meio deles uma decisão judicial “possa ser ‘consertada’, em cristalina manifestação do ‘instituto’ do ‘jeito’ no direito brasileiro”¹²⁷, com a agravante de semelhante hipótese não ser considerada inconstitucional. No fundo, o instituto é, segundo Streck, um legado da Lei da Boa Razão que, do ponto de vista processual, se materializa no Brasil por meio desse instrumento¹²⁸.

Coincidência ou não, os embargos de declaração, como se demonstrará no capítulo seguinte, têm a mesma origem portuguesa do jeitinho. E, manejáveis que são contra qualquer decisão judicial, o que se confirma no atual formato do Projeto do novo CPC, podem atacar, melhor dizendo, ser encontrados em todo lugar, como se fossem uma virose epistêmica. É público e notório que, por conta dessa natureza volátil, tais embargos aparecem nas principais codificações, como CPC¹²⁹, CPP¹³⁰, CLT¹³¹, Código Eleitoral¹³² e na legislação esparsa, a exemplo da Lei de Juizados Especiais Cíveis¹³³, sem dizer que também são admissíveis em lugares, a princípio, incogitáveis e contra decisões irrecorríveis, como as proferidas pelo Plenário do STF no controle de constitucionalidade. Isso mesmo: impõe-se que a mais elevada corte do país se curve ao inexorável instituto dos embargos de declaração, à vista do

¹²⁶ Streck, também crítico do projeto do novo CPC, em artigo publicado no Conjur (Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out., 2013, disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>. Acesso em: 14 jan. 2014), reconhece que houve avanços e agora, com as mudanças ocorridas, já se pode apostar nele. Dentre outras melhorias, destaca a preocupação de se detalhar as exigências da fundamentação da decisão judicial e a implantação de critérios mais rígidos no manejo dos embargos de declaração, o que evitará seu uso desvirtuado, embora reconheça que a situação ideal seria a sua extinção. Neste estudo, o que se defende é mesmo a sua expunção, até porque, não obstante as mencionadas amarras, sempre há o risco de uma adaptação darwiniana do sistema, o que poderá resultar, como ocorreu na origem, no surgimento de outras modalidades de embargos de declaração. Em outras palavras, não há garantia de que a jurisprudência, adaptando-se à propalada rigidez, não venha a produzir outros clones.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 97.

¹²⁹ BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

¹³⁰ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

¹³¹ BRASIL. *Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 jul. 2014.

¹³² BRASIL. *Lei n.4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em 25 jul. 2014.

¹³³ BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 25 jul. 2014

que dispõe o art. 26 da Lei nº 9.868/99¹³⁴, que trata do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. Tal decisão, ali consta¹³⁵, é irrecorrível, ressalvada a hipótese de embargos de declaração.

No dia a dia forense, é forçoso insistir, todos sabem que os embargos de declaração, reflexos de uma arraigada cultura do “jeitinho”, sempre presente na formação do caráter nacional, prestam um desserviço ao direito. Não há quem, com argumentos válidos, se atreva a negá-lo, em especial o decorrente do manejo irresponsável para satisfazer um de seus mais notórios desvios: o de “ganhar tempo” ou “protelar” o cumprimento de uma decisão. Eis, pois, a verdadeira função dos embargos, infelizmente já incorporada ao imaginário dos usuários do sistema.

A questão do uso abusivo e protelatório dos embargos é tão séria que às vezes o problema é tratado como uma fatalidade, algo inexorável, que tem de acontecer porque sempre foi assim, porque esse é o senso comum, porque desde longa data essa é a maneira de resolver as coisas. É o que se extrai de uma entrevista concedida à imprensa pelo ministro do STF Dias Toffoli¹³⁶.

Indagado sobre quanto tempo ainda seria necessário para a conclusão da Ação Penal 470¹³⁷, o ministro, num exercício de futurismo, revelou que, uma vez admitidos os embargos infringentes em face da decisão proferida nos embargos de declaração contra a sentença condenatória, da decisão prolatada nos embargos infringentes viriam outros embargos de declaração¹³⁸. Ou seja, o ministro afirmou, antecipadamente, que a futura decisão a ser proferida nos embargos infringentes, caso admitidos¹³⁹, poderá ser omissa, contraditória ou

¹³⁴BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

¹³⁵ “Art. 26: A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é *irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios*, não podendo, igualmente, ser objeto de rescisória”. (Grifo nosso).

¹³⁶ RODRIGUES, Fernando; SELIGMAN, Felipe. Desfecho do mensalão pode levar até dois anos, diz ministro do STF. *Folha de São Paulo/Uol*, São Paulo, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/06/1293063-desfecho-do-mensalao-pode-levar-ate-2-anos-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

¹³⁷ Ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal diretamente no STF e que tem como réus políticos, autoridades do executivo e empresários envolvidos no escândalo nacionalmente conhecido como “mensalão”.

¹³⁸ Folha/Uol - O mensalão chegou à fase dos embargos. Quanto tempo vai tomar esta e as fases seguintes até a conclusão desse caso? Dias Toffoli - Nós vamos ter que ter o julgamento de embargos de declaração. Quando sair o acórdão desses, virão embargos infringentes, se a Corte os admitir. Esse é um tema ainda em aberto. Do julgamento desses embargos infringentes virão outros embargos de declaração. Então, na hipótese do Supremo admitir os embargos infringentes como cabíveis, nós teremos ainda, além desse julgamento atual de embargos de declaração, pelo menos mais dois julgamentos. É a minha análise.

¹³⁹ O que, de fato, veio a ocorrer na sessão do dia 18.09.2013, após o voto definidor do Ministro Celso de Mello, quando então o STF, por seis votos a favor e cinco contra, admitiu o recurso de embargos infringentes na AP-470.

obscura, desprovida, assim, de fundamentação, fazendo tábula rasa do dever fundamental estabelecido no inc. IX do art. 93 da CF/88.

De outra banda, o presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, em sintonia com Dias Toffoli, ao falar à imprensa acerca do encerramento da Ação Penal nº 470, declarou que no Supremo viceja a tradição de somente se dar por concluído em caráter definitivo um processo após o manejo dos segundos embargos de declaração. Noutras palavras, no sistema recursal brasileiro e no âmbito do STF o fenômeno do trânsito em julgado somente se opera depois do emprego sucessivo de pelo menos dois embargos de declaração. Trata-se, assim, agregando-se ao extenso rol, de mais uma modalidade de embargos de declaração, com a ressalva de que, no caso, de competência privativa e exclusiva do STF.

Configura-se uma racionalidade de difícil entendimento e aceitação até para os leigos isso de afirmar que, pela tradição, somente após o julgamento dos embargos de declaração repetidos é que uma decisão da mais alta Corte se considera definitiva. A entrevista foi concedida em 09.10.2013 e replicada em praticamente todos os órgãos de imprensa.

Detalhe interessante, que reafirma a ideia de que os embargos de declaração se prestam não ao aperfeiçoamento das decisões, mas ao instituto do jeitinho, é a tentativa da mídia de explicar para o público leitor, sobretudo o leigo, o que são e a que se prestam. Em uma dessas matérias, veiculou-se que eles “servem para sanar omissões e contradições que ainda permanecem (*sic*) nas sentenças de condenação”, quando, “na prática, porém, os recursos têm o objetivo de protelar, servindo para evitar que o processo seja concluído e, conseqüentemente, para que a sentença comece a ser cumprida”¹⁴⁰. Numa palavra: até os leigos, assim como os seres inanimados, sabem dos verdadeiros propósitos do instituto.

Pelo que se percebe, não é preciso ser do ramo para entender que tal como Janus¹⁴¹, os embargos de declaração possuem duas faces: uma visível, institucional, mas de efeito meramente simbólico, e outra que se esconde por trás da primeira, que lhe serve de escudo e atende a outros interesses, não publicamente confessados. No final, e até os minerais sabem disso, esses embargos, serpenteando arditosamente entre o impessoal e o pessoal, são os que, de fato, se impõem, nessas entrelinhas, como um modo especial de torcer a lei, ainda que pugne pelo seu fiel cumprimento.

Vindas de membros do Supremo, declarações como essas causam, no mínimo, espanto, tamanha a sua gravidade. É que o STF tem a prerrogativa de ser o guardião da

¹⁴⁰ BORGES, Laryssa. Barbosa: é ‘tradição’ concluir processo após 2º julgamento. *Veja*, São Paulo, 09 out. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbosa-e-tradicao-concluir-processo-apos-2jul-gamento>>. Acesso em: 25 out. 2013.

¹⁴¹ Janus foi um deus romano caracterizado fisicamente por possuir dupla face.

Constituição Federal, sendo senhor da missão de velar, especificamente, pela plena aplicação do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, sob pena de nulidade. Ademais, trata-se, a toda evidência, de um péssimo exemplo para os demais órgãos inferiores do Poder Judiciário o fato de ministros do STF admitirem, de antemão, que uma decisão da mais alta cúpula pode ser omissa, obscura ou contraditória e, portanto, desfundamentada e nula.

Mas a capacidade de metamorfose do instituto do jeitinho não para aí. Veja-se, a propósito, outro exemplo de como os embargos de declaração são afetados de prodigalidade e de como podem ser invocados para dar vazão a toda sorte de peraltice, tal como ocorre com o herói andradiano. Foi dito, no subitem 2.1 deste capítulo, que os embargos de declaração, desde a sua introdução no Brasil, passaram por várias transformações e adaptações, tamanha a sua capacidade de metamorfosear-se. Para ilustrar a afirmativa, abriu-se uma nota de rodapé (n. 28), na qual se explicitou que Estefânia de Oliveira, no artigo ali referenciado, aponta cinco modalidades de embargos, além das três tradicionais, às quais se agregaram outra tríade. Para fins de consolidação, ainda que provisória, adiciona-se, como se demonstrará abaixo, mais uma contribuição, esta decorrente de um, dentre tantos, entevero protagonizado pelos ministros do STF Joaquim Barbosa e Ricardo Lewandowski.

Na tumultuada e midiática sessão do STF de 14.08.2013, que julgou os embargos de declaração interpostos em face da decisão colegiada proferida na Ação Penal 470, o conhecido “processo do Mensalão”, surgiu, pelo menos como tentativa, mais uma modalidade, para engrossar a já extensa lista referida: *os embargos declaratórios de arrependimento, de ofício*. A sessão, marcada por uma calorosa discussão entre o presidente e o vice, teve o direito como vítima, eis que, abandonada para dar lugar a ataques pessoais, emergiu, no auge da querela, uma nova modalidade de embargos declaratórios, pelo menos na visão do ministro Joaquim Barbosa, como se pode inferir do tenso diálogo reproduzido pela mídia. Segundo o presidente do STF, essa nova modalidade seria uma criação indireta (ou pelo menos uma tentativa, repita-se) de um de seus pares, o ministro Ricardo Lewandowski, que depois de indagar ao próprio presidente para que, afinal, serviriam os embargos de declaração como categoria jurídica obteve a seguinte resposta: “Não servem para isso, ministro. Para arrependimento. Não servem!”.

Em síntese, no lamentável bate-boca veiculado na imprensa¹⁴², surgiu, pelo menos como uma ideia lançada, a espécie *embargos de declaração de arrependimento de ofício* que,

¹⁴² ‘OS EMBARGOS não servem para arrependimento, ministro’. Jornal o Globo, Rio de Janeiro, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/os-embargos-nao-servem-para-arrependimento-ministro9575-441>>. Acesso em: 18 ago. 08.2013.

sobreposto ao original, visava à obtenção, segundo a leitura do Presidente do STF, de um arrependimento eficaz. Noutra modo de dizer, os embargos estariam sendo manejados por um de seus pares como um jeitinho de se obter um arrependimento eficaz.

É que, parafraseando Keith Rossenn¹⁴³, quando todas as estratégias fracassam, sempre há possibilidade do jeitinho. Isso seria, no caso, manejar o jeitinho por meio de sua institucionalização na cultura jurídica brasileira, mais especificamente no sistema recursal que, formalmente, incorpora na sua estrutura (há previsão legal, lembrem-se) essa forma duvidosa, ambígua, híbrida e dissimulada que são os embargos declaratórios. Não obstante, Rossenn, já àquela época, não cortejava o fatalismo que se abateu sobre o ministro Dias Toffoli.

Ao reverso, deixou Rossenn clara a sua posição contrária ao afirmar que uma sociedade desenvolvida moderna deveria deixar pouco espaço para a operação de uma instituição como o jeito, o que, infelizmente, não ocorre no Brasil, onde esse espaço parece sobrar¹⁴⁴. Assim, a cada dia fica cada vez mais difícil desvincular os embargos de declaração dessa singular e consagrada instituição brasileira.

É que, como diz Francisco de Oliveira, em qualquer setor, em qualquer atividade, o jeitinho se impõe, e não poderia ser diferente no direito, na dogmática jurídica e na administração da justiça, dado que, em se tratando de regra não escrita, tem o dom da ubiquidade. Na verdade, o jeitinho “está tão estabelecido, é tão natural que estranhá-lo pode ser entendido como pedantismo, arrogância ou ignorância. Simpático, ele é uma das maiores marcas do moderno atraso brasileiro”¹⁴⁵.

Como diz Lenio Streck, “no Brasil, embora falsa a noção de jeitinho, ela acaba concretizada, como uma espécie de ‘imaginário concreto’”. Ou seja, “o jeitinho acaba acontecendo, porque, se todos dizem que há, ele acaba acontecendo...”¹⁴⁶ Tudo isso é, em verdade, uma consequência da velha crise de paradigma que atravessa o Direito como, incansável, diz Lenio Streck, mais uma vez, em sua coluna *Senso Incomum (Conjur, 19.09.2013)*:

As velhas concepções sobre ele obnubilam as novas concepções. O novo não consegue nascer. E nem se impor. Talvez o grande problema resida no fato de que o

¹⁴³ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 68.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴⁵ OLIVEIRA, Francisco de. Jeitinho e Jeitão – uma tentativa de interpretação do caráter brasileiro. *Revista Piauí* Edição 73, São Paulo, out. 2012. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-73/tribuna-livre-da-luta-de-classes/jeitinho-e-jeitao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 166.

novo não consegue se mostrar. O velho é tão forte que vela as mínimas possibilidades de o novo aparecer através de algumas frestas de sentido. É como na alegoria do hermeneuta que chega a uma ilha e lá constata que as pessoas desprezam a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, revolveu o chão linguístico em que estava assentada a tradição e reconstruiu a história institucional daquele “instituto”, descobrindo que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo... Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Perguntado, um dos moradores o porquê de assim agirem: “Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui!”¹⁴⁷

Se o ministro Dias Toffoli disse que embargos de declaração seriam interpostos, como de fato ocorreu, contra a decisão nos embargos infringentes, se ele diz que é assim e ninguém diz nada e se sua voz encontra ressonância, então é porque é assim mesmo e acabarão acontecendo hoje como ontem, e acontecerão amanhã, provavelmente. Tudo está dado e não há voz dissonante¹⁴⁸ porque isso tudo é natural. É a tradição, o fatalismo. E sempre surgirão novos velhos embargos de declaração, inclusive de arrependimento, o que não é nenhuma novidade, não obstante o caráter inusitado, pelo menos em termos de proposta, assim como aquela que pretende que existam aqueles para resolver contradição externa.

Há, e não são poucos, quem defenda o instituto. Não fosse assim, o projeto do novo CPC o extingiria, ao invés de tonificá-lo. Adroaldo Furtado Fabricio, para quem os tribunais nutrem um crescente desamor pelos embargos de declaração, tratando-os como se bastardos fossem, é um dos que ressaltam a importância e a necessidade de reabilitá-los¹⁴⁹. Não obstante reconheça a sua disfuncionalidade, provocada pelo uso abusivo, insiste, reproduzindo o senso comum teórico dos juristas de que tanto falava Warat, na ideia de que servem ao aperfeiçoamento das decisões judiciais. Sustenta, pois, que quando a parte, mediante a oposição dos embargos, provoca nova manifestação do órgão judicial, oferece-lhe elementos com os quais poderá contribuir de forma efetiva para a formação da decisão judicial em sua configuração definitiva¹⁵⁰.

Mais diretamente do que em outra situação qualquer, o litigante participa da formulação do ato judicial, introduzindo nele uma contribuição sua. Quando o pedido de complementação ou de esclarecimento é acolhido, incorpora-se ao julgado um elemento que não fora percebido ou não fora sopesado, ou, ainda, não fora claramente definido pelo órgão julgador, entrando a fazer parte da decisão um

¹⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. “Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em: 20 set. 2013.

¹⁴⁸ Em verdade há. Lenio Streck é um deles.

¹⁴⁹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 29.

componente que até então lhe era estranho, oferecido pela parte já no curso do trâmite decisório. O alerta da parte terá servido ao juiz para indicar-lhe um caminho de aperfeiçoamento do seu ato¹⁵¹.

Evidentemente que é indiscutível, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a participação das partes na construção da decisão judicial mediante o contraditório e a ampla defesa. Trata-se de processo como sinônimo de participação democrática do jurisdicionado nas decisões judiciais e não mais na vetusta perspectiva de instrumento da jurisdição. Aliás, a ideia central da presente pesquisa é a defesa do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, em obediência ao comando inscrito no artigo 93, IX, da Constituição Federal, cuja rigorosa observância conduzirá à desnecessidade dos embargos de declaração, constituindo-se em verdadeira condição de possibilidade de sua extinção, pela qual se pugna, como será demonstrado, mais verticalmente, no capítulo 3.

Observada a participação democrática das partes no processo, o seu desfecho se dará com o oferecimento de uma decisão judicial caracterizada pela comparticipação direta dos sujeitos da relação jurídica processual. Daí que se diz, de passagem, pois o tema será retomado adiante, que decisão fundamentada é decisão comparticipada. É, enfim, a observância dos estatutos processuais e procedimentais que vai garantir a participação das partes na construção da decisão judicial, a qual deverá se ajustar ao dispositivo constitucional referenciado, o que não vai ocorrer por meio dos embargos de declaração. Se, ainda assim, a decisão judicial apresentar defeito que a desarmonize com o dever constitucional de fundamentação de decisão judicial comparticipada não se tratará, mas sim de ato nulo, e não serão os embargos de declaração que corrigirão o defeito dando vida ao que já nasceu morto.

De mais a mais, como já asseverado, os embargos de declaração fogem ao controle e servem a toda sorte de propósitos, como instrumento *ad hoc* que, pelo simples fato de existir, já se constitui em estímulo para o seu uso absurdo e abusivo, provocando o seu abastardamento, denominação que Fabrício dá ao fenômeno da disfunção, cuja responsabilidade mais visível o articulista, sem excluir os juízes, atribui “aos advogados, que não raro se servem dos embargos tão-somente para ganhar tempo, inclusive com vistas à elaboração de outras peças processuais”¹⁵².

¹⁵¹ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013, p. 29.

¹⁵² *Ibid.*, p. 31.

O próprio Adroaldo Furtado Fabrício, ao criticar a Súmula 98¹⁵³ do STJ, oferece um exemplo paradigmático de como os embargos de declaração podem ser manipulados quando o objetivo é dar um jeitinho, o que só lhe confirma a índole protelatória. Não obstante o entendimento perfilhado na súmula, há, em verdade, um verdadeiro desserviço ao direito:

Tal como vem sendo aplicada, ela fornece verdadeiro salvo-conduto ao embargante, inclusive o malicioso, contra a sanção legal estipulada para os casos de embargos manifestamente protelatórios. Basta acenar com a intenção de recorrer extraordinariamente e alega que para isso necessita de esclarecimento, para forrar-se o recorrente à multa. Certo, há o requisito do notório propósito de pré-questionar, mas como aferir-se a notoriedade senão pela assertiva da parte?¹⁵⁴

É difícil, pois, defender a importância e a necessidade de reabilitação de um instituto em relação ao qual as portas – muitas, largas e profundas – se acham abertas. Quem necessita de reabilitação é a dogmática jurídica, que ignora uma prática forense prenhe de abusos e improbidades processuais, a grande maioria delas provocadas pela virose procrastinatória denominada embargos de declaração.

Com efeito, seria preciso ser um Ulisses de boa têmpera para, movido unicamente pelo desejo de eternizar uma ação judicial, resistir à tentação de usar os embargos declaratórios, tamanha a facilidade de manejo¹⁵⁵. Há quem defenda que se trata de um recurso, e do ponto de vista legal o é, mas, dentre todos, é o único contemplado por uma dupla facilidade: independe de preparo e interrompe o prazo para a interposição de outros recursos.

Mas a rede de facilitação, em matéria de juízo de admissibilidade, não se esgota nesses exemplos. Para além disso, trata-se de instrumento apropriado para acomodar toda sorte de subjetividade. O pressuposto recursal do interesse de recorrer, por exemplo, é relativizado dado que a sucumbência não é requisito obrigatório, sem dizer que pelo menos duas das hipóteses legais de cabimento (obscuridade e omissão), por força do conceito quase líquido e vago (no sentido de que podem assumir várias formas), são facilmente manipuladas como instrumento de meras irresignações subjetivas, em que pese o esforço de detalhar as hipóteses, no quesito omissão, no projeto do novo CPC¹⁵⁶.

¹⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 98. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

¹⁵⁴ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013, p. 33-34.

¹⁵⁵ O anunciado novo CPC lhe preserva o poder de interromper o prazo para interposição dos demais recursos e não faz qualquer tipo de restrição quanto a modalidade de decisão constrangida por meio dos embargos de declaração.

¹⁵⁶ Conforme parágrafo único da atual redação do artigo 1.035 do Projeto do novo CPC, aprovado na Câmara dos Deputados e que aguarda votação no Senado Federal.

Segundo Fabrício, para quem os embargos são “um recurso de configuração consideravelmente diferenciada”, é admissível que se entenda que as hipóteses de ensejadoras, tal como previstas na redação atual do art. 535 do CPC, não primam pela objetividade pela razão de que onde o juiz não as identifica a parte interessada pode enxergar contradição, omissão ou obscuridade¹⁵⁷. Fábio Milman, enfrentando a questão da improbidade processual¹⁵⁸, destaca, citando José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁹, o uso inescrupuloso (a que dá o nome de chicana) dos embargos de declaração e do jeitinho (a que denomina como *arma de chicana*) por conta, justamente, da rede de facilidade que gera o instituto:

Sem quaisquer despesas, fácil para a parte pouco interessada no termo final do processo juntar aos autos uma peça despretensiosa, para a qual a lei não exige maiores rigores de forma obtendo, desse modo, às vezes por vários meses, a paralisação do feito com prejuízo para a parte embargada e evidente vantagem, pela demora, para o embargante. Apesar da expressa cominação contida no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil, na rotina judicial “não tem sido raro o manejo inescrupuloso dos embargos declaratórios, como arma de chicana. Às vezes, sucedem-se embargos em cascata, a partir da mesma decisão, tumultuando o feito”¹⁶⁰.

Exemplo emblemático do uso irracional e em cascata dos embargos de declaração é o do processo relativo ao Recurso Extraordinário nº 222.752, mencionado no final do item 2, página 24, deste capítulo, cuja movimentação, extraída do site do STF, foi reproduzida por Lenio Streck:

RE 222.752 – Recurso Extraordinário. Recurso Extraordinário. 1. Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 2. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 3. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 4. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 5. Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 6. Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 7. Ag. Reg. No Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário. 8. Emb. Decl. No Ag. Reg. No Ag. Reg. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No Recurso Extraordinário¹⁶¹.

¹⁵⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013, p.6.

¹⁵⁸ MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. V, p. 552-3 *apud* MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

¹⁶⁰ MILMAN, op. cit., p. 158.

¹⁶¹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

Como postular uma racionalidade no sistema recursal à vista de um paradigma como esse? Não obstante, Fabrício, mesmo reconhecendo que o instituto hoje se acha lançado ao mais completo descrédito, defende a ideia de que é preciso “buscar meios de resgatar esse remédio processual sumamente útil e importante”¹⁶².

Não é, contudo, o que pensa Bruno Gadelha Xavier que, de forma radical, propõe, em artigo, seja o herói processual renomeado para “embargos do malandro”¹⁶³. Para o articulista, que estabelece uma vinculação direta entre os embargos de declaração e o jeitinho brasileiro, são raros os que se dão conta de que esse instrumento processual da prática forense pode ser ligado a um leque de valores prejudiciais a uma cultura jurídica que mancha não somente o Judiciário, mas também todo o Estado, o que não deixa de ser preocupante principalmente pelo fato de que “o valor que o jeitinho brasileiro propõe foi absorvido, justamente, por quem não poderia absorver: as instituições estatais”¹⁶⁴. Acrescenta que a manutenção desse meio de impugnação de decisões judiciais, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, não passa de um “jeitinho” de admitir o desprezo pelo dever de fundamentar, o que revela que não avançamos além do plano do sonho (*traum*) constitucional.

E se são um instrumento da malandragem, como pretende Xavier, por conta de suas peraltices, os embargos constituem-se, repita-se, no legítimo representante do jeitinho brasileiro na cultura jurídica. Isso permite concluir com uma paráfrase do famoso dístico¹⁶⁵ *macunaímico*, que *pouco direito e muito jeitinho os males do Brasil são*¹⁶⁶.

¹⁶² FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013, p. 31.

¹⁶³ XAVIER, Bruno Gadelha. Jeitinho brasileiro e embargos de declaração: por uma análise sociológica do *traum* constitucional de respostas fundamentadas. *Panóptica*, Vitória, vol. 8, n.1, 2013. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/298>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 149-153.

¹⁶⁵ Na forma original: “POUCA SAÚDE E MUITA SAÚVA, OS MALES DO BRASIL SÃO”, in ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Martins Fontes, 1974, p. 105.

¹⁶⁶ Quando se reporta ao dístico andradiano, a intenção não é categorizar o Brasil como o *locus* privilegiado e inapelável do jeitinho no seu sentido mais daninho, muito menos professar uma visão reducionista de que o homem mediano brasileiro opera unicamente com aquela lógica. O recurso, embora insistente, é mais metafórico, tem caráter pedagógico e homenageia o líder da Semana de Arte Moderna de 1922, que bem soube compreender a gente brasileira. O objetivo é, pois, refletir criticamente este estado de natureza jurídico e social, provocar angústia no sentido de desconfortar, remover/revolver os sulcos profundos da alma e indignar-se contra o senso comum teórico (que habita a cultura jurídica brasileira) e contra o fatalismo (que abate e cria o imaginário de que as coisas aqui sempre foram assim mesmo e assim permanecerão), impedindo qualquer tentativa de desvelamento e de *acontecer*.

3 DA HISTÓRIA E DO LEGADO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Este capítulo tem como ponto de partida a origem histórica dos embargos de declaração. De onde vieram, como chegaram e se multiplicaram no Brasil e no que resultaram, sem esquecer o cotejo com o direito comparado. Pretende-se, com estes aportes iniciais, trazer à baila os elementos de pré-compreensão de sua leitura no Brasil e do legado representado pela passagem de um estado fisiológico para o patológico como resultado do impacto causado pelas transformações legislativas desordenadas e pelo papel exercido pela jurisprudência dos tribunais nas diversas mutações do instituto, que tantas foram que lhe desconfiguraram a formatação original, fruto de um criacionismo judicial sem controle que permite afirmar que a desordenada disfunção do instituto não deixa de ser um sintoma de decisões judiciais ainda presas à filosofia da consciência, situação agravada pela ausência de uma teoria da decisão judicial que controle a interpretação e aplicação judicial do direito.

3.1 A origem e o direito comparado do jeitinho jurídico

Quando se fala na origem dos embargos de declaração, uma referência obrigatória é Moacyr Lobo da Costa¹⁶⁷. Para ele,

é ponto pacífico na história do direito lusitano que os embargos, como meio de obstar ou impedir os efeitos de um ato ou decisão judicial, são criação genuína daquele direito, sem qualquer antecedente conhecido, asseverando os autores que de semelhante remédio processual não se encontra o menor traço no direito romano, no germânico ou no canônico, nem nos ordenamentos jurídicos dos diversos povos de civilização ocidental, que se formaram em decorrência da interpretação daqueles três grandes sistemas, de que no fundo todos somos tributários.

É natural a expressa referência à inexistência do instituto nos direitos romano, germânico ou canônico, eis que são a matriz da formação da ordem jurídica brasileira. Por sua vez, Candido de Oliveira Filho vai mais além e no clássico *Theoria e prática dos embargos*¹⁶⁸ afirma que

não conhecia o direito romano os embargos como remédio contra as sentenças; pois só admitia contras estas as appellações e, contra as acções, as excepções. Ulpiano attesta, nesse sentido, que, proferida a sentença, terminava o officio do juiz e que, houvesse elle decidido bem ou mal, não podia mais corrigir o seu acto. [...] A deficiência, porém, e a irregularidade da organização judiciária da nonarchia portuguesa, bem como as dificuldades das appellações, introduziram o costume de

¹⁶⁷ COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

¹⁶⁸ OLIVEIRA FILHO, Cândido de. *Theoria e pratica dos embargos*. Rio de Janeiro: Typ. Revista dos Tribunais, 1918. p. 29-30.

se pedir aos juízes a reconsideração de sua própria sentença, sinão para revogal-as, ao menos para modificá-las ou declará-las, deduzindo as partes as razões em que para isto se fundavam. E' esta a origem dos embargos ás sentenças – recurso que, segundo vimos, geralmente tende a obter do juiz prolator da sentença que ele mesmo a declare, quando é escura, contraditória, omissa ou ambígua (embargos de declaração), a modifique, em sua extensão ou em algum ponto acidental (embargos modificativos), ou a revogue (embargos ofensivos)¹⁶⁹.

É fácil perceber, pois, que no direito romano, e segundo a lição de Ulpiano, o ofício do juiz chegava ao final com a prolação da sentença, sem qualquer tipo de exceção, diferentemente do que ocorre na legislação brasileira, a exemplo – e limitado a este, porque o instituto é objeto de regulação na CLT e no CPP – do disposto no art. 463, I e II, do CPC¹⁷⁰. Por essa razão, pode-se afirmar que o direito romano não conheceu os embargos de declaração, na verdade uma invenção lusitana.

Estabelecida a premissa, há que indagar acerca do marco temporal do surgimento dos embargos de declaração em Portugal e no Brasil. Nesse sentido, é corrente a ideia de que apareceram com as chamadas Ordenações Portuguesas do Reino, a partir da metade do século XV. De fato, a primeira das Ordenações, as Afonsinas, assim dispõem, no item 4 (equivalente, em redação de hoje, ao artigo 4º) do Livro III do Título LXVIII (Das Sentenças Definitivas):

E (sic) dizemos ainda, que depois que o julgador der huuma vez Sentença defenetiva em alguum Feito, nam há mais poder de ha revogar dando outra contraira; e se a revoguaaffe, e deffe outra contraira depois, a outra fegunda ferá nenhuuma per Direito. Pero nam tolhemos, que fe o Julgador der alguua Sentença duvidofa, por ter em fyalguumas palavras efcuras, e intrincadas, porque em tal cafo as poderá bem declarar; porque outorguado he per Dreito ao Julgador, que poffa declarar, e interpretar qualquer Sentença per elle dada, ainda que seja defenetiva,

¹⁶⁹ Interessante como, a partir de um relato de OLIVEIRA FILHO, Cândido (*Theoria e pratica dos embargos*. Rio de Janeiro: Typ. Revista dos Tribunais, 1918, p. 31-32), se percebe que o instituto já nasceu com a vocação para o abuso: “A latitude, que a lei e a pratica do fôro tinham dado aos recursos de agravo de petição e instrumento e de embargos à sentença, era um grande obstáculo à expedição dos processos forenses e á prompta decisão dos litígios. Referindo-se aos males resultantes da ampliação dos casos de agravo, escrevia o Conselheiro Paulino Soares de Souza, na exposição de motivos do decreto n. 143, de 15 de março de 1842: “...Embora o salutar preceito da Ord. Do Liv. 3º, Tit. 20, § 46, e Tit. 74, § 5º prescrevesse que não se pode agravar senão nos casos expressos nas Ordenações, a prática e o abuso prevalecerão em contrário, auxiliados pelas corruptelas do fôro, pelo interesse dos advogados e escrivães, pelo espírito de chicana, e pela ignorância e negligência de muitos juízes. Assim, os agravos inundarão o fôro, enredarão as causas, e contribuirão poderosamente para arruinar e reduzir á desesperação muitos dos que procurarão a justiça. O fôro desta Capital foi um daqueles onde o mal mais se fez sentir”. Esses conceitos severos poderiam ser também aplicados á descrição dos abusos que ocorriam a respeito dos embargos á sentença. Dahi a reação, operada, quase na mesma época, na legislação portuguesa e na brasileira, no sentido de restringir, e até de suprimir, os agravos de petição e de instrumentos e os embargos á sentença”. (Grifo nosso).

¹⁷⁰ “Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I – para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II – por meio de embargos de declaração”.

feduvioza for; e nam somente a effejuador, que effa Sentença deu, mas ainda ao seu fobceffor, que lhe fobcedeo o Officio de julgar¹⁷¹.

Por sua vez, as Ordenações Manuelinas, que datam do início do século XVI, e substituíram as Afonsinas, reproduziram a mesma lógica, no que foram seguidas, no começo do XVII, pela ordenação seguinte, as Filipinas. De comum entre elas está o fato de que ter a matéria regulada no mesmo título, aquele destinado às Sentenças Definitivas e não no que disciplina os recursos.

Entretanto, o entendimento de que os embargos de declaração surgiram com as ordenações do reino não conta com a concordância de Vicente Miranda¹⁷², para quem, embora sem a denominação embargos, antes mesmo das Ordenações Afonsinas já existia no direito português um meio de impugnação de decisão judicial de caráter obstativo que tinha similitude com o que depois veio a assim chamar-se. Ainda que sem indicação de data e de sua promulgação, essa norma foi inserida no Livro das Leis e Posturas, encontrando-se, sob a perspectiva temporal, intermediada entre uma lei de D. Diniz e outra de D. Afonso III.

O Brasil Colônia se submeteu, por evidente, às Ordenações do Reino. Mesmo após a declaração da independência, as Ordenações Filipinas continuaram em vigor em matéria de aplicação do direito civil. Com o surgimento do Código Criminal do Império de 1830 e do Código Comercial de 1850, impôs-se a necessidade de se estabelecer regras processuais para aplicá-las, sendo, em 25 de novembro de 1850, publicado o que muitos consideram o primeiro Código processual brasileiro: o Regulamento 737, onde os embargos de declaração figuram no Título denominado “Dos Recursos” e se lhe dedicam os artigos 639, 641, 643 e 664, os três primeiros destinados a impugnar as sentenças, e o último, os acórdãos. Em seguida, aparece a “Consolidação Ribas”, de 28.12.1876, que reúne toda legislação processual civil, continuando os embargos como objeto de regulação, embora não figurem no título destinado aos recursos, eis que se copiou o modelo adotado pelas Ordenações.

Após a proclamação da República, ocorre nova reunião de leis processuais, a chamada Consolidação José Higino Duarte Pereira, de maior abrangência que a anterior, na qual os embargos voltam a figurar no título destinado aos recursos. Com o advento da primeira Constituição republicana (1891), que conferia aos estados a competência para legislar sobre matéria processual, cada unidade da federação criou o próprio Código de processo civil, dispondo, a seu modo, sobre os embargos.

¹⁷¹ PORTUGAL. Ordenações e leis do reyno de Portugal. *Ordenações Afonsinas*: livro III. [S.l., 2013?]. reprodução *fac-símile*. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihiti/proj/afo-nsinas/>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

¹⁷² MIRANDA, Vicente. *Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 18.

Na Constituição de 1934, a competência para legislar sobre matéria processual passou a ser privativa da União Federal e toda legislação processual foi unificada. É quando surge o CPC de 1939, que deu tratamento de recurso aos embargos.

Com a entrada em vigor do CPC de 1973, a história dos embargos se divide em duas etapas: antes e depois da reforma de 1994. Antes, tinham um duplo tratamento: eram considerados como recurso quando opostos contra acórdão e assim faziam parte do respectivo título, com prazo de cinco dias para interposição, mas também se previa a sua oposição contra as sentenças de primeiro grau, disciplinados fora do título dos recursos, com prazo para interposição de apenas 48 horas. Esse duplo tratamento gerou a famosa controvérsia, que ainda grassa, acerca da natureza jurídica do instituto, sendo que, em ambas as hipóteses, não se submetiam a qualquer tipo de preparo e suspendia o prazo para a interposição de outros recursos.

Após a reforma de 1994, aos embargos foi dado tão somente o tratamento de recurso, revogando-se os artigos 464/465 do CPC. Outras modificações ocorreram: unificou-se o prazo para cinco dias, excluiu-se a hipótese de dúvida como requisito para sua oposição e a penalidade, se reconhecido o caráter protelatório, passou de 1% para 10%, sem dizer que o seu simples manejo ganhou a força de interromper o prazo para os demais recursos. Apesar das mudanças no CPC, nos Juizados Especiais e no Código Eleitoral, a dúvida persiste como hipótese e o efeito de suspender (mas não de interromper) o prazo para a interposição de outros recursos permaneceu.

Essa é, em síntese, a origem e o histórico dos Embargos de Declaração na ordem jurídica processual brasileira. Quanto ao direito comparado, de acordo com Antonio Carlos Silva¹⁷³, atualmente, o que confirma as suspeitas de Lenio Streck¹⁷⁴, não obstante a origem lusitana, nem mesmo em Portugal os embargos de declaração figuram como recurso. Dá-se, no máximo, a existência do que Vicente Miranda chama de sucedâneos¹⁷⁵ do referido meio de impugnação de decisões judiciais, o que ocorre, por exemplo, no próprio código Português e no Canônico, no Espanhol, no Francês, no Italiano, no Alemão e no Argentino, que não lhes conferem o *status* de recurso, haja vista que se inserem nos títulos relativos aos pronunciamentos judiciais ou dos defeitos da sentença. Além disso, na maior parte desses

¹⁷³ SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 71.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412.

¹⁷⁵ MIRANDA, Vicente. *Embargos de Declaração no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 27.

códigos, não pode o juiz agir de ofício nem mesmo para corrigir alguma inexatidão material. Do mesmo modo, não admitem modificação do julgado.

Assim, em nenhuma das legislações alienígenas há algo parecido com o que ocorre (não incluídas as figuras clássicas) deste lado ocidental: embargos protelatórios, de má-fé, inquisitórios, repetitivos, pré-questionadores, de caráter modificativo, à base do jeitinho brasileiro¹⁷⁶. Nenhum outro país é refém de um instituto cuja existência é justificada pela grande maioria dos juristas, inclusive do porte de Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁷⁷, como único meio de extrair uma decisão judicial fundamentada, o que representa verdadeiro menoscabo do comando inscrito no art. 93, IX, da CF/88, que estabelece o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

Trata-se de uma dependência que não encontra, pois, justificativa na Constituição Federal se bem analisada a questão sob a perspectiva do que prescreve o inciso IX do artigo 93 da *Norma Normada*. De fato, uma leitura mais séria, e que pugne pela reafirmação da força normativa da Constituição Federal e dos dispositivos que institucionalizaram os embargos de declaração na legislação processual infraconstitucional, certamente levará o intérprete a concluir pela flagrante inconstitucionalidade, dado que a incompatibilidade com a ordem constitucional está à flor da pele, a olhos vistos, não sendo algo não dito ou não escrito cuja revelação depende de um esforço interpretativo de maior fôlego.

Aliás, Lenio Streck¹⁷⁸, costuma dizer, e não cansa de repetir, que uma ordem jurídica que fica na dependência de um instituto como o dos embargos de declaração não pode dar certo. É que são os embargos uma categoria jurídica com existência desprovida do menor sentido em legislações como a da Europa, cujo Tribunal de Direitos Humanos, levando a sério

¹⁷⁶ Essa modalidade é uma espécie de derivação dos embargos pré-questionadores. A *patologia* da patologia. Trata-se daqueles embargos contra decisão – ainda que não padeça de nenhum dos pecados originais, como obscuridade, contradição, omissão, erro ou inexatidão material em relação aos fatos da causa deduzidos em juízo que lhe justifique a oposição – em que o embargante, inconformado com o revés, pretende obter do juiz ou tribunal manifestação sobre questão federal ou constitucional que em momento algum foi suscitada (nem por ele próprio, nem pela parte adversa, em momento anterior) nos autos. Em hipóteses que tais, o velado objetivo é o de ver aberta a estreita porta de eventual recurso especial ou extraordinário. E não há que se falar em omissão, dado que não é omissa a decisão que não aprecia matéria não levantada pelas partes e que somente veio a ser ventilada por ocasião do manejo dos embargos.

¹⁷⁷ Com efeito, no livro *Omissão Judicial e Embargos de Declaração* (São Paulo, RT, 2005, p. 16-18), diz a renomada processualista que “hoje, parece poder-se sustentar sem sombra de dúvida que os embargos de declaração têm raízes constitucionais. Prestam-se a garantir o direito que tem o jurisdicionado de ver seus conflitos (*lato sensu*) apreciados pelo Poder Judiciário. As tendências contemporaneamente predominantes só permitiriam entender que este direito estaria satisfeito sendo efetivamente garantida ao jurisdicionado a prestação jurisdicional feita por meio de decisões claras, completas e coerentes *interna corporis*”. (Grifo do autor).

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 413.

o que dispõe a Convenção Europeia de Direitos Humanos¹⁷⁹, considera que a fundamentação das decisões judiciais é um direito fundamental do indivíduo, daí porque devem estar justificadas, o que se faz mediante a exposição, pelo juiz, das razões que o levaram a adotar determinada solução para o conflito de interesses que lhe foi submetido.

3.2 As transformações legislativas e o criacionismo jurisprudencial: da fisiologia à patologia

Ao longo do tempo as transformações legislativas, assim como o criacionismo jurisprudencial, desfiguraram o formato original dos embargos de declaração e o estimularam a uma trajetória de travessuras desnudas de qualquer caráter. É o que se chama de passagem da fisiologia para a patologia, cujo exemplo mais emblemático do fenômeno talvez seja o que se relaciona com a chamada (dis)função “prequestionadora” dos embargos, fruto de um profícuo criacionismo judicial darwiniano. Essa sintomatologia pode ser facilmente identificada nas palavras de Luís Eduardo Simardi Fernandes¹⁸⁰:

Uma vez constatado que a admissão dos recursos extraordinário e especial depende do atendimento do requisito prequestionamento, visto este como a efetiva manifestação do órgão *a quo* sobre determinada questão constitucional ou de lei federal, necessário estudar o instrumento de que dispõe a parte para pleitear o preenchimento desse requisito. (Grifo do autor).

Onde está escrito isso? Que lei ou norma que, fruto de um Estado Democrático de Direito, exige da parte interessada o manejo de um instrumento para fazer valer um pressuposto específico para a admissibilidade de um recurso de natureza extraordinária? Procure-se, em plena luz do dia, com a lanterna de Diógenes na mão, e não se a encontrará. É que se trata de puro criacionismo judicial, ou de mais uma, entre tantas, demonstração da vocação darwiniana da jurisprudência brasileira. Aliás, o próprio autor citado é quem oferece a resposta:

¹⁷⁹ Decisões prolatadas nos seguintes casos: Van de Hurk c Holanda e Ruiz Torija e Hiro Balani c. Espanha, em 19 de abril de 1994 e 09 de dezembro de 1994, respectivamente. Veja, adiante, nas páginas 153-154 deste estudo, parte das razões de decidir reproduzidas por André Leonardo Copetti Santos no artigo *A Incompatibilidade das Decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre a filosofia e direito. Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>. Acesso em: 15.06.2013.

¹⁸⁰ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 254.

E, de fato, nosso sistema, *com suporte na doutrina e na jurisprudência nacional*, concede à parte um instrumento para exigir do órgão julgador que se manifeste sobre questão federal ou constitucional debatida nos autos, Referimo-nos aos chamados embargos de declaração “presquestionadores”. A necessidade de se oporem esses embargos, quando a matéria federal ou constitucional não foi decidida no aresto recorrido, *é amplamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça*¹⁸¹. (Grifo do autor).

A propósito das expressões destacadas, necessário que se diga, a título de ajuste: a exigência não é apenas amplamente reconhecida pelo STF e STJ. A rigor, trata-se, pois, de criação mesmo. É o que se depreende das razões do voto, parcialmente reproduzidas por Fernandes em notas de rodapé, do Min. Sepúlveda Pertence, relator do AgRg no AgIn 204-272-3/MG¹⁸², em que deixa claro que “à satisfação do requisito do prequestionamento importa que o acórdão recorrido tenha discutido a matéria constitucional suscitada no recurso extraordinário. Assim sendo, ainda que a matéria tenha sido ventilada, como alega o agravante, incessantemente, desde a petição inicial, se o STF não se manifestou sobre a questão, cumpria ao agravante provocá-lo mediante embargos de declaração”¹⁸³.

Não se discute aqui a necessidade do prequestionamento da matéria constitucional ou federal para o manejo com sucesso dos recursos extraordinário e especial, porquanto se trata de requisito com lastro constitucional desde a primeira Constituição republicana¹⁸⁴. O que é, no mínimo, discutível, é o fato de se lançar mão de um instituto, mediante criação judicial, para servir de calço, ou de empurrãozinho para satisfazer um pressuposto recursal.

A própria definição do que seja pré-questionamento é um indicador da irracionalidade do sistema. Nesse sentido, para arrefecer seus efeitos, solução razoável seria rever o entendimento consolidado sobre o que seja pré-questionamento, exigindo-se, ao invés, de manifestação expressa na decisão recorrida, que a matéria tenha sido ventilada ou abordada pelas partes a partir da inicial. É claro que isso passa pela mudança de orientação dos tribunais superiores, em especial o STF e o STJ, o que é improvável.

¹⁸¹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 255, itálicos acrescidos.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 204272-3/MG. 2ª Turma*. Agravante: Partido da Frente Liberal - PFL. Agravados: Avay Miranda; Joel da Cruz Santos. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília, DF, n. 58, 26 de mar. 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=58&dataPublicacao=26/03/1999&incidente=3516433&capitulo=5&codigoMateria=3&numeroMateria=8&texto=635372>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁸³ FERNANDES, op. cit., p. 255-256.

¹⁸⁴ BRASIL. *Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Art. 59, § 1º, a: § 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contra ela. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Aliás, bem a propósito e sob outra perspectiva, falar-se que a matéria somente se encontra pré-questionada em caso de expressa manifestação no acórdão recorrido acerca da matéria federal ou constitucional não diz muita coisa e contribui para agravar o estado de caos hermenêutico em que se encontra mergulhada a dogmática jurídica. No caso de a leitura que o STF e o STJ fazem quando a questão federal ou constitucional surge na própria decisão contra a qual se pretende interpor recurso especial ou extraordinário, conforme seja a matéria suscitada, seria razoável supor que se encontra preenchido o requisito do pré-questionamento, não havendo necessidade de oposição de embargos de declaração com esse objetivo, eis que a violação de lei federal ou à Constituição Federal surgiu na própria decisão impugnada. Este, contudo, não é um entendimento de fácil aceitação, pois, segundo Fernandes¹⁸⁵, não conta com grande apoio nos tribunais, que reiteradamente vêm decidindo em contrário, sustentando a necessidade de oposição dos embargos ditos como “pré-questionadores” quando a questão federal ou constitucional surge na própria decisão contra a qual se pretende manejar o recurso especial ou extraordinário.

À vista dessa posição, é impossível não associar os embargos de declaração com Macunaíma, o protagonista de Mário de Andrade, o herói sem nenhum caráter ou sem caráter definido. É que, ao mesmo tempo em que o discutível herói é prenhe de ardis, também se revela facilmente manobrável, pois se deixa levar para qualquer lugar ou direção. Do mesmo modo, num primeiro momento a dogmática jurídica se serve do “herói” para exigir-lhe o manejo para demonstrar que a matéria federal ou constitucional foi pré-questionada, viabilizando assim o futuro recurso de natureza extraordinária. Pode-se até vislumbrar um mínimo de racionalidade, dado que, se na instância anterior (única ou última instância) não houve pronunciamento acerca de matéria federal ou constitucional, a oposição dos embargos de declaração cumpre a função de arrancar expressa manifestação a respeito, o que revela, inclusive, coerência com a finalidade para o qual foi concebido, à luz do que dispõe o art. 535, II, do CPC, uma vez que, na hipótese, a omissão é flagrante.

O mesmo, contudo, não se pode afirmar quando a questão federal ou constitucional emerge na própria decisão contra a qual se pretende interpor um dos apelos extraordinários, eis que a matéria, a toda evidência, já se encontra agitada, ou, dizendo de outro modo, já houve manifestação expressa, não fazendo sentido exigir a oposição de embargos de

¹⁸⁵ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 282.

declaração para pré-questionar matéria já exposta¹⁸⁶. Essa perspectiva expõe a olho nu o grau de irracionalidade do sistema jurídico pátrio, sendo o termômetro da discricionariedade judicial que, por sua vez, é indicativa de uma postura positivista própria de quem ainda se encontra preso à filosofia da consciência e se apodera de todos os sentidos possíveis¹⁸⁷, sendo o número elevado de embargos de declaração uma prova viva disso. Na verdade, embora seja racional entender pela desnecessidade dos embargos de declaração com efeitos pré-questionadores na hipótese de a própria decisão objeto de recurso especial ou extraordinário se configurar como ato violador de norma federal ou constitucional, parte da doutrina, como revela Fernandes¹⁸⁸, tem recomendado por cautela a sua oposição, evitando-se, dessa forma, o trancamento do recurso extraordinário ao argumento de ausência de pré-questionamento.

Outro exemplo típico da desnecessidade e do uso *macunaimicamente* abusivo¹⁸⁹ dos embargos diz respeito ao erro material¹⁹⁰. Não obstante disponha o artigo 463, I, do CPC que ele pode ser corrigido de ofício pelo próprio juiz, ou a requerimento da parte (mediante simples petição, por óbvio), não raras vezes se os oferecem para ter o manto da interrupção do prazo para a interposição do recurso principal. É certo que nem sempre o juiz se dá conta do erro material e o corrige, precisando, às vezes, ser alertado, mas isso pode ser feito por simples petição, o que raramente ocorre: a via eleita são os embargos. A propósito, Lenio Streck, denuncia essa irracionalidade ao afirmar que

um dos indicadores da prevalência das posturas positivistas – e, portanto, da discricionariedade judicial que lhe é inerente – está no escandaloso número de embargos de declaração proposto diariamente no Brasil. Ora, uma decisão fundamentada/justificada (nos termos de uma resposta correta/adequada à Constituição, a partir da exigência da máxima justificação) não poderia demandar “esclarecimentos” acerca da *holding* ou do *dictum* da decisão. Os embargos de declaração – e acrescente-se, aqui, o absurdo representado pelos “embargos de pré-

¹⁸⁶ Toda essa discussão sobre a “necessidade de pré-questionamento” deverá, em parte, perder o sentido com a aprovação definitiva do novo CPC, desde que mantida a atual a redação, aprovada na Câmara Federal, do art. 1.038: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante pleiteou, para fins de prequestionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

¹⁸⁷ Compartilha-se com a tese sustentada insistentemente por Lenio Streck de que a discricionariedade é a principal característica do positivismo kelseniano-hartiano; daí por que os embargos de declaração, se não lhe forem um subproduto, são, no mínimo, um sintoma. Para entender melhor a questão, ver, dentre outros ensaios do autor, *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index-.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁸⁸ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de Declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 284.

¹⁸⁹ Leia-se: maliciosamente, malandramente, com esperteza.

¹⁹⁰ Sobre “erro material”, ver nota de rodapé nº 539 (capítulo 4, subitem 5.2), onde se faz uma crítica a esse tipo de postura defendida por, dentre outros, VIVEIROS, Estefânia (*Os limites do juiz para a correção do erro material*. Brasília: Galeria Jurídica, 2013. p. 177-178).

questionamento” (*sic*) demonstram a irracionalidade positivista do sistema jurídico¹⁹¹. (Grifo do autor).

Em outro texto, em nota de rodapé explicativa, Lenio Streck¹⁹², ao criticar as posturas positivistas, destaca que o diagnóstico não é só uma questão de mera irracionalidade, mas também se configura como um surrealismo de fazer inveja a um Júlio Cortázar ou a Jorge Luiz Borges. Com efeito, na referida nota Streck destaca que

os embargos de declaração beiram ao surrealismo, uma vez que, estando os juízes e tribunais obrigados a fundamentar as decisões (art. 93 da Constituição), diariamente milhares de embargos (que são recursos judiciais) são interpostos, instando os juízes a “explicarem” as razões pelas quais decidiram de um modo e não de outro. Quando se trata de matéria constitucional, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu como condição de admissibilidade a interposição de “embargos de prequestionamento”, recurso pelo qual a parte “pede” para o Tribunal recorrido diga qual o dispositivo da Constituição que a sentença violou!”¹⁹³.

Verdade se diga que, no princípio, os embargos de declaração se prestavam e tinham uma configuração meramente esclarecedora e a irracionalidade não era tão flagrante.

A propósito, Silva¹⁹⁴ faz um interessante quadro comparativo entre os vários regramentos dos embargos declaratórios no Brasil, do Regulamento 737 de 1850 à reforma do CPC de 1994, incluindo as disposições normativas de dois outros diplomas: a Lei nº 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Código Eleitoral Brasileiro. O quadro, formatado segundo as variáveis formas de interposição, hipóteses de admissibilidade, prazo para interposição, contraditório com vista obrigatória para a parte contrária e efeito sobre o prazo¹⁹⁵, tem caráter didático e visa registrar as transformações legislativas por que passaram os embargos de declaração, destacando-se, de modo resumido, o seguinte:

a) Na forma de interposição, não houve nenhuma mudança, a não ser quando do seu manejo nos Juizados Especiais Cíveis que, a par da petição escrita, admite a oral. Nos demais diplomas legais (Regulamento 737 de 1850, Consolidação Ribas de 1876, Consolidação José Higino Duarte Pereira de 1898, CPC da Bahia, de Minas Gerais e de São Paulo; CPC de 1939, CPC original de 1973, CPC após a reforma de 1994 e

¹⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

¹⁹² Id. Uma Visão Hermenêutica do Papel da Constituição em Países Periféricos. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política Criminal Estado e Democracia: Homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 129-147.

¹⁹³ Ibid., p. 141.

¹⁹⁴ SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de Declaração no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 67-69.

¹⁹⁵ Ibid., p. 67-69.

Código Eleitoral Brasileiro) há um tratamento comum: simples petição dirigida ao juiz prolator da sentença ou ao relator ou ao tribunal;

b) Nas hipóteses de admissibilidade, verifica-se um grau maior de variações. De um modo geral a obscuridade, a ambiguidade, a contradição ou a omissão no julgado figuram como pressupostos nos seguintes diplomas legais: Regulamento 737 de 1850, Consolidação José Higino Duarte Pereira de 1898 e nos CPC da Bahia, de Minas Gerais e de São Paulo. Na Consolidação Ribas de 1876 estão presentes as hipóteses mais hilárias de todas, pois eram admitidos sempre que as sentenças fossem duvidosas ou que nelas contivessem palavras escuras ou intrincadas (sic). A ambiguidade deixa de ser pressuposto a partir do CPC de 1939, que limita a admissibilidade a três hipóteses: obscuridade, contradição e omissão. O CPC de 1973 insiste nas mesmas hipóteses e acrescenta uma quarta: a dúvida, excluída após a reforma de 1994 e que, não obstante, permanece incólume nos Juizados Especiais Cíveis e no Código Eleitoral Brasileiro, ao lado da contradição, obscuridade e omissão;

c) No prazo para interposição, dez dias era o comum no Regulamento 737 de 1850, Consolidação Ribas de 1876, Consolidação José Higino Duarte Pereira de 1898 e no CPC de Minas Gerais, sendo de 48 horas no CPC de São Paulo, no CPC de 1939 e no CPC original de 1973, desde que a decisão impugnada fosse uma sentença, e de cinco dias se acórdão. A reforma do CPC de 1994 unificou o prazo para cinco dias, o mesmo dos Juizados Especiais Cíveis, sendo de três dias no Código Eleitoral Brasileiro;

d) Na observância do contraditório com manifestação da parte contrária, não havia previsão no Regulamento 737 de 1850, nem nos CPC da Bahia e de Minas Gerais e no CPC original de 1973. O CPC de 1939 determinava expressamente que não seria ouvida a parte contrária, também não havendo essa previsão nos Juizados Especiais Cíveis e no Código Eleitoral Brasileiro. Na Consolidação Ribas, cabia ao juiz julgar a conveniência das partes oferecerem razões aos embargos, hipótese em que inicialmente ouvia o embargado e, em seguida, abria oportunidade ao embargante. Na Consolidação José Higino Duarte Pereira de 1898, o contraditório era expressamente previsto. No CPC de São Paulo não havia determinação de oitiva da parte contrária, que poderia impugnar os embargos por petição ou memorial. Por fim, no CPC pós-reforma de 94, não há, como se sabe, previsão de contraditório, embora o

entendimento predominante na jurisprudência seja o de que, vislumbrada a modificação do julgado, a parte contrária deve ser ouvida¹⁹⁶;

e) No efeito sobre o prazo, não havia previsão no Regulamento 737 de 1850, na Consolidação Ribas de 1876, na Consolidação José Higino Duarte Pereira de 1898 e no CPC da Bahia. Os CPC de Minas Gerais e de São Paulo, suspendiam o prazo para a interposição de outro recurso, o mesmo se dando no CPC de 1939, exceto se considerados manifestamente protelatórios, o que também estava no CPC original de 1973, com o detalhe de cominação de multa de até 1% sobre o valor da causa, sem dizer da suspensão do prazo para a interposição de outro recurso nos Juizados Especiais Cíveis e no Código Eleitoral. Por fim, no CPC pós reforma de 1994, o efeito é da interrupção do prazo para a interposição de outro recurso, com cominação de multa de até 1% sobre o valor da causa, se considerados protelatórios, podendo ser elevada até em 10% em caso de reiteração protelatória.

Esse é, em síntese, o quadro comparativo dos embargos de declaração de sua origem aos dias atuais, o que revela como o instituto foi, darwinianamente, se adaptando. Contudo, esse quadro, desenvolvido por Antonio Carlos Silva, não é completo, pois o autor omitiu os embargos de declaração regulados no CPP e na CLT. Nesta, trata-se de idêntica medida, embora meio esquecida e escondida na periferia, como é próprio (também) do espírito de Macunaíma. Ou seja, o processo trabalhista sempre se ressentiu de autonomia científica, tanto que no artigo 769 da CLT prescreve que, nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária, exceto no que lhe for incompatível. Durante décadas, a admissibilidade dos embargos de declaração no processo do trabalho, com fundamento no precitado artigo, foi regulada pela aplicação subsidiária do processo civil, até a edição da Lei nº 9.957/2000, que introduziu na CLT o artigo 897-A¹⁹⁷.

A partir de então, os embargos de declaração no processo do trabalho passaram a ser regulados pelo próprio diploma celetista. Com o detalhe de que a CLT prevê expressamente a hipótese de embargos de declaração com efeitos modificativos, antecipando-se, assim, em dez

¹⁹⁶ O novo CPC, à vista do seu § 2º, art. 1.036, deverá confirmar essa tendência: “O órgão jurisdicional intimará o embargado para, querendo, manifestar-se sobre os embargos opostos no prazo de cinco dias caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

¹⁹⁷ CLT. Art. 897-A: Caberão embargos de declaração da sentença ou acórdão, no prazo de 05 (cinco) dias, devendo seu julgamento ocorrer na primeira audiência ou sessão subsequente a sua apresentação, registrado na certidão, admitido efeito modificativo de decisão nos casos de omissão e contradição no julgado e manifesto equívoco no exame dos pressupostos extrínsecos do recurso. Parágrafo único: Os erros materiais poderão ser corrigidos de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

anos, ao Projeto de Lei nº 8.046/2010¹⁹⁸, que instituiu o novo CPC, já aprovado na Câmara dos Deputados e que, por força das modificações, retornou ao Senado Federal, e que admite expressamente a possibilidade de concessão desses efeitos¹⁹⁹.

No quadro sumariado, que leva em conta apenas o regulado em lei, percebe-se que os embargos de declaração, tal como se encontram hoje, não guardam qualquer relação com sua concepção original, tamanha a distância que separa um perfil do outro. E, se analisada a questão levando-se em conta as diferentes modalidades de embargos criadas pela jurisprudência e pela prática forense, emerge mais um motivo para que não se sustente o mito de que eles têm como fim o aperfeiçoamento das decisões judiciais.

Com efeito, na nota de rodapé nº 28, foi mencionado que Estefânia Viveiros relacionou pelos menos cinco modalidades de embargos de declaração, além dos previstos na legislação processual e destinados a sanar omissão, obscuridade ou contradição. Vale lembrar também que, como consta da mesma nota, J. E. Carreira Alvim acrescenta à lista mais uma modalidade (embargos inquisitórios), tudo fruto de um criacionismo judicial sem peias.

A propósito, João Ghisleni Filho e outros²⁰⁰ reconhecem que hoje os embargos de declaração pouco servem para o aperfeiçoamento da prestação judicial, a ponto de se falar em sua simples extinção por alteração da norma processual. Dizem que, na prática, constata-se uma utilização exacerbada pelos litigantes, seja para obtenção de uma indevida ampliação, seja como instrumento de manifestação da inconformidade com a decisão prolatada, sem dizer que mudanças legislativas desacertadas contribuíram para o uso abusivo.

Uma dessas alterações ocorreu com a Lei 8.950/94, que aumentou e unificou o prazo de interposição recursal para cinco dias, conferindo-se-lhe o efeito de interromper (e não mais de suspender) o prazo para interposição do recurso principal. A alternativa encontrada como contraponto (ou a título de compensação) foi estabelecer uma multa inibidora, em caso de abuso, que não produziu o alcance desejado. Assim, apontam os autores que para cada quatro decisões proferidas se oferece um embargo, o que torna o instituto, no dia a dia, mais uma fase do processo – entendimento comungado pelos ministros do STF Dias Toffoli e Joaquim Barbosa, como precedentemente demonstrado. Isso equivale a dizer que deixaram os

¹⁹⁸ SARNEY, José. Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Origem PLS nº 166/2010). Ementa: Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B48404B16703CA923DC043A0EC3E26D3.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 23 jul. 2014.

¹⁹⁹ A possibilidade de efeitos modificativos está prevista no § 2º do art. 1.036: “O órgão jurisdicional intimará o embargado para, querendo, manifestar-se sobre os embargos opostos no prazo de cinco dias caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada”.

²⁰⁰ GIHISLENI FILHO, João et al. A necessidade de repensar os embargos de declaração. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, RS, 328, p. 7-18, abr. 2011.

embargos de ser um instrumento excepcional destinado ao aperfeiçoamento da decisão judicial para se transformarem em expediente corriqueiro à disposição de profissional despreocupado com a celeridade processual, eis que interessado somente em protelar e tumultuar o processo, ampliar o prazo para o apelo principal ou manifestar inconformismo com a decisão prolatada. Em face disso tudo, chegou-se ao ponto de simplesmente se propor a sua extinção, como medida de celeridade e economia processuais.

A questão central, contudo, não é esta. O essencial não é discutir se hoje os embargos de declaração cumprem ou não a função de “aperfeiçoar o julgado”. Como era costume dizer nos anos de chumbo: “o buraco é mais embaixo”. O problema reside no menoscabo do dever de fundamentar estabelecido no art. 93, IX, da Constituição Federal e na ausência da compreensão, consciente ou não, de que o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais é condição de possibilidade para a desnecessidade da presença dos embargos de declaração na legislação processual infraconstitucional. Isso fica claro quando Lenio Streck²⁰¹, de forma contundente, põe o dedo na ferida e diz que decisão omissa é decisão de juiz que não explica suas decisões, propiciando a produção em série de embargos de declaração.

Trata-se de um círculo vicioso, pois. A questão é: não estaria na hora de nos preocuparmos com efetividades qualitativas? Ao invés de fazer uma sentença rápida — correndo o risco desta ser omissa, obscura ou contraditória — não seria melhor fazer uma boa sentença, que não demandasse embargos de declaração, seguidos de outros embargos e agravos de agravos etc? É de se pensar, pois não? Se eu tivesse que escolher um instituto que represente simbolicamente esse “estado de natureza hermenêutico” (homenagem a Hobbes), escolheria os embargos declaratórios e sua derivação: os embargos declaratórios com efeitos infringentes. Trata-se de uma virose epistêmica que assola o direito, produto da invencionice dos juristas. Isso vem de longe. Desde já lanço a pergunta: como é possível que um Código de Processo Civil (também o de processo penal) admita que um juiz ou tribunal, agentes políticos do Estado, produzam decisões (sentenças e acórdãos) omissas, obscuras ou contraditórias? Ora, se a fundamentação é um dever fundamental do juiz e um direito igualmente fundamental do utente, de que modo se pode admitir que sejam lançadas/promulgadas sentenças com esses vícios? Só para registrar: a Corte Europeia dos Direitos Humanos declarou, de há muito, que a fundamentação, antes de um dever dos juízes e tribunais, é um direito fundamental do cidadão. Fundamentação frágil gera nulidade. Pois é. Lá não tem embargos. Parece evidente que a previsão da possibilidade de um juiz ou tribunal produzir decisões omissas, contraditórias ou obscuras fere frontalmente o artigo 93, inciso IX, da Constituição, além do dispositivo que trata do devido processo legal (também, a do contraditório). Absolutamente inconstitucional. Sempre pensei que uma decisão omissa (vejam no dicionário o significa a palavra “omissão”) seria nula, írrita, nenhuma. Igualmente parece evidente que uma sentença contraditória (portanto, que fere o raciocínio lógico) deveria ser nula, írrita, nenhuma. Finalmente, uma decisão obscura parece

²⁰¹ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 90.

demonstrar uma obscuridade de raciocínio, longe, portanto, daquilo que o próprio CPC estipula como requisito da sentença²⁰².

Em outro texto seminal e contundente²⁰³, Lenio Streck, após indicar as Súmulas Vinculantes como um dos problemas que atormentam o direito processual civil, acrescenta nessa lista os embargos de declaração.

A problemática é tão antiga e não poderia voltar acobertada pelo manto do novo Código de Processo Civil, nem pelo Estado Democrático de Direito e do comando constitucional da igualdade, do contraditório e da fundamentação (este compreendido como direito fundamental). Apesar disso, os embargos declaratórios – sintomas da “abertura” sistêmica do positivismo exegeticó – também está presente no projeto do novo CPC. Efetivamente, os embargos declaratórios não se coadunam com a Constituição. Com efeito, a Constituição estabelece que todas as decisões devem ser fundamentadas/justificadas. Há, portanto, um dever fundamental de motivar/explicitar a decisão. O órgão decisor deve, pois, amplas explicações à sociedade. É o que se pode chamar de *accountability* processual-argumentativa. Consequentemente, uma sentença ou acórdão omissivo, dúbio, incompleto, obscuro o contraditório é, antes de tudo, nulo, írrito, nenhum²⁰⁴. (Grifo do autor).

Streck²⁰⁵ também diz que os positivistas brasileiros traíram Hart e Kelsen e foram mais radicais, dado que, embora defensores da discricionariedade, admitiam-na somente na “moldura do texto” (Kelsen) ou da “textura aberta” (Hart). Ou seja, dentro dos limites semânticos que, no caso brasileiro, sequer é respeitado, o que transformou a discricionariedade kelseniana-hartiana em arbitrariedade. Após citar vários exemplos, Streck lembra da criação de um recurso processual pelos tribunais, não previsto na legislação, os denominados embargos declaratórios com efeitos infringentes.

O resultado disso é uma situação incontrolável no plano da operacionalidade do direito. É tarefa da teoria do direito, pois, construir um discurso que coloque freio nesse “ir além” dos marcos do ordenamento, que deveria demarcar o espaço da discricionariedade-arbitrariedade interpretativa de que falaram Hart e Kelsen. Isto é, nem mesmo no interior do positivismo foi possível controlar o (*ab*)uso da subjetividade do intérprete²⁰⁶. (Grifo do autor).

Ora, os mesmos tribunais que, discricionariamente, admitiram a criação de modalidades de declaratórios fora das hipóteses legais, ou, no mínimo, submetidos a transformações desordenadas, às vezes são vítimas da própria patologia processual que

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 91-92.

²⁰³ Id. *O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico*. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 55-74.

²⁰⁴ Ibid., p. 67.

²⁰⁵ Id. Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 436.

²⁰⁶ Ibid., p. 436-437.

ajudaram a criar e sobre a qual, ao que parece, perderam totalmente o controle. É que, desde longa data, já se adverte que a virose epistêmica não será debelada apenas com a majoração da multa para 10% sobre o valor da causa e de nada adiantará insistir no pálido argumento de que a interposição descabida e desmedida de supervenientes remédios processuais acaba por configurar abuso do direito de recorrer.

Se no subitem 2.3 do primeiro capítulo deste estudo citou-se o Recurso Extraordinário nº 222.752²⁰⁷ como exemplo emblemático do uso irracional e em cascata dos embargos de declaração, ali se enumerando nada mais do que oito sobre um mesmo feito ou desfeito, como registra Streck²⁰⁸, que dizer então de um Recurso Especial (Proc. nº 970879/GO 92007/0173237-1) em face do qual, incidentalmente, foi interposta uma equipe inteira (onze) de futebol de campo? O que se está a afirmar pode ser conferido no site do STJ, onde se deparará a seguinte sequência de embargos de declaração em sede de Recurso Especial:

(1)EDcl nos (2)EDcl nos (3)EDcl nos (4)EDcl no AgRg nos (5)EDcl no ARE no RE nos (6)EDcl nos (7)EDcl nos (8)EDcl nos (9)EDcl nos(10)EDclnos (11)EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 970.879 -GO (2007/0173237-1)²⁰⁹.

A disfuncionalidade dos embargos de declaração, sob qualquer ângulo que se os examine, é, pois, gritante, o que, aliás, é reconhecido em decisão do próprio STF que, expressamente, a expõe:

RE 202097 ED-EDv-AgR-ED-ED-ED / SP - SÃO PAULO EMB.DECL. NOS EMB. DECL. NOS EMB.DECL. NO AG. REG.NOS EMB.DIV.NOS EMB.DECL.-NO RECURSO

E M E N T A: TERCEIROS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO - PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REVESTIDOS DE CARÁTER INFRINGENTE - INADMISSIBILIDADE - RECONHECIMENTO DO INTUITO PROCRASTINATÓRIO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - EXECUÇÃO IMEDIATA DA DECISÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PUBLICAÇÃO DO RESPECTIVO ACÓRDÃO - POSSIBILIDADE -

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no ArRg no AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RE nº 222752/SP. 2ª Turma*. Agravante: Viação Santa Brígida Ltda. Agravado: União. Relator: Min. Nelson Jobim. Diário da Justiça, Brasília, DF, 9 de jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28222752.NUME.+OU+222752.A.CMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m9lsvwr>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

²⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no ARE no RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 970.879/GO*. Embargante: Gilberto George de Castro Barbo. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Gilson Dipp. Diário da Justiça Eletrônico, 9 de abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200701732371>. Acesso em: 10.04.2014.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS. - Os embargos de declaração, quando regularmente utilizados, destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que se registrem, eventualmente, no acórdão proferido pelo Tribunal. Revelam-se incabíveis os embargos de declaração, quando - inexistentes os vícios que caracterizam os pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535) - *tal recurso, com desvio de sua específica função jurídico-processual, vem a ser utilizado com a finalidade de instaurar, indevidamente, uma nova discussão sobre a controvérsia jurídica já apreciada pelo Tribunal.* Precedentes. UTILIZAÇÃO ABUSIVA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE DE IMEDIATA EXECUÇÃO DA DECISÃO EMANADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - A reiteração de embargos de declaração, sem que se registre qualquer dos pressupostos legais de embargabilidade (CPC, art. 535), reveste-se de caráter abusivo e evidencia o intuito protelatório que anima a conduta processual da parte recorrente. O propósito revelado pela embargante, de impedir a consumação do trânsito em julgado de decisão que lhe foi inteiramente desfavorável - valendo-se, para esse efeito, da utilização sucessiva e procrastinatória de embargos declaratórios incabíveis - constitui fim ilícito que desqualifica o comportamento processual da parte recorrente e que autoriza, em consequência, o imediato cumprimento da decisão emanada desta Suprema Corte, independentemente da publicação do acórdão consubstanciador do respectivo julgamento e de eventual interposição de novos embargos de declaração ou de qualquer outra espécie recursal. Precedentes²¹⁰. (Grifo nosso).

Nesse cenário, retoma-se a pergunta anterior: como postular racionalidade no sistema recursal ou defender uma suposta “utilidade” dos embargos de declaração à vista de um paradigma como esse? *Só mesmo macunaimamente.*

3.3 De como a desordenada disfunção dos embargos de declaração é (também) um sintoma de que as decisões judiciais ainda estão presas à filosofia da consciência

Os embargos de declaração não são apenas um reflexo do jeitinho na cultura jurídica brasileira, mas também um sintoma de que as decisões judiciais no Brasil ainda estão presas à filosofia da consciência. Para a necessária compreensão do que se acaba de afirmar, é necessário um esforço no sentido de contextualizar o modo como as decisões judiciais são proferidas com os paradigmas experimentados pela filosofia ao longo da história. Em seguida, será demonstrado como e por que as decisões judiciais, como resultado da interpretação judicial sobre embargos de declaração, ainda se encontram vinculadas a um dos paradigmas da filosofia (da consciência ou metafísica moderna), não obstante sua superação no campo de outros ramos de conhecimento e da própria filosofia.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDv nos EDcl no Recurso Extraordinário nº 202097/SP, Decisão do Plenário*. Embargante: Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo. Embargado: Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo. Relator: Min. Celso de Mello. Diário de Justiça, Brasília, DF, n 166, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=166&dataPublicacaoDj=27/08/2004&incidente=3698101&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=1>>. Acesso em: 7 ago. 2013.

3.3.1 Os paradigmas da filosofia ao longo de sua história – aportes teóricos

A história registra que, ao longo de mais de dois milênios, a Filosofia, como linguagem, experimentou pelo menos três paradigmas, dois deles representados pelo esquema *sujeito-objeto*, também denominado paradigma representacional, que têm em comum o fato de a aposta se dá ora no sujeito, ora no objeto, respondendo, por essa razão, pelos nomes respectivos de paradigma da subjetividade e paradigma da objetividade. O terceiro, conhecido como paradigma da intersubjetividade, ainda não totalmente firmado no direito, eis que enfrenta profundas resistências, sobretudo na dogmática jurídica tupiniquim, representa a superação dos dois primeiros e do esquema (*sujeito-objeto*) que os sustentam.

Nesta quadra, cuidar-se-á inicialmente dos dois primeiros paradigmas muito mais para contextualizá-los historicamente e fazer um contraponto entre ambos, pois o objeto de estudo do capítulo, como sugerido, é o paradigma da subjetividade e a filosofia que o sustenta: a metafísica moderna, também conhecida como filosofia da consciência. Para esse fim, atente-se, inicialmente, para as seguintes expressões:

- a) “Há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito”;
- b) “Há um sujeito que conhece o objeto”.

O que há de comum nesses dois enunciados é que ambos representam a síntese dos paradigmas das duas metafísicas, a clássica, também chamada aristotélico-tomista, e a moderna (também chamada filosofia da consciência), e giram em torno de uma mesma relação, conhecida como esquema *sujeito-objeto*, sem dizer que nelas imperam uma ação, denominada de assujeitamento, no interior da qual a linguagem funciona apenas como uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito (que conhece) e o objeto (que é conhecido).

A primeira metafísica teve origem na Grécia antiga, atravessou o Medievo (adotada por Tomás de Aquino, virou filosofia aristotélico-tomista) e chegou às portas da Idade Moderna, quando, numa verdadeira revolução copernicana, foi substituída pela filosofia da consciência, de caráter subjetivista, inaugurada por Descartes e seu *cogito, ergo sum*. Conforme registra Manfredo de Oliveira, a metafísica clássica refere-se a um período em que a filosofia da linguagem possui um viés predominantemente objetivista, eis que o significado é concebido como algo que independe da própria linguagem ou do sujeito, daí a razão de ser da expressão “há uma verdade absoluta, que independe do conhecimento do sujeito”. Na filosofia de Aristóteles, diz Manfredo, “para a comunicação ser possível, é necessário pressupor um *fundamento objetivo*” e “essa unidade objetiva que fundamenta a unidade de significação das palavras recebe em Aristóteles o nome de *essência* ou *aquilo que é*”, o que

significa dizer que “a *permanência da essência* é pressuposta *como fundamento da unidade do sentido*: é porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido”²¹¹. Nesse paradigma, o sujeito, na relação sujeito-objeto, é assujeitado pelo objeto. Ou seja, para as posturas objetivistas, a linguagem funciona somente como meio de expressão, mero instrumento de designação de um objeto ideal que, em si, já possui uma essência. A linguagem, nesse cenário, apenas ajudaria nessa busca.

Em suas reflexões explícitas, portanto, sobre a linguagem humana Aristóteles permanece no nível da distância entre linguagem e pensamento, sendo a linguagem, como em Platão, um instrumento imperfeito e, por isso, sempre ultrapassável. Ora, por outro lado, existe comunicação entre os homens, e isso só é possível se as palavras têm unidade de sentido. Há, pois, um fundamento, onde se encontram as intenções humanas e isso é a essência. A essência é o fundamento, a condição de possibilidade da comunicação, portanto, da linguagem humana²¹².

Para Streck, o pensamento filosófico de Aristóteles – no fundo uma releitura do predecessor, Platão – conferia à linguagem um papel secundário e objetivava o estudo do ser das coisas, isto é, a essência²¹³.

Nele, a linguagem não manifesta, mas significa as coisas. A palavra é (somente um) símbolo, e sua relação com a coisa não é por semelhança ou por imitação, mas (apenas) por significação. A questão está na adequatio, é dizer, na conformidade entre a linguagem e o ser. Pressupõe uma ontologia. Ou seja, Aristóteles acreditava que as palavras só possuíam um sentido definido porque as coisas possuíam uma essência²¹⁴.

O paradigma objetivista-essencialista, próprio da filosofia aristotélico-tomista/metafísica clássica, vai ser rompido com o *cogito, ergo sum*, de Descartes, e as investigações filosóficas de Kant. A linguagem continuará sem função substantiva, exercendo mero papel instrumental, mas o paradigma essencialista será quebrado, dado que entra em cena o subjetivismo da metafísica moderna, o que resulta em que o sujeito, até então assujeitado pelo objeto, passa a ser assujeitador e senhor dos sentidos e dos significados, daí a razão de ser da expressão “há um sujeito que conhece o objeto”.

É, pois, com Kant que se dará a virada da subjetividade. Enquanto na metafísica clássica o *fundamentum absolutum inconcussum veritatis*²¹⁵ pode ser encontrado na “essência”

²¹¹ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 31. (Grifo do autor).

²¹² Ibid., p. 31-32.

²¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 157-158.

²¹⁴ Ibid., p. 158.

²¹⁵ Fundamento último no qual se funda o conhecimento, próprio do pensamento filosófico metafísico.

do objeto, na metafísica moderna ele estará na “consciência” do sujeito, pensante em si mesmo. Como síntese, pode-se afirmar que

i) para a metafísica clássica, a linguagem não é condição de possibilidade, mas, ao reverso, é justamente porque as coisas têm uma essência que as palavras têm sentido, isto é, “as coisas têm sentido porque há nelas uma essência”²¹⁶. É dizer: todo o esforço filosófico aristotélico se concentra na busca pela essência das coisas, afirmando-se, no interior desse paradigma, que a função da linguagem é a de coadjuvante, porque “a essência é o fundamento, a condição de possibilidade da comunicação, portanto, da linguagem humana”²¹⁷. Em Aristóteles, diferentemente de Platão (que entendia ser possível conhecer as coisas sem os nomes, ou seja, sem a mediação da linguagem, dado que a verdade estava nas coisas mesmas), o acesso às coisas – a busca da essência imutável como fundamento último – não se dá de forma direta, sem qualquer rito de passagem. A chegada só é possível com a mediação da linguagem, ainda que ela assuma, no conhecimento da realidade, um papel meramente instrumental e coadjuvante.

ii) na metafísica moderna, há uma reviravolta, ou uma revolução copernicana, porquanto o sentido se desloca, de maneira radical, das coisas para a mente, com o que se quebra o paradigma essencialista-objetivista, para o que concorrem dois filósofos fundamentais: Descartes e Kant. O primeiro, com “*penso, logo existo*”, traduz o ponto inicial representativo dessa ruptura e a conseqüente passagem para o subjetivismo: “O sujeito, antes assujeitado pelo objeto – eis que buscava neste a verdade, através de sua ‘essência’ –, torna-se assujeitador. É o primado da razão, pela qual as coisas só existem se pensadas por um sujeito”²¹⁸ que, ao contrário do modelo anterior, é racional e ocupa o lugar da verdade, a partir do que será referência e ponto de partida para qualquer conhecimento, sendo Kant quem, em matéria de subjetividade, radicaliza. Enquanto na metafísica clássica se buscava desesperadamente a essência, que só podia ser encontrada nas coisas, na moderna inverte-se o polo da relação sujeito-objeto e, a partir de então, procura-se o sentido no próprio sujeito, cuja ‘consciência’ é o fundamento último da verdade. É nesse momento que surge o sujeito da modernidade, que cria o próprio objeto de conhecimento, “em um processo de objetificação do mundo, na medida em que a mediação da subjetividade é condição de possibilidade do próprio conhecimento, pois a razão seria capaz de compreender o que ela mesma produz

²¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 346.

²¹⁷ OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 31.

²¹⁸ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

segundo seu projeto”²¹⁹. Nesse sentido, quando se fala que ocorreu um giro de 180 graus é porque o sujeito não mais se orientará pelo objeto, que se submeterá e será determinado por ele, com a agravante de que como tudo se realiza no plano da mente ou, para usar uma expressão *streckniana*, da “consciência-de-si-do-pensamento pensante”, como tudo pode ser criado por meio da razão pura, a facticidade, a tradição e a experiência são esquecidas, encobertas, aprofundando-se, ainda mais, a cisão entre razão teórica e razão prática, ou entre teoria e prática, operação iniciada na metafísica clássica no momento em que, para buscar a essência das coisas, escondeu-se o ser.

Tudo isso, contudo, será superado, a partir do século XX, com o movimento filosófico caracterizado pela invasão da filosofia pela linguagem, que se tornou conhecido como reviravolta linguístico-pragmática ou viragem linguístico-ontológica (*linguistic turn*), por força do que a linguagem, de terceira coisa que se interpõe entre um sujeito e um objeto, passa a ocupar uma posição cimeira. Isso significa, segundo Streck, que “os sentidos passaram a estar na linguagem, a partir da ruptura com a filosofia da consciência, produzida pela invasão da filosofia pela linguagem”²²⁰, ruptura também considerada uma revolução copernicana, por abalar o pensamento dominante e inaugurar o terceiro paradigma da filosofia.

Sai de cena o paradigma da filosofia da consciência e entra no palco o da filosofia da linguagem, em cujo interior esta não fica mais relegada a uma posição de terceira coisa entre o sujeito e o objeto, posto que assume a posição de ponta de lança e se torna condição de possibilidade não só para fins de interpretação de textos, mas também da própria condição e existência humanas. Supera-se, enfim, o esquema *sujeito-objeto*²²¹, que dá lugar à relação sujeito-sujeito, inaugurando-se, assim, o paradigma da intersubjetividade, dentro do qual,

²¹⁹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

²²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

²²¹ Em nota de rodapé (nº 7) ao texto O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasiliis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 101, v. 921, jul. 2012, p. 362, Lenio Streck esclarece que, a rigor, o esquema sujeito-objeto vincula-se mais ao paradigma subjetivista que ao objetivista: “Quando falo do ‘esquema sujeito-objeto’, refiro-me àquilo que é o cerne do paradigma da filosofia da consciência (embora se possa falar de um esquema objeto-sujeito no paradigma metafísico-objetivista que antecede a modernidade). Enfim, há uma cisão entre o sujeito cognoscente e o objeto. Esse sujeito se ‘adona’ do sentido. Se no paradigma aristotélico-tomista (realismo filosófico, para ser mais simples) as coisas tinha uma essência e por isso tinham sentido (portanto, o sentido estava nas ‘coisas’), com a modernidade produziu-se uma ruptura a partir do cogito cartesiano. Assim, os sentidos passaram a estar na mente (consciência). Altera-se a noção do *fundamentum*. A verdade passa da *adequatio intellectum et rei* para a *adequatio rei et intellectum*. Compreender essa relação é de fundamental importância para sabermos o ‘lugar’ de produção dos sentidos. Essa relação se altera no século XX, a partir do neopositivismo lógico (espécie de primeira fase do *linguistic turn*) e, depois, em face da publicação de Ser e Tempo (Heidegger), Investigações Filosóficas (Wittgenstein) e Verdade e Método (Gadamer), que configuram o que se pode denominar de giro ontológico-linguístico. Assim, os sentidos passam a estar na linguagem, que, de terceira coisa, passa à condição de possibilidade de atribuição de sentidos”. (Grifo do autor).

como não há espaço para o sujeito solipsista, elimina-se-lhe a possibilidade de atribuição de sentidos, produção de conhecimento ou decisões egoístas. Dá-se, então, a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem. Conforme Streck,

esse terceiro paradigma (giro linguístico-ontológico, para usar uma denominação mais adequada aos propósitos destas reflexões) provoca profundas transformações (e reações) no universo jurídico. Veja-se, só para exemplificar, a importância da superação do esquema sujeito-objeto e o que representou para o direito naquilo que chamamos de “revolução copernicana” do Constitucionalismo Contemporâneo, em que os princípios, como mundo prático, ingressam no direito buscando ultrapassar as insuficiências do positivismo, representado pelo *défict* de democracia e direitos fundamentais provocado no direito a partir da admissão explícita da expulsão da moral e da abertura em direção da discricionariedade (e de suas variações, que redundaram em diversas posturas e colocaram no sujeito “do conhecimento” o *locus* do sentido, portanto, do *fundamentum*)²²². (Grifo do autor).

Nesse sentido, a invasão da filosofia pela linguagem produziu reflexos nos mais variados ramos de conhecimento e não se vislumbra qualquer argumento racional que justifique a ideia de que o direito tenha ficado à margem desses influxos. Com efeito, assim como o homem está condenado a interpretar, pode-se, na relação entre direito e filosofia, também dizer que os juristas – o que inclui o intérprete judicial *stricto sensu* e não somente os doutrinadores – estão condenados a filosofar.

É o que se pode concluir quando Dworkin afirma que os juristas serão sempre filósofos, bastando ver que a doutrina é objeto de análise de qualquer jurista se o assunto for a investigação sobre a natureza do direito, ainda que isso se faça mecanicamente e sem os contornos devidamente delineados²²³. O mesmo entendimento se acha em Motta, para quem o direito, como não pode ser um discurso que retira sua validade de si mesmo²²⁴, tem com a Filosofia um encontro inexorável, pois “vemo-nos constrangidos a refletir sobre a adoção de posturas filosóficas que deem conta da complexidade da prática judiciária”²²⁵.

Ao tratar especificamente da ultrapassagem da filosofia da consciência pela filosofia da linguagem, bem como da contribuição de Martin Heidegger – com sua filosofia hermenêutica – e de Hans-Georg Gadamer – com a substantivação da hermenêutica, que passa ser filosófica –, Motta, com apoio em Lenio Streck, pontua que

a *reviravolta* consiste em que a linguagem deixa, a partir da Filosofia Hermenêutica, de ser relegada a uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito (o intérprete) e

²²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 p. 347.

²²³ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 454.

²²⁴ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 40.

²²⁵ *Ibid.*, p. 41.

um objeto (a realidade), para ser alçada à cimeira condição de possibilidade do nosso *modo-de-ser-no-mundo*; supera-se, assim, a *metafísica* relação cognitiva sujeito-objeto, desmistificando, conseqüentemente, a ideia de que a *verdade* possa ser produto de um procedimento cognitivo (quase sempre, um *método*)²²⁶. (Grifo do autor).

Ocorre que, como se demonstrará em seguida, o direito, representado no Brasil pela dogmática jurídica, pelo senso comum teórico e pelas decisões dos tribunais, tem-se tornado refratário à reviravolta da linguagem e ao paradigma filosófico da intersubjetividade, no qual a linguagem ocupa uma posição de centralidade. É o que sustenta Lenio Streck quando diz que a mudança de paradigma representada pela passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem “*não teve a devida recepção no campo da filosofia jurídica e da hermenêutica no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras*”²²⁷.

Nitidamente, há, ainda, uma resistência à viragem hermenêutico-ontológica, instrumentalizada em uma dogmática jurídica (que continua) refratária a uma reflexão mais aprofundada acerca do papel do direito na quadra da história. Sejam claros: no campo da interpretação do direito não houve ainda a invasão da filosofia pela linguagem. E não há como esconder essa evidência: inserido nessas crises, o jurista (ainda) opera com as conformações da hermenêutica clássica, vista como pura técnica (ou técnica pura) de interpretação (*Auslegung*), na qual a linguagem é entendida como uma terceira coisa que se interpõe entre um sujeito cognoscente (o jurista) e o objeto (o direito) a ser conhecido. *Sempre sobra, pois, a realidade!* Esse modo-de-ser encobre o acontecer propriamente dito do agir humano, *objetificando-o na linguagem e impedido que se dê na sua originariedade, enfim, na sua concreta facticidade e historicidade*²²⁸. (Grifo do autor).

Sustenta Streck, referindo-se a Castanheira Neves, que os juristas não compreenderam que direito é, acima de tudo, linguagem, e assim deve ser considerado em tudo e por tudo²²⁹. Para Streck, o compromisso apenas com a consciência é o elemento que apoia o imaginário de parcela considerável da magistratura brasileira, daí se dizer correntemente que “o juiz não se subordina a ‘nada’, a não ser ao ‘tribunal de sua razão’”²³⁰. Nesse cenário, o sujeito, típica criação da modernidade, continua a funcionar como razão e último fundamento, o que, no plano da interpretação e da aplicação do direito, pode ser facilmente constatado no exercício

²²⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 42.

²²⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73-74 (Grifo do autor).

²²⁸ Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 442.

²²⁹ A propósito, a sentença de Castanheira Neves citada por Streck lembra o famoso adágio gadameriano: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.

²³⁰ Id. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 25-26.

do poder discricionário a eles concedido, no livre convencimento e na livre apreciação da prova²³¹. É que

[...] o direito é algo bem mais complexo do que o produto da consciência-de-si-do-pensamento-pensante (*Selbstgeissheit des denkendem Denken*) que caracteriza a (ultrapassada) filosofia da consciência como se o sujeito assujeitasse o objeto. O ato interpretativo não é produto nem da objetividade plenipotenciária do texto e tampouco de uma atitude solipsista do intérprete: *o paradigma do Estado Democrático de Direito está assentado na intersubjetividade*²³². (Grifo do autor).

O constitucionalismo democrático, com seu modelo garantidor dos direitos fundamentais do homem, é uma prova inafastável da atualidade de uma antiga sabedoria popular: *não há um mal que não traga um bem*. Sim, porque ninguém há de discordar que o constitucionalismo democrático foi um dos maiores benefícios transmitidos pelas lições aprendidas com a Segunda Grande Guerra, sendo também correto afirmar que a conquista do Estado Democrático de Direito provocou um deslocamento do polo de tensão (anteriormente distribuído entre o Executivo e o Legislativo) para o Judiciário, que passa cada vez mais a ser chamado para decidir questões de políticas públicas, dado que as Constituições modernas se revestem “com a roupagem de pré-compromisso, no sentido de que operam como restrições que os próprios atores políticos estabelecem para si e para as futuras gerações, na intenção de garantir um governo que esteja sob o Direito, e não sobre ele”²³³. Esse deslocamento vem acompanhado (ou vai gerar) um problema histórico nem sempre bem resolvido: o da interpretação judicial e do controle das decisões²³⁴.

Todavia, mesmo descrente da realidade produzida pela dogmática jurídica em solo brasileiro, Streck, Cattoni de Oliveira e Lima sustentam que o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto da ruptura paradigmática ocorrida no campo da filosofia: a superação do esquema sujeito-objeto responsável pela derrota das posturas subjetivistas ou solipsistas. Assim, não pode o direito ficar à margem da viragem lingüística e de uma das suas questões centrais: a interpretação judicial ou, numa palavra, a decisão judicial, pois “a derrocada do esquema sujeito-objeto [...] tem repercussão no novo modelo de Estado e de

²³¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 75.

²³² Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 264.

²³³ LEMOS, Tayara Talita et. al. *Mutação constitucional e democracia: uma (des)construção hermenêutica do problema da intervenção do Senado em sede de controle difuso de constitucionalidade*. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2011, Curitiba. Anais eletrônicos...Curitiba: ABD Const., 2011. Disponível em: <<http://www.abd-const.com.br/revista3/franca.pdf>>. Acesso em: 27.02.2014.

²³⁴ O tema (interpretação judicial/controlado das decisões) será retomado mais verticalmente nos capítulos 3 e 4.

direito exurgido a partir do segundo pós-guerra, de sorte que o sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*) dá lugar à intersubjetividade²³⁵.

A esse entendimento *streckniano* alinha-se Luiz²³⁶, para quem o exercício da jurisdição no Brasil se divide²³⁷ entre posturas objetivistas e subjetivistas, dado que não houve no e para o Direito a recepção do giro linguístico, numa blindagem que se faz sem qualquer razão lógica.

As teorias acerca da decisão judicial tradicionalmente trabalhadas voltam-se ao objetivismo e ao subjetivismo na interpretação. A primeira considera que a lei traz em si a norma (desprezando a diferença ontológica entre ambas) e que, por isso, a interpretação judicial é objetivamente controlada pelas regras, as quais levam a uma correta determinação do significado do texto, como se a verdade estivesse “nas coisas”, retomando a metafísica clássica. A segunda vê a interpretação judicial como sendo subjetivamente determinada pelas preferências valorativas pessoais do intérprete – como seu senso de justiça – o qual, em última análise, dá ao texto o significado que lhe aprouver – como se houvesse um ‘grau zero’ de significância (na expressão de Streck) –, utilizando-se, também, como pano de fundo, uma visão metafísica, calcada na filosofia da consciência. Assim, a aplicação do Direito é realizada por um sujeito solipsista, proprietário dos significados, que, julgando conforme sua consciência, acredita – de forma alienada – estar decidindo corretamente (com justiça) as questões que lhe são postas²³⁸.

Para o autor, “o sujeito solipsista da modernidade – que tem por base as formulações de Descartes e Kant – é o protótipo do juiz atual. O solipsismo ocorre aberta ou veladamente, de várias formas, possuindo, em comum, o fato de relegar a decisão à consciência ou à convicção pessoal do julgador”²³⁹.

Streck elenca as diversas formas dessa manifestação, fruto de uma aposta na consciência ou na convicção pessoal como balizadores do juiz no ato de decidir: “a) interpretação como *ato de vontade do juiz ou [assentada] no adágio ‘sentença como sentire’*; b) *interpretação como fruto da subjetividade judicial*; c) interpretação como produto da consciência do julgador; d) crença de que o juiz deve fazer a ‘ponderação de valores’ a partir de seus ‘valores’; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntário do julgador; f) crença de que ‘os casos difíceis se resolvem discricionariamente’; g) cisão estrutural entre

²³⁵ STRECK, Lenio Luiz, CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/poa/>>. Acesso em: 26. Fev. 2014.

²³⁶ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

²³⁷ A expressão mais correta não seria, por exemplo, oscila?

²³⁸ LUIZ, op. cit., p. 35.

²³⁹ Ibid., p. 54.

regras e princípios, em que estes proporciona(ria)m uma “abertura de sentido” que deverá ser preenchida e/ou produzida pelo intérprete”²⁴⁰. (Grifos do autor).

Ora, as decisões judiciais proferidas em embargos de declaração, como será demonstrado adiante, se apresentam revestidas, pelo menos, na forma das três primeiras manifestações descritas, podendo, dependendo do contexto em que se deem, ocorrer a prevalência de uma sobre outra, sem que desapareçam quaisquer delas.

3.3.2 De como as decisões judiciais, incluídas as proferidas em embargos de declaração, ainda estão presas ao paradigma subjetivista

Streck fala da dificuldade do direito de superar a tradição legada pelas metafísicas clássica e moderna e seus paradigmas. Sem ranhuras, será extremamente difícil esse rompimento, porque, se por um lado é confortável a crença numa essência do direito “à espera de ser captada na sua inteireza pelo sujeito do conhecimento”²⁴¹, por outro é difícil abandonar posturas que apostam no subjetivismo do intérprete “que não deixa de repetir o *fundamentum incocussum* das correntes essencialistas, isto é, o sujeito solipsista [que] apenas substitui a (antiga) essência”. Seria esse, segundo Streck, o ponto fulcral que os juristas não percebem²⁴².

A questão se agrava quando se chamam à fala os embargos de declaração e o imaginário que produzem. Olhando-se de perto, é possível identificar uma curiosa mixagem dos dois paradigmas da metafísica, o que reforça ainda mais a dificuldade de superação. É que, quando se aposta, como a dogmática jurídica o faz, na manutenção dos embargos de declaração, subjacente a isso vislumbra-se a presença dos dois paradigmas se debatendo, o que é agravado pela compreensão de que os embargos envolvem um problema de metalinguagem, dado que se trata de uma leitura (o recurso em si) de outra leitura (a sentença ou decisão embargada), nos seus aspectos formais.

Sabe-se que as hipóteses clássicas para o manejo dos declaratórios encontram-se ligadas ao fato alegado de a decisão impugnada estar contaminada com alguns vícios formais (contradição, omissão, obscuridade) que fazem com que o enunciado apresente indeterminações ou vaguezas. Pois é nesse cenário (ideal, registre-se) que a mixagem referida

²⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 33.

²⁴¹ Id. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 231-232.

²⁴² Ibid., p. 232.

vem à tona, tendo nos embargos de declaração um *habitat* por excelência para a reprodução das posturas objetivistas e/ou subjetivistas. Isso se demonstrará em dois tempos.

1. No primeiro momento, o essencialista, o paradigma exsurge no discurso dos que insistem no argumento de que os embargos de declaração se prestam ao “aperfeiçoamento das decisões judiciais”, identificando-se nessa postura a corrente objetivista. Noutras palavras, no mito de *aperfeiçoar as decisões judiciais* lhe residiria a essência, integradora da decisão judicial defeituosa. É como se os embargos de declaração estivessem para a decisão judicial assim como a analogia, os princípios gerais de direito, dentre outros fenômenos, estão para a lei, como critério de integração, na perspectiva positivista. Em linguagem aristotélico-tomista, teriam os embargos uma essência, sendo esse um dos motivos da aposta da dogmática jurídica na sua manutenção.

Assim entende, por exemplo, Guilherme Frederico Ramos, em *Os Embargos de declaração como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional*²⁴³, cujo título já denuncia o lugar da fala do articulista. De fato, logo na introdução, o autor deixa claro que pretende escrever sobre um tema (embargos de declaração) “tido como *tormentoso*, que (sic) é *os embargos de declaração*, muita das vezes não compreendidos na sua verdadeira *essência*”, sendo “inexplicável a relutância de muitos em enxergar nos embargos de declaração a seriedade e praticidade da (sic) da qual são providos, como importantíssimo instrumento posto à disposição do jurisdicionado no intuito de conduzir ao aprimoramento da prestação jurisdicional”²⁴⁴. (Grifo do autor).

O articulista acerta quando diz que as partes têm o direito de ser convencidas dos fundamentos do tribunal no julgamento de determinada questão, o que não é observado quando ausente o pronunciamento sobre determinada matéria considerada relevante (não só as relevantes, acrescente-se, mas todas aquelas debatidas e alegadas pelas partes, eis que na maioria dos casos dizer se é ou não relevante depende da subjetividade do intérprete) ou quando não compreende o fundamento da razão de decidir. Erra, porém, e feio, quando dá a entender que os embargos de declaração se constituem “em um poderoso instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional”, tratando-os como se fossem uma condição de possibilidade da decisão, mesmo porque a solução para casos que tais já é oferecida pela própria Constituição Federal: a nulidade da decisão desde sempre. Equivoca-se também quando diz que, caso não houvesse a previsão legal para a oposição dos embargos de

²⁴³ RAMOS, Guilherme Frederico. Os Embargos de declaração como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p.100-106, jun. 2007.

²⁴⁴ *Ibid.*, p.100-106. (Grifos do autor, à exceção da palavra “essência”).

declaração, “seria praticamente inviável a correção dos vícios da omissão, da contradição e da obscuridade na decisão judicial, sem que se decretasse sua nulidade, para que outra fosse prolatada em seu lugar”²⁴⁵. Mas é justamente isso que o art. 93, IX, da Constituição Federal determina: decisão sem fundamentação é decisão nula, de modo que decisão com omissão é decisão sem fundamentação, decisão obscura ou contraditória é decisão má fundamentada ou sem fundamentação adequada.

Nesse sentido, torna-se irrelevante o argumento de que o decreto de nulidade conduziria a mais um julgamento da causa, com prejuízo para a efetividade da decisão²⁴⁶. Argumentos em contrário, e mais sustentáveis, não são difíceis de encontrar. A um, porque, ao fim e ao cabo, um novo julgamento sempre haverá de ocorrer, porquanto de tanto se renovarem os embargos, com a consequente rejeição baseada nas razões estandardizadas, abrem-se as portas para, mediante interposição de Recurso Especial fundamentado na violação do art. 535, II, do CPC, pedir-se a nulidade do julgado, pois, uma vez provido, com o pronunciamento explícito sobre a omissão alegada, surge a oportunidade do manejo do segundo Recurso Especial para reexame da questão de fundo. A dois, há de se indagar o que seria pior para o tempo do processo e para a efetividade da decisão: a decretação imediata da nulidade da decisão não fundamentada ou má fundamentada – exigindo-se, via de consequência, novo julgamento – ou a produção em série de embargos a perder de vista até que se decrete a nulidade da decisão omissa (Recurso Especial I, com fundamento no art. 535, II, do CPC), para só então se pensar em outro apelo para discutir a matéria de mérito (Recurso Especial II)?

2. No segundo momento, entra em cena o sujeito *consciente de si pensante*, senhor de todos os sentidos. O juiz, numa postura que contraria o paradigma essencialista, quase sempre diz que não há omissão a ser suprida com outro enunciado, nem contradição que mereça eliminação, muito menos obscuridade que demande esclarecimento, estando o decidido na mais perfeita ordem, não sobrando para a parte inconformada senão a alternativa de interpor o recurso principal para tentar a reforma ou a nulidade do julgado.

Não obstante a presença dos dois paradigmas, um olhar mais apurado dirá que no cotejo entre as posturas objetivistas e as subjetivistas, em matéria de embargos de declaração, estas prevalecem. Aliás, um detalhe, no mínimo instigante, não passa despercebido: diferentemente dos demais recursos, em regra de competência originária de um órgão judicial

²⁴⁵ RAMOS, Guilherme Frederico. Os Embargos de declaração como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 106, jun. 2007.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 104.

de instância um nível imediatamente superior, composto como colegiado, os embargos de declaração são conhecidos e julgados pelo próprio órgão prolator da decisão atacada. Essa circunstância produz, pura e simplesmente, o efeito imediato de estimular ainda mais a discricionariedade, posto que: i) há uma resistência natural e atávica do ser humano de rever, por conta própria, suas decisões, sendo menos traumático que o reexame se dê por instância superior; ii) o juízo monocrático, mais propenso de assenhorar-se do sentido, não fica menos resistente à tentação incontida de agir discricionariamente.

Por mais doloroso que seja, urge reconhecer que se há uma decisão na qual o juiz pode exercitar com maestria o desejo (vontade) incontido de se apoderar dos sentidos não parece restar dúvida de que é a proferida em embargos de declaração. Trata-se do momento supremo para o juiz, servo do método, exercitar o dom de torcê-los, de se utilizar da linguagem como terceira coisa entre sujeito e objeto, de fincá-la num plano secundário para sobre ela exercer todo tipo de manipulação. É certo que não se discute a existência de outra realidade indisfarçável, o uso abusivo dos embargos de declaração, circunstância tão profundamente enraizada na *práxis* que eleva o instituto à condição de legítimo representante da malandragem jurídica e de seu principal subproduto: o jeitinho.

Trata-se, contudo, de uma prática forense que, dentre seus efeitos colaterais, inclui o de estimular o intérprete judicial a atribuir voluntariosamente os sentidos que bem entender, de acordo com a sua consciência em dado momento, a exemplo do que faz *Ângelo*, juiz-personagem de *Medida por medida*, de Shakespeare²⁴⁷. Na maioria das vezes, trava-se uma queda de braço entre o uso malandro dos embargos de declaração e o ego do juiz que, como quase sempre não admite defeito na sua decisão, torna profusas as respostas automáticas e estandardizadas, como adiante se demonstrará.

Cuida-se, a toda prova, de decisões e posturas anti-hermenêuticas, que ignoram as advertências de Melenick Carvalho Neto de que, segundo as exigências da hermenêutica constitucional própria do paradigma do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário que o aplicador do direito, “*tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a texto, que jamais a veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, a uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos*

²⁴⁷ SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. [S.I.]: Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook eBooksBrasil.com, Set. 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobee-book/medida.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

[...]”²⁴⁸. A par disso, outro fenômeno perceptível é o do manejo indiscriminado e repetitivo dos embargos declaratórios, estabelecendo-se entre o juiz e o embargante uma discussão periférica e tangencial que mantém velado e esquecido o principal foco de atenção: a entrega da prestação jurisdicional com o oferecimento da resposta correta e adequada à Constituição Federal. Numa palavra: olvida-se o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais estabelecido na ordem constitucional, cuja rigorosa observância levaria o instituto à mais completa e merecida desimportância.

De fato, e não raras vezes, quando o juiz se debruça sobre os embargos de declaração, já se apresenta municiado de pré-juízos (em boa parte inautênticos) que levam ao não acolhimento, alimentados por um histórico que se tornou senso comum por força do imaginário construído, ao longo do tempo, de que o instituto possui sempre um caráter procrastinatório que o torna tão antipatizado pela magistratura²⁴⁹ a ponto de sua simples interposição já despertar o sentimento de insulto ou desrespeito pela decisão e até pela pessoa do juiz. O resultado é a institucionalização de um círculo vicioso em que a reiteração indefinida gera sucessivas rejeições, o que, a um só tempo, eterniza a demanda e impede o acontecer do acesso à justiça para a obtenção da resposta constitucionalmente adequada.

Com efeito, é muito comum o juiz rejeitar os embargos sem fundamentar, dizendo apenas que na decisão não há qualquer defeito. Isso ensejará uma cadeia de embargos porque a decisão continuará sendo omissa, sem fundamentação, quase monossilábica, e gerará outros embargos que o juiz não pode negar-se a receber porque não há limites para a sua renovação, embora tenham a mesma sorte: a rejeição. Eterniza-se, assim, o processo, e surge um *habitat* dentro do qual o estado de natureza hermenêutico se reproduz sem constrangimento.

No geral, os fundamentos da rejeição dos embargos de declaração são estandardizados, fazendo parte de um pacote de soluções apriorísticas, do tipo *prêt-à-porter* (prontas para serem usadas), sendo as eventuais dificuldades em determinado caso concreto superadas com um simples ajuste *procrustiano*. Essas decisões podem, por exemplo, ser agrupados na forma abaixo, destacando-se na maioria dos casos a tendência indisfarçável para a discricionariedade:

²⁴⁸ CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 44. (Grifo do autor).

²⁴⁹ Adroaldo Furtado Fabrício, no ensaio citado (p. 19), registra como crescente o “desamor” dos tribunais pelos embargos de declaração, fruto da percepção de algo insultante e desrespeitoso. Em outro trecho (p. 29), dá a entender que os juízes deveriam adotar “uma postura mais condescendente para com as inquietações do embargante e de maior tolerância em face de sua eventual insistência” (FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rk-ladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28.09.2013).

1. “É importante frisar que o princípio do livre convencimento motivado permite ao Juiz sentenciante fundamentar, dentro das várias fontes do processo, da maneira que melhor lhe convier”. 2. “O juiz não é obrigado a responder a questionários sobre matéria de direito e nem de fato”. 3. “O juiz não pode se submeter a um interrogatório da parte e nem a testes de perguntas e respostas”. 4. “O juiz não pode ser compelido a apreciar todos os argumentos levantados pelo embargante, uma vez que tenha formado os elementos de convicção para o julgamento da causa”. 5. “Assim, a sentença proferida foi devidamente fundamentada, atendendo ao imperativo constitucional do art. 93, inciso IX, da vigente Constituição Federal, e ainda pautada no exercício do livre convencimento fundamentado, não havendo qualquer omissão ou contradição a ser sanada”. 6. “Ressalte-se ainda que o Juízo ‘não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus fundamentos’ (RJTESP 115/207). Dito de outro modo, as questões que a sentença deve enfrentar são apenas aquelas indispensáveis para fundamentar suas premissas e conclusões, nada mais”. 7. “A sentença não tem que analisar e resolver *todas* as questões, mas apenas aquelas necessárias e suficientes para fundamentar as suas conclusões, e o tribunal, na apelação, só não pode julgar questões que não tenham sido decididas na instância inferior se isso importar em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição ou em reabrir matéria preclusa”. 8. “Os embargos de declaração possuem limitado espaço de atuação, tendo a tarefa específica de escoimar a decisão de imperfeições formais legalmente previstas. Qualquer outra questão ou debate sobre a decisão, como equívoca apreciação da prova, deve ser tratada no recurso próprio, previsto em lei, porque não se pode desvirtuar a natureza estreita dos embargos para rediscussão do mérito”. 9. “O julgador não está obrigado a exaurir cada manifestação da embargante. A sua função é efetivar a prestação jurisdicional exteriorizando os fundamentos de seu convencimento. É o caso dos autos”. 10. “As questões trazidas à baila foram todas apreciadas pela decisão atacada, naquilo que se entendeu pertinente à apreciação da causa, tendo sido avaliados e analisados todos os elementos de convicção carreados para os autos. Sendo assim, nada a declarar”²⁵⁰.

Não se ignora que exceções existem, podendo ocorrer de o instituto ser manejado com fundamento na efetiva omissão ou contradição identificada na vagueza, ambiguidade ou incompletude da decisão judicial. Enfim, é possível que o juiz se encontre diante de uma honestidade de propósito e não de uma manobra chicaneira, mas, ainda assim, ele pode fazer uma leitura diferente. Noutras palavras: ainda que presente o defeito, há sempre o risco de o juiz não resistir à tentação de exercitar os dons de quem se acha senhor dos sentidos e, nesse caso, não enxergará no julgado omissão, contradição ou obscuridade. É que, por força da discricionariedade²⁵¹ que lhe é conferida, a margem de manobra é ampla, e nela ele se movimenta com facilidade e até com relativo conforto, eis que, sem qualquer tipo de controle, desenvolve o soberano pensamento de que, em sua consciência encapsulada, exteriorizada na forma de um enunciado, inexistente defeito no julgado. Para esse desiderato, invoca motivações as mais variadas e inimagináveis, de ordem pessoal, psicológica, ideológica etc.

Nesse sentido, a pressão que o juiz sofre para cumprir metas, fechar boletins estatísticos mensais ou até o mau-humor do dia podem criar a pré-indisposição (uma espécie

²⁵⁰ Mera amostragem das situações mais recorrentes.

²⁵¹ Trata-se de saber quais são os limites ou de como evitar que a discricionariedade deságue em arbitrariedade.

de antecipação de sentido inautêntica, em linguagem hermenêutica) para com determinado advogado contumaz no uso de medidas protelatórias. São, pois, motivações exógenas atraídas para o interior do processo e que contribuem para a fragilização da autonomia do direito.

Em síntese, nos embargos de declaração se instaura um diálogo paralelo entre o embargante e o juiz, os quais, como protagonistas que quando não fazem as vezes de ouvido de mercador, repristinam o episódio bíblico da Torre de Babel: cada um lança mão de uma linguagem diferente e, para confundir os sentidos, apresentam enunciados diametralmente opostos que se reproduzem, em efeito cascata e indefinidamente, como que à espera de uma espécie de acareação que ponha fim à absurda controvérsia paralela. Aliás, de discussões laterais há exemplos às escâncaras, como se demonstrará mais adiante.

Na verdade, decisões ainda presas ao paradigma da filosofia da consciência não se limitam às proferidas pelo juiz nos embargos de declaração. O fenômeno se alastra às que os ensinam – por motivações nobres ou não – e tudo ocorre porque as decisões não sofreram os efeitos do giro linguístico, desprezando a linguagem como se ela fosse, ainda, mero instrumento, e olvidando o paradigma da intersubjetividade pelo qual o julgado é um produto compartilhado, como se verá, com mais detalhes, no capítulo seguinte.

Há, com efeito, decisões que são um deboche às partes e aos interesses envolvidos no conflito. Existe, inclusive, na web, um site²⁵² especializado em reproduzir decisões bizarras, cômicas ou patológicas, grande parte delas destituída de qualquer fundamento e que mais se aproximam de uma crônica da vida privada que de decisão judicial. Veja-se um resumo:

1. Em decisão proferida no Juizado Especial Cível da Comarca de Paracambi, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ)²⁵³, a magistrada, incomodada com o cantar ininterrupto de um galo (um “esquizofrênico” que, se dependesse de sua *vontade*²⁵⁴, já teria virado canja), que lhe impedia o sono, declarou-se suspeita depois de descobrir, na petição inicial, que o endereço do autor era o mesmo da ave que lhe atormentava nas madrugadas e que era, também, o objeto da lide. O processo se encontra arquivado definitivamente, não tendo sido possível o acesso direto à decisão no sítio do tribunal.

2. Da 1ª Vara do Trabalho de Guarulhos, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região da 2ª Região (TRT 2)²⁵⁵, vem a notícia de que o juiz, incomodado com a quantidade de preliminares levantadas pela defesa de uma das rés que, segundo a decisão, consumiu 15

²⁵² <http://www.migalhas.com.br>.

²⁵³ Processo nº 2007.857.000344-6 – TJ/RJ.

²⁵⁴ Veja-se que, mesmo inadvertidamente, a magistrada adere ao entendimento de que a interpretação judicial é um ato de vontade, segundo a leitura kelseniana.

²⁵⁵ Processo nº 000830-07.2012.5.02.0311.

laudadas, rejeitou-as, não sem antes deixar claro que “*quando mais prolixa e modorrenta é a defesa, mais vontade²⁵⁶e necessidade eu sinto de ser sucinto*”, sem dizer que, antes, em tom debochado e preconceituoso, afirmou que “*com tantas preliminares a ré dever ser o sonho de todas as mulheres*”. (Grifo nosso).

3. Noutra decisão²⁵⁷, um juiz de Direito do TJ/RJ (XXV Juizado Especial Cível de Pavuna) indeferiu, conforme notícia o site referido, o pedido do autor, torcedor de um time de futebol derrotado na final da Taça Libertadores da América que se sentiu ofendido com matérias publicadas por um jornal. Da sentença, colhe-se que “*a pretensão é tão absurda que para afastá-la a sentença precisaria apenas de uma frase: ‘Meu Deus, a que ponto chegamos??!!’, ou ‘Eu não acredito!!!’ ou um simples grunhido: ‘hum, hum’, seguido do dispositivo de improcedência*”. (Grifo nosso).

4. Em decisão²⁵⁸ na 3ª Vara de Franca/SP, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (ver Portal *JusBrasil*)²⁵⁹, o juiz federal, diante de um pedido de aposentadoria especial ao INSS em razão de trabalho em ambiente insalubre, ao tomar conhecimento de que o autor tentara cometer suicídio, saiu-se com essa: “*Intime-se pessoalmente o autor para que tenha um pouco de paciência que seu processo será julgado rapidamente e não tente suicídio novamente porque a vida pode ser muito boa e não vale a pena ceifá-la, até porque nós não sabemos exatamente qual a penalidade de Deus para esse tido de atitude. Cumpra-se*”. (Grifo nosso).

5. Em decisão interlocutória proferida na 2ª Vara de Floriano²⁶⁰, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí (TJ/PI), o magistrado, apreciando o pedido da parte, decidiu: “1. Determino, mais uma vez, o cumprimento do item “1” do despacho de fl. 87. 2. Indefiro os pedidos formulados pela autora, às fl. 178/182, *por não concordar com os fundamentos*

²⁵⁶ Eis, mais uma vez, o inconsciente da vontade de poder aflorando.

²⁵⁷ RIO DE JANEIRO. Município de Pavuna. Tribunal de Justiça 25º Juizado Especial Cível de Pavuna. *Ação de Indenização nº 0010336-32.2008.8.19.0211 (2008.211.010323-6)*. Autor: Carlos Almir da Silva Baptista. Réu: Jornal Meia Hora de Notícias. Processo nº 2008.211.010323-6 – TJ/RJ.

²⁵⁸ SÃO PAULO. Município de Franca. 3ª Vara Federal de Franca. Seção Judiciária Federal de São Paulo. *Despacho na Ação Ordinária nº 0005200-12.2009.403.6318*. Autor: Sebastião dos Reis Ribeiro. Réu: Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. São Paulo, Diário de Justiça Eletrônico n. 104, 04 de jun. 2012. Disponível em: <

<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=6&CodigoOrgao=2&CodigoDocumento=1670&IdMateria=138065>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁵⁹ Disponível em: <<http://jusbrasil.jusbrasil.com.br/noticias/100-172265/tesourinhos-do-judiciario-juiz-pede-para-que-parte-autora-tenha-paciencia-e-nao-cometa-suicidio>>.

²⁶⁰ PIAUÍ. Município de Floriano. Tribunal de Justiça. 1ª Vara da Comarca de Floriano. *Ação de Usucapião nº 0000101-63.2009.8.18.028*. Autor: Loja Maçônica Fraternidade e Justiça Florianense nº 6. Ré: Maria Madalena Cordeiro. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/themis_consulta/processo/177902009>. Acesso em: 23 jul. 2014.

expostos. 3. Intimem-se as partes para que se manifestem acerca do pedido de assistência de fls. 188/189, no prazo de 5 (cinco) dias”. (Grifo nosso).

6. No STF, no HC nº 103.412-SP, o ministro Dias Toffoli,²⁶¹ para conceder o remédio heroico, invocou razões astrológicas: *“Também cumprimento a eminente Relatora pelo profundo voto trazido, e digo que penalizar a cogitação, ou a imaginação, ou o pensamento, só Deus pode fazer, e não o homem. Nós não estamos nessa esfera de cognição, mas verifico, já falando em Deus, que os astros hoje estão alinhados pela concessão dessas ordens [...]. É por isso que eu acredito em Deus, mas eu acredito também na astrologia. Os astros hoje estão alinhados, em uma conjunção favorável aos pacientes”*. (Grifo nosso).

7. Na Vara Cível de Campos dos Goytacazes, do TJ/RJ²⁶², o juiz, apreciando um pedido de danos morais contra uma loja de departamento, julgou-o procedente, com fundamentos inusitados, para não dizer bizarros: *“Na vida moderna, não há como negar que um aparelho televisor, presente na quase totalidade dos lares, é considerado bem essencial. Sem ele, como o autor poderia assistir as gostosas do Big Brother, ou o Jornal Nacional, ou um jogo do Americano x Macaé, ou principalmente um jogo do Flamengo, do qual o autor se declarou torcedor? Se o autor fosse torcedor do Fluminense ou do Vasco não haveria necessidade de haver televisor, já que para sofrer não se precisa de televisão”*²⁶³. (Grifo nosso).

8. De igual modo, como destacado no primeiro subitem do primeiro capítulo, nos autos de uma ação movida contra a Fazenda Nacional, em decisão proferida em embargos de declaração, o juiz da Seção Judiciária de Santa Catarina, do Tribunal Regional da 4ª Região (TRF 4)²⁶⁴, valeu-se da sentença para destratar o autor, um servidor da própria serventia judiciária. De fato, além de aplicar um corretivo no embargante, faz ele da decisão judicial um

²⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 103.412/SP, 1ª Turma*. Impetrante: Sandro Tadeu de Moraes Leitão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator. Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico n. 166, 22 de ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3862656>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁶² RIO DE JANEIRO. Município de Campos dos Goytacazes. Tribunal de Justiça. 2º Juizado Especial Cível. *Ação de Indenização nº 0010122-50.2008.8.19.0014 (2008.014.010008-2)*. Autor: Edesio Germano. Réus: Samsung; Casas Bahia Comercial Ltda. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.014.010008-2>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁶³ Disponível também em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-01/juiz-consumidor-direito-assistir-gostosas-big-brother>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁶⁴ SANTA CATARINA. Município de Chapecó. Juizado Especial Cível Federal. Seção Judiciária Federal de Santa Catarina. *Sentença nos Embargos Declaração na Ação de Cobrança nº 5008083-73.2012.404.7202*. Embargante: Emiliano Bianchi Dornsbach. Embargado: União - Fazenda Nacional. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721361980830804260210000000001&evento=721361980830804260210000000001&key=0a462f6356440c6e9da6be5e69c548d9324f664ae132e3cbe4ccb48a674bcc7c>. Acesso em: 23 jul. 2014.

meio (impróprio) para registrar conquistas profissionais, transformando o *decisum* numa crônica da vida privada. Depois de ironizar os argumentos do embargante dizendo que a tese “é tão brilhante que deve o autor levá-la ao relator do projeto do novo CPC para que venha a ser acolhida no novo código”, o julgador, antes de decretar a improcedência do pedido, enfatiza: “não perco a oportunidade para registrar que, no dia em que o embargante for aprovado no concurso de Juiz Federal, aos 27 anos de idade, em três oportunidades, obtendo um primeiro e um segundo lugares (sendo que neste último caso o primeiro lugar somente foi assumido por terceiro candidato após a pontuação dos títulos), terá condições intelectuais de dar lições de processo civil a este julgador – refiro-me às imperdáveis lições relativas à suposta incongruência objetiva (Didier, 2010) – devendo, até lá, situar-se dentro da comunidade jurídica e atuar dentro de suas limitações, seja de ordem jurídica, seja de ordem hierárquica, lembrando-se que, nas não raras ausências dos Juízes Titular e Substituto do Juizado Cível, tenho a titularidade plena deste órgão judiciário, oportunidade em que, qualquer que seja o entendimento de servidores e magistrados nele atuantes, jamais serão eles taxados de contrário à Lei, mas eventualmente substituídos por outros, considerados mais adequados, da mesma forma pela qual, entendendo um servidor que a decisão judicial é contrária à Lei, deverá respeitar o entendimento dissonante de suas compreensões, levando seus reclames ao órgão recursal competente, abstendo-se de utilizar recurso inadequado para cutucar magistrado ou para tenta dar aulas de Direito para as quais não tem qualificação nem conhecimento jurídico suficientes”²⁶⁵. (Grifo nosso).

9. Em outra decisão polêmica²⁶⁶, o juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Foro Regional de Tristeza, da Comarca de Porto Alegre, do TJ/RS, invoca trechos de uma entrevista da atriz global Paola de Oliveira a uma conhecida revista de moda. A decisão começa assim: “O juiz é o Estado na busca da verdade real²⁶⁷, que tem que efetivamente se

²⁶⁵ Também disponível em: <<http://www.mi-galhas.com.br/Quentes/17,MI173427,101048-Magistrado+da+JFSC+destrata+servidor+em+sentenca>>.

²⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Município de Porto Alegre. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal do Foro Regional Tristeza. *Denúncia nº 0279198-26.2012.8.21.0001 (001/2.12.0089261-3)*. Autor: Justiça Pública. Réu: Felipe Cardoso. Porto Alegre, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_doc1g_oracle.php?id_comarca=porto_alegre&ano_criacao=2013&cod_documento=688278&tem_campo_tipo_doc=S>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁶⁷ Desde o princípio, a decisão já denuncia o paradigma filosófico ao qual o magistrado se vincula. Numa leitura superficial, que não vai além do plano da sintaxe, tem-se que, ao estabelecer como norte a “busca da verdade real dos fatos” – como se sua reconstituição fosse possível, o que não é, pois fatos não se repetem, já dizia o pré-socrático Heráclito –, a ideia inicial que se passa a partir da construção “o juiz é o Estado na busca da verdade real” é a de uma postura presa ao paradigma filosófico da metafísica clássica ou essencialista, por força do qual se dizia que os sentidos estavam nas coisas. Mas, a julgar pelo raciocínio desenvolvido, das duas uma: ou bem a expressão representa a mixagem dos dois paradigmas (metafísico clássico-objetivista e metafísico moderno-subjetivista) ou se trata de um dado falso-aparente. Noutras palavras: assumir-se que o juiz é a própria figura do Estado (sujeito) em busca do conhecimento pleno (verdade real) está mais para a

manifestar, é uma garantia do cidadão brasileiro. Meu pai, Abel Custódio, Promotor de Justiça Jubilado, sempre me diz isso, em nossas conversas sobre Justiça e Verdade, citando o Padre Antônio Vieira: Juiz sem liberdade é como a noite que não segue a aurora. É a própria contradição!!! Ou, como disse a jovem atriz PAOLA OLIVEIRA, na Marie Claire de MAR 2011, pag. 76: **Direitos Humanos é para quem sabe o que isso significa. Não para quem comete atrocidades de forma inconsequente**, ao se pronunciar sobre a invasão do Morro do Alemão, no Rio de Janeiro. E disse mais a jovem atriz: **O sistema é muito frouxo. Tem que haver mais rigidez na punição**". (Grifo do autor). Divulgada na internet, tornou-se um *hit* em acesso e ficou conhecida como Sentença *Marrie Clarie-Paola de Oliveira*, sendo anulada pela 3ª Câmara Criminal do TJ gaúcho por deficiência de fundamentação. A deliberação sublinhou que “*da garantia constitucional de motivação das decisões judiciais emana a exigência de fundamentação da sentença com base nas provas produzidas sob o crivo do contraditório judicial*”, qualificando como impróprio o decidido com base “*em argumentos abstratos em prol de um maior rigor no combate ao tráfico de entorpecentes e em entrevistas concedidas por atores a revistas de moda*”. (Grifo nosso).

10. Noutra decisão²⁶⁸ em que o exercício da discricionariedade parece não ter limites, o juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Patu, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

filosofia da consciência que para a metafísica clássica. É certo que grande parte dos juízes professa fé inabalável na existência de uma verdade real, como se as coisas fossem dotadas de essências, mas no caso da decisão em vitrina, a compreensão subliminar do primeiro enunciado indica filiação à filosofia da consciência e nesse sentido a *busca da verdade real* não passaria daquilo que Lenio Streck (*O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de terrae brasiliis*, publicado na RT, n. 921, São Paulo, 2012, p. 359) chama de “construção solipsista do sujeito cognoscente”, ou “um álibi teórico para sustentar ‘verdades solipsistas’”, não tendo nada de essencialista, sendo que “sua *holding* está na filosofia da consciência”. No mesmo artigo, Streck deixa claro que na dogmática jurídica brasileira, refém do senso comum teórico, é comum fazer-se confusão e/ou mixagem dos dois paradigmas, incompatíveis entre si, o que confere à tematização do problema o caráter tautológico. “Por vezes, parece que a verdade real é uma busca ontológica clássica, uma *adaequatio intellectus et rei*; em outras passagens, fica-se convencido que a verdade real é o corolário da filosofia da consciência (*adaequatio rei et intellectus*)”. (Cf. op. cit., p 369. Grifo do autor). Em síntese, ora se aposta na “verdade real” como ontologia clássica, ora como produto da vontade do sujeito egoísta. Contudo, hermeneuticamente falando e no interior do paradigma da intersubjetividade, no qual a linguagem é condição primeira de possibilidade, é irrelevante se os créditos devem ser atribuídos à metafísica clássica ou à moderna, porquanto, como pontua Streck (op. cit., p. 391), “a verdade não é nem uma essência do objeto” e “não é o resultado da construção de um sujeito consciente, mas sim aquilo que emerge de uma compreensão, linguística e historicamente situada”. Enfim, a verdade não é real, formal, muito menos aparente; para além disso, é hermenêutica, uma condição de possibilidade que se apresenta num certo horizonte de sentido.

²⁶⁸ RIO GRANDE DO NORTE. Município de Patu. Tribunal de Justiça. Vara Única da Comarca de Patu. *Despacho de mero expediente no Processo nº: 0100222-69.2014.8.20.0125*. Autor: Francisco Sales Oliveira e Souza. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Patu, 24 de mar. 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=57D698CD8DB583DA0685D7303DB467F4.appsWeb3?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=125&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0100222-69.2014&foroNumeroUnificado=0125&dePesquisaNuUnificado=0100222-69.2014.8.20.0125&dePesquisa=#>>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

Grande do Norte (TJ/RN), antes de indeferir pedido de tutela de urgência requerida pelo autor, assinalou: “Segundo a Unesco, um texto de 49 páginas ou mais é um livro. Esta petição inicial é, pois, um livro . O notório excesso de trabalho desta Vara não permite ler livros inteiros durante o expediente. Ademais, tudo o que fora dito cabe num vigésimo ou menos das páginas que o autor escreveu. Não é possível assegurar a razoável duração do processo e a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CF) sem a indispensável colaboração dos advogados (CF, art. 133). O tempo que o juiz gasta lendo páginas inúteis é roubado à tramitação de outros processos. Portanto, a prolixidade da inicial desrespeita entre outras coisas: a) a diretriz constitucional da celeridade (CF, art. 5º, LXXVII, e art. 125 do CPC); b) o princípio da lealdade (art. 14, II, do CPC), porque prejudica desnecessariamente a produtividade do Poder Judiciário; e c) o dever de não praticar atos desnecessários à defesa do direito (art. 14, IV, do CPC). Ademais, forçar o adversário a ler dezenas, quiçá centenas, de páginas supérfluas é uma estratégia desleal para encurtar o prazo de defesa. Há claro abuso do direito de petição por parte do autor, ato ilícito (art. 187 do CC/02) que o juiz está obrigado a inibir (art. 125, I e III, e art. 129 do CPC). Enfim, a prolixidade do autor contradiz a alegação de necessidade de urgência da tutela, afinal de contas quem tem pressa não tem tempo de escrever dezenas de laudas numa petição, cujo objeto poderia ser reduzido há pelo menos 20% do total escrito. Isto posto, concedo à parte autora 10 dias para emendar a inicial, reduzindo-a a uma versão objetiva, com a extensão estritamente necessária, sob pena de indeferimento”. (Grifo nosso).

A agravante, nesse caso, é que, não bastasse a total ausência de fundamentação²⁶⁹, trata-se de uma decisão normativa, no sentido de que cria dispositivos legais, sendo, assim, antidemocrática, pois introduz uma nova modalidade de litigância de má-fé (“abuso do direito de petição”) e outra hipótese de indeferimento de inicial (quando a manda emendar para reduzi-la ao tamanho estritamente necessário), nenhuma delas prevista na legislação de regência ou, no mínimo, no último caso, porque confere o sentido que bem entende às normas dos art. 282, 284 e 295 do CPC. A par disso, como diz Streck, em artigo publicado na coluna Senso Incomum do Consultor Jurídico²⁷⁰, “o que mais intriga é a invocação de princípios por parte do juiz exatamente para a prática de uma ilegalidade. [...] Invocar a igualdade para

²⁶⁹ Não explicita o sentido do que entende por “estritamente necessário” e nem porque a redução de “pelo menos 20% do total escrito” seria o tamanho ideal da petição, só para ficar nesses dois exemplos.

²⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. O juiz do RN e o tamanho da petição – o Nobel é nosso! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-17/senso-incomum-juiz-rn-tamanho-peticao-nobel-nosso>>. Acesso em: 18.04.2014.

solapar exatamente a igualdade. Sim, porque o que o juiz fez foi aplicar a lei segundo a sua régua. [...] E isso é prática a mais “perfeita” desigualdade”.

O curioso, para não dizer hilário, é a falta de originalidade no ato de usar uma régua para comparar a inicial com o tamanho de um livro, segundo as medidas da Unesco, porquanto trata-se de decisão copiada, sem registro da fonte, de outra que lhe precedeu e que foi proferida por órgão judicial vinculado a Tribunal de Justiça de outro estado da Federação, em ação cujo autor foi o Ministério Público²⁷¹.

11. Em decisão²⁷² semelhante à referida no item 5, o juiz da 7ª Vara Cível da Comarca de Goiânia, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ/GO), depois de declarar que não entendeu nada do pedido, resolve por bem indeferir tudo: *“Confesso que não entendi quase nada. O advogado Elias Lourenço vem executando nesses embargos honorários, que é de R\$20.035,30 (vinte mil, trinta e cinco reais, e trinta centavos), fls. 110/112. Então ele agora é parte neste processo na execução de honorários, isto em causa própria. Logo, não posso excluir seu nome do feito. INDEFIRO. Quanto à intimação em nome da advogada Dra. Elaine Cristina, deve ser anotada na ação de execução que está desapensada deste Embargo. INDEFIRO. Já a intimação do Banco Itaú, sucessor do BEG, para pagar o quê? Ora, se tem um contrato que foi rescindido, é óbvio que tem que ser executado em ação própria. INDEFIRO. Assim, INDEFIRO TUDO. Cumpra-se o artigo 793-III, do CPC. Arquive-se provisoriamente”*. (Grifo nosso).

12. Em outra sentença, que aparentemente desconstrói por inteiro a teoria da responsabilidade civil por danos, o juiz de Direito de Florianópolis, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ/SC), em ação²⁷³ com pedido de ressarcimentos materiais e morais, decidiu, de forma hilária, que um réptil tem a culpa pela queima de equipamento de ar-condicionado: *“Gira a lide em torno de um acidente que vitimou uma lagartixa, que inadvertidamente entrou no compartimento do motor de um aparelho de ar condicionado tipo Split e que causa sua morte infelizmente irrelevante neste mundo de homens, e a queima do motor do*

²⁷¹ Trata-se de decisão proferida pelo juiz de Direito Roger Vinícius Pires de Camargo Oliveira, da 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba/PR, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJ/PR) nos autos do Processo nº 0001394-92.2012.8.16.0004, em ação civil pública movida pelo Ministério Público, tendo o magistrado determinado ao MP que reduzisse a inicial de 144 folhas a uma versão objetiva. Ver em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI198781,11049Juiz+imita+-despa+cho+de+colega+para+criticar+peticao+longa>>.

²⁷² Processo nº 37090-05.1996.8.09.0051. Arquivado no site do TJ/GO e sem acesso.

²⁷³ SANTA CATARINA. Município de Florianópolis. Tribunal de Justiça. Juizado Especial Cível, Capital, Continente. *Sentença em ação de indenização Proc. nº 0000694-88.2011.8.24.0082 (082.11.000694-3)*. Autor: Antônio Cirtoli. Réu: Komlog Importação Ltda. Florianópolis, 22 de fev. de 2012. Disponível em: <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/abrirDocumentoVinculadoM ovimentacao.do?processo.codigo=2A0001EQR0000&cdDocumento=4545164&nmRecursoAcessado=Sente n%c3%a7a+-+Proced%c3%aancia+parcial+do+pedido>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

equipamento, que foi reparado pelo autor ao custo de R\$664,00 (fl. 21), depois que a ré recusou-se a dar a cobertura de garantia. É, portanto, (sic) indiscutido nos autos que a culpa foi da lagartixa, afinal, sempre se há de encontrar um culpado e, no caso destes autos, até fotografado foi o cadáver mutilado do réptil que enfiou-se onde não devia (fl.62), mas afinal, como ia ele saber se não havia barreira ou proteção que o fizesse refletir com o seu pequeno cérebro se não seria melhor procurar refúgio em outra toca? Eis aqui o cerne da questão, pois afinal uma lagartixa tem todo o direito de circular pelas paredes externas das casas à cata de mosquitos e outros pequenos insetos que constituem sua dieta alimentar. Todo mundo sabe disso e certamente também os engenheiros que projetam esses motores, que sabidamente se instalam do lado de fora da residência, área que legitimamente pertencem às lagartixas. Neste particular, tem toda razão o autor, se a ré não se preocupou em lacrar o motor externo do Split, agiu com evidente culpa, pois era só o que faltava exigir que o autor ficasse caçando lagartixas pelas paredes de fora ao invés de se refrescar no interior de sua casa”. (Grifo nosso).

13. Em decisão que se tornou conhecida como “o caso da sentença homofóbica”²⁷⁴, o Juiz de Direito da 9ª Vara da Comarca de São Paulo, do TJ/SP, declarando inicialmente que iria (sic) “evitar um exame perfunctório, mesmo porque, é vedado constitucionalmente, na esteira do artigo 93, inciso IX, da Carta Magna”, rejeitou queixa-crime com base em fundamentos discriminatórios do tipo “futebol é jogo viril, varonil, não homossexual, há hinos que consagram essa condição. [...] Essa situação incomum, do mundo moderno, precisa ser rebatida...Quem se recorda da ‘COPA DO MUNDO DE 1970’, quem viu o escrete de ouro jogando [...] jamais conceberia um ídolo seu homossexual. [...] Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo, mas forme o seu time e inicie uma federação. O que não se pode entender é que a Associação de Gays da Bahia e alguns colonistas (se é que realmente se pronunciaram nesse sentido) teimem em projetar para os gramados atletas homossexuais[...] O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade do pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... Para não se falar no desconforto do torcedor que às vezes [tem] que ir ao estádio, por vezes com o seu filho...” Revelando o paradigma filosófico da metafísica moderna a que se encontra vinculado, esse magistrado encarna a figura do sujeito pensante da modernidade, dono da consciência de si e do mundo dos

²⁷⁴ SÃO PAULO. Município de São Paulo. Tribunal de Justiça. 9ª Vara Criminal de São Paulo. *Queixa Crime nº 936/2007*. Autor: Richarlyson Barbosa Felisbino. Réu: José Cyrillo Júnior. São Paulo, 5 de julho de 2007. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz_nega_acao_jogador_futebol_macho>. Acesso em: 23 jul. 2014.

sentidos e, como quem abraça os céus com as mãos, alcança o lugar mais alto do pódium da subjetividade, de onde arremata: “*É assim que eu penso... e por pensar assim na condição de Magistrado, digo!*”. (Grifo nosso).

14. Do juiz de Direito de Sete Lagoas/MG²⁷⁵: “*O tema objeto destes autos é a Lei nº 11.340/06, conhecida como ‘Lei Maria da Penha’. Assim, de plano surge-nos a seguinte indagação: devemos fazer um julgamento apenas jurídico ou podemos nos valer também de um julgamento histórico, filosófico e até mesmo religioso para se saber se esse texto tem ou não autoridade? [...] Esta “Lei Maria da Penha” — como posta ou editada — é portanto de uma heresia manifesta. Herética porque é anti-ética; herética porque fere a lógica de Deus; herética porque é inconstitucional e por tudo isso flagrantemente injusta. Ora! A desgraça humana começou no Éden: por causa da mulher — todos nós sabemos — mas também em virtude da ingenuidade, da tolice e da fragilidade emocional do homem. Deus então, irado, vaticinou, para ambos. E para a mulher, disse: ‘(...) o teu desejo será para o teu marido e ele te dominará (...)’ [...] A mulher moderna — dita independente, que nem de pai para seus filhos precisa mais, a não ser dos espermatozóides — assim só o é porque se frustrou como mulher, como ser feminino. [...] As medidas protetivas de urgência ora requeridas deverão ser dirimidas nos juízos próprios — cível e/ou de família — mediante o comparecimento da ofendida na Defensoria Pública desta Comarca, se advogado particular não puder constituir*”. (Grifo nosso).

Analisando essa decisão, o que vale tanto para a sentença homofóbica quanto para a do juiz federal que espezinha o servidor, Flaviane de Magalhães Barros assevera que, como não se observou o mínimo de contraditório, o problema é que nem de sentença se trata, “não passando a decisão de um monólogo judicial e não de um diálogo entre as partes”²⁷⁶. De fato, a autora destaca que “a partir da própria estruturação da decisão, percebe-se a ausência do

²⁷⁵ MINAS GERAIS. Município de Sete Lagoas. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal/Juizado da Infância e Juventude de Sete Lagoas. *Processo nº 222.942-8/06*. Sete Lagoas, 12 de fev. de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-out-23/cnj_avaliao_decisao_tachou_lei_monstrego_tinhoso?imprimir=1>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁷⁶ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008. p. 139. A autora, na p. 138, esclarece previamente que “o caso concreto trata-se de uma decisão do juiz da 1ª Vara Criminal e de Menores da Comarca de Sete Lagoas/MG, que antes mesmo do início do processo criminal, ainda em fase cautelar preventiva, declinou da competência e determinou que a vítima buscasse amparo para as medidas protetivas previstas no Estatuto da Violência Doméstica junto as Varas Cível e de Família da respectiva comarca, através de pedido a ser feito por seu advogado ou encaminhado pela Defensoria Pública”.

respeito ao contraditório como construção participada da decisão²⁷⁷, vez que ausente qualquer participação das partes a respeito do tema decidido²⁷⁸.

Fica, assim, fácil demonstrar que ao não se garantir o contraditório prévio e ao permitir que o juiz de ofício decida sem abrir a possibilidade de argumentação das partes sobre a questão reforça o subjetivismo do juiz. No caso estudado fica mais fácil demonstrar o subjetivismo do juiz, eis que a decisão está permeada por sua convicção pessoal e religiosa a respeito da mulher, de seu papel de submissão desde o Gênesis, assim comprovando a necessidade de se repensar o papel dos juizes no processo jurisdicional e de se refletir sobre as teorias do processo que ainda se sustentam no instituto Jurisdição, visto a partir de sua função substitutiva, que exclui as partes²⁷⁹.

Há, ainda, inúmeros outros casos de sentenças bizarras ou destituídas de qualquer fundamentação, ou que se dedicam a questões paralelas, que encobrem a questão de fundo. São exemplos disso, dentre outras, aquelas que dão aula de informática, de numerologia ou de futebol, todas sintomáticas de como a aposta no subjetivismo, como tentativa de superação do paradigma objetivista (essencialista), acarreta consequências danosas para o direito. Como destaca Luiz,

o subjetivismo apresenta várias vertentes e tem como ponto comum a crença que o texto legal possui um vasto número de possíveis significados, sendo que a interpretação consiste em escolher um desses, processo no qual o juiz, expressando seus valores pessoais (extralegais), efetivará a escolha. Nesta concepção, os juizes, e não as regras, possuem a função criativa do significado (norma)²⁸⁰.

Pode-se, pois, dizer que de comum entre as sentenças transcritas há o fato de que foram proferidas livre e discricionariamente, sem qualquer tipo de controle, o que é incompatível com a nova concepção decorrente do giro linguístico e presente na *Crítica Hermenêutica do Direito-CHD*²⁸¹, que sustenta que a atividade interpretativa encontra limites. Como assevera Luiz, “nesta concepção, a interpretação não é uma atividade livre e

²⁷⁷ Processo jurisdicional constitucional democrático, processo como procedimento em contraditório no sentido forte e decisão compartilhada são temas que serão abordados no capítulo 3, subitem 4.2.

²⁷⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n.6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008. p. 140.

²⁷⁹ *Ibid.* p. 141.

²⁸⁰ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39.

²⁸¹ Movimento deflagrado por Lenio Streck que, na construção de uma Teoria da Decisão Judicial, conjuga o filósofo Hans-Georg Gadamer e o jurista Ronald Dworkin. Nas palavras de Streck, “a Nova Crítica do Direito ou a Crítica Hermenêutica do Direito é uma nova teoria que surge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana. Dela exsurge a tese de que há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada, à Constituição’” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92).

discricionária; mas, ao revés, caracteriza-se por seu uma interação dialógica entre intérprete e texto, que é possível por meio de sua mútua participação em um meio comum na história e linguagem (tradição)”²⁸².

De fato, todas as decisões referenciadas, a julgar pelos trechos reproduzidos, são exemplos típicos do teorema kelseniano segundo o qual a sentença é um ato de vontade por força do qual o intérprete judicial diz o que quer e escolhe a resposta que lhe convém, fazendo-o com tanta desenvoltura que chega a criar o próprio objeto de estudo, na maioria das vezes totalmente desvinculado da questão de fundo, que fica encoberta. Trata-se de decisões que se desviam das questões centrais, velando-as, e se põem a dissertar (com a criação até de um objeto de estudo próprio, mesmo periférico), o que impede a compreensão hermenêutica da controvérsia, encoberta, nos exemplos citados, pela vida existencial dos répteis, o cantar de galos, a essencialidade dos aparelhos de tv, a numerologia, a informática, as conquistas pessoais ou tentativas de suicídio, sem excluir as que, do fundo de seu encapsulamento, o magistrado indefere tudo no atacado ou porque não concorda com as razões do requerente.

Veja-se que a decisão listada como 5, embora não tenha passado de mera ameaça reveladora dos limites (inexistentes) da vontade de poder, talvez exemplifique o momento supremo do solipsismo. É que, longe de indicar as razões pelas quais não acolhe o pedido formulado, limita-se o magistrado a fazê-lo com base no simples fato de não concordar com os fundamentos expendidos pelos interessados, negando-se, contudo, a explicitar o compreendido. Não há, assim, em nenhum dos exemplos, qualquer fundamentação, dever do qual os senhores magistrados se olvidaram.

Como bem lembra Motta, referindo a Ovídio Baptista da Silva, “quando se exige que o juiz ‘fundamente’ suas decisões, está-se exigindo (muito) mais do que uma explicação dos motivos que o convenceram; está-se cobrando dele, na verdade, que explicitar seu convencimento, através da análise crítica da prova, e que justifique a interpretação do direito que entendeu aplicável”²⁸³. Ou seja: nos paradigmas do Estado Democrático de Direito e da Filosofia da Linguagem, o juiz não está dispensado de fundamentar como ocorria no interior do modelo do Estado Liberal e do paradigma filosófico no qual se apoiava (metafísico clássico).

São as sentenças citadas demonstrações inequívocas de que as decisões e seus respectivos prolores não sofreram o efeito do giro ontológico-linguístico, porquanto ainda

²⁸² LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 35.

²⁸³ SILVA, Ovídio Baptista da *apud* MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 139.

atrelados ao paradigma filosófico da metafísica moderna no interior do qual a interpretação judicial é um ato de vontade e o intérprete, na condição de assujeitador do objeto, acredita sempre decidir de forma correta, seja quando se dá como suspeito por conta do cantar de um galo que o incomoda, seja quando dá lições de moral em servidor que, diferentemente dele, não logrou aprovação em primeiro lugar em vários concursos da magistratura. Nessas duas situações, assim como nas demais, percebe-se que as decisões expressam um sentimento de um sujeito que, encapsulado, sai em busca dos sentidos das coisas de maneira inapelável, como um típico representante da vetusta máxima de que sentença vem da expressão *sentire*. É que, na perspectiva subjetivista, como assevera Fernando Vieira Luiz,

acredita-se que o senso de justiça subjetivo inerente ao julgador será a mola mestra para a solução do litígio de forma justa. Logo, a intuição judicial sobre a justiça ao caso concreto motivaria o juiz a decidir de determinada forma. Acredita-se que o magistrado decide por sentimento e não por julgamento, por intuição e não por raciocínio, ou seja, o impulso vital para a decisão judicial é um senso intuitivo do que é certo ou errado para determinado caso²⁸⁴.

É bem verdade que essas posturas não são unanimidade na magistratura brasileira, pois parte dela não sofre da virose epistêmica, mas têm efeitos tão perversos que acabam por nublar as boas práticas. A atitude do juiz de julgar ao seu talante porque sabe que, de um modo ou de outro, qualquer erro será objeto de ajuste em sede de embargos de declaração está ligada a uma noção decorrente do fatalismo de que os juízes, como seres humanos, são falíveis e, por força disso, não teria sentido insistir na ideia da necessidade de oferecer respostas corretas nos julgamentos. No entanto, sucumbir a essa fatalidade equivale a dizer que por essa mesma razão os juízes não devem esforçar-se para produzir decisões boas ou corretas.

Ocorre que os juízes têm o dever de prestar contas, sobretudo no Estado Democrático de Direito, pelo que se reconhece, como faz Motta²⁸⁵, inspirado em Dworkin, a necessidade de cobrar-lhes a responsabilidade de produzir decisões corretas e devidamente fundamentadas²⁸⁶. Em termos do procedimento em si, que se pode denominar de *puro* (o de fundamentar), não está em discussão se o resultado da operação é materialmente correto ou não, se é justa ou injusta a decisão. Isso não interessa, pelo menos de imediato. O fundamental é exigir que a decisão seja fundamentada (justificada), porque decorre de uma ordem constitucional.

²⁸⁴ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 39.

²⁸⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 80.

²⁸⁶ A questão da responsabilidade política do juiz e sua relação com o dever de fundamentar será abordada com maior profundidade no subitem 4.4.1.

Por outro lado, decisão judicial sem suporte no art. 93, IX, da Constituição Federal ou que o vilipendie, por desfundamentada, não é uma resposta correta, independentemente do seu resultado como direito material, que pode ser até justo. Na trilha desse raciocínio, insere-se na ideia de resposta correta a decisão judicial devidamente fundamentada e nos termos da Constituição Federal, sendo a ausência de fundamentação, assim como a má fundamentação (por conter defeitos como contradição e obscuridade) uma violação que a torna uma anti-resposta correta. Eis a dificuldade a ser enfrentada: exigir-se do juiz o estrito cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e cobrá-los nessa responsabilidade.

3.4 O raio x da disfuncionalidade nos tribunais superiores

Para Gadamer, “o sentido de um texto supera o autor não ocasionalmente, mas sempre. Por isso, a compreensão não é nunca um comportamento somente reprodutivo, mas é, por sua vez, sempre produtivo [pois] quando se logra compreender, compreende-se de um modo diferente”²⁸⁷. Isso, obviamente, não quer dizer que juízes e tribunais têm ampla liberdade para atribuir ao texto o sentido que bem entenderem.

Todavia, segundo Streck “no Brasil, juízes e tribunais podem dar às palavras os sentidos que querem. E parece que as partes, rapidamente, estão se adaptando darwinicamente...! Depois... bem, depois, tem sempre os embargos declaratórios”²⁸⁸, ou seja, em último caso procura-se salvar a decisão com o manejo do herói malandro. É assim que Lenio Streck se manifesta, em tom de desabafo, depois de indagar do leitor o que ele acha do uso repetitivo e abusivo dos embargos de declaração em um mesmo “feito” ou “desfeito”²⁸⁹.

Como já destacado no primeiro capítulo, Keith Rossen²⁹⁰, quando diz da administração da justiça e de como os juízes decidiam no período colonial, lembra que no Brasil as decisões nunca eram definitivas porque se podia recorrer de toda e qualquer uma e os juízes julgavam de acordo com o humor do dia. Ele fala de 500 anos atrás, mas, de lá para cá, pouca coisa mudou.

Veja-se o paradoxo em que mergulhou a dogmática jurídica tupiniquim. Os tribunais que se queixam da abusividade no uso dos recursos, mormente dos embargos de declaração – o mais antipatizado de todos –, cujos exemplos emblemáticos já foram elencados (Recurso

²⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 13 ed. Traduzido por Paulo Meurer. Bragança Paulista: EDUSF/Petrópolis: Vozes, 2013. p. 443-444.

²⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 95.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 95.

²⁹⁰ ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31.

Extraordinário nº 222.752²⁹¹ e Recurso Especial nº 970879)²⁹² são os mesmos cujas decisões: i) não disfarçam a vinculação com a filosofia da consciência (decisão como ato de vontade, que aposta livremente na discricionariedade) e ii) se negam a cumprir o dever de fundamentar. Ou seja: nem só de decisões monocráticas se nutre a patologia do sistema.

Nos tribunais há, com efeito, várias decisões representativas do primeiro modelo, mas nenhuma supera a intervenção do ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, proferida nos autos do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial (Proc. nº 279.889/AL)²⁹³, tida como o momento sublime da subjetividade ou do julgar conforme a consciência²⁹⁴. A decisão se tornou famosa de tanto repercutir, sendo menção obrigatória quando o assunto é discricionariedade judicial e ocupando, com mérito, o primeiro lugar no *ranking* do solipsismo judicial:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Gusmão Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim porque pensam assim. E o STJ decide assim porque a maioria de seus integrantes pensam como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

²⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RE nº 222752/SP. 2ª Turma*. Agravante: Viação Santa Brígida Ltda. Agravado: União. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21 de set. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28222752.NUME.+OU+222752.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m9lsvwr>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no ARE no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp nº 790.879/GO. Corte Especial*. Embargante: Gilberto George de Castro Barbo. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 03 de abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221095&num_registro=200701732371&data=20130409&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 279889/AL. Primeira Turma*. Embargante: Fazenda Nacional. Embargados: Pedro Lourenço Wanderley e outros. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 16 de ago. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=42169&num_registro=200000986119&data=20010924&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2014.

²⁹⁴ A propósito, não é temerário dizer que essa manifestação, sem embargo de se vincular a um paradigma filosófico superado pelo giro ontológico-linguístico, serviu como fonte de inspiração para o título de um dos livros de Lenio Streck mais inquietantes e críticos em matéria de teoria do direito (*O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012), definido pelo próprio autor como “um libelo contra as diversas formas de decisionismo”.

Em estudo crítico²⁹⁵ desse *leading case* das decisões proferidas conforme a consciência, Ommati destaca que foi nela que pela primeira vez, de forma explícita, um juiz “deixa clara a sua posição quanto ao papel do magistrado no Direito e quanto à sua falta de controle no ato decisório”. Em se tratando, mais especificamente, de ministros do STJ, eles se bastam, ninguém lhes pode dar lições, e quando julgam o fazem a partir de convicções pessoais. Para Ommati,

tal posicionamento não se encontra adequado ao paradigma do Estado Democrático de Direito e às próprias exigências constitucionais em relação ao ato de julgar, fundamentalmente se pensarmos na necessidade imperiosa de fundamentação de todos os atos estatais estabelecida pela Constituição de 1988 em seu artigo 93, inciso IX²⁹⁶.

Para Streck, entretanto, não é a manifestação do ministro Humberto Gomes de Barros a decisão mais representativa do estado da arte “de como se decide conforme a consciência”, mas a proferida pela 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nos autos dos Embargos de Declaração em Recurso de Revista (Proc. nº 6443/89), publicada no DJU em 15.02.91²⁹⁷:

A sentença é um ato de vontade do juiz como órgão do Estado. Decorre de um prévio ato de inteligência com o objetivo de solucionar todos os pedidos, analisando as causas de pedir, se mais de uma houver. Existindo vários fundamentos (raciocínio lógico para chegar-se a uma conclusão), o juiz não está obrigado a refutar todos eles. A sentença não é um diálogo entre o magistrado e as partes. Adotado um fundamento lógico que solucione o binômio “causa de pedir/pedido”, inexistente omissão²⁹⁸.

Pela literalidade do primeiro enunciado e considerando que a decisão do TST é anterior à do STJ, pode-se dizer, contrariando, em parte, Ommati, que o pioneirismo na profissão de fé na doutrina kelseniana está com a Suprema Corte Trabalhista. Por outro lado, às duas decisões listadas, pode-se agregar uma terceira, capaz de ombreá-las. Trata-se do voto – sobretudo das razões do voto – do então ministro do STF Eros Grau, proferido nos autos da

²⁹⁵ OMATTI, José Emílio Medaur. O positivismo jurídico na prática jurisprudencial brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do Direito Neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 247-248.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 251.

²⁹⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Patogênese do protagonismo judicial em Terrae Brasilis ou de como “sentença não vem de sentire”*. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, nº 6*. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 147.

²⁹⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *EDcl no RR nº 6443/89. 1ª Turma*. Relator: Min. Fernando Damasceno. Brasília. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 de fev. 1991.

Reclamação 4.335-5/AC, que se constitui num caso paradigmático de discricionariedade e de decisão ainda presa ao paradigma da subjetividade.

Embora a matéria controversa da Reclamação n. 4.335-5/AC envolva a interpretação do art. 52, X, da Constituição da República, o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade difuso exercido pelo STF e a mutação constitucional, seu sentido e seus limites, e não trate exatamente de embargos de declaração, o registro tem importância por dizer de uma decisão que, tanto quanto as duas anteriores, é sintomática do julgar de acordo com a consciência. Aliás, o voto em referência não guarda sintonia com o pensamento do jurista Eros Grau que, em uma de suas obras capitais²⁹⁹, entendia não haver espaço para a discricionariedade.

Ocorre que, no voto, o ex-ministro, no afã de reduzir o papel do Senado Federal, propõe a substituição da atual redação do art. 52, X, da Constituição Federal por outra na qual a competência da Câmara Alta ficaria restrita ao dever de dar publicidade às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, que já nasceriam, assim, com força *erga omnes* e com efeitos *ex-tunc*. Mas não é só. O ponto extremo da discricionariedade é atingido quando – após afirmar que, como a atual redação do art. 52, X, é obsoleta, deve compreender-se que a competência do Senado Federal deverá restringir-se a dar publicidade às decisões do Supremo em sede de controle difuso. Eros Grau, para quem os braços dos ministros do Supremo alcançam o céu, dizendo-se sabedor de que a doutrina se insurgirá, antecipa a defesa de seu entendimento:

Sucedo que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ela nos seguirá; não o inverso³⁰⁰.

Trata-se, a toda evidência, de um posicionamento diametralmente oposto ao do defendido pelo outrora doutrinador, que entendia que o intérprete não podia criar nem recriar o direito e, muito menos, agir de forma discricionária.

Ainda como modelo de decisão que se movimenta no interior do paradigma da subjetividade, é importante acrescentar à lista uma que, embora não provenha de um tribunal

²⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 4.335-5/AC. Tribunal Pleno. Voto-vista do Min. Eros Grau*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 19 de abr. 2007.

de cúpula, demonstra que a atribuição de sentidos de acordo com a consciência do órgão julgador é fenômeno nacional enraizado no universo da magistratura brasileira. Trata-se de decisão do TJ/SC que deixa claro ser ela uma questão de “escolha”, como registrou Fernando Vieira Luiz.

Ao tribunal, e ao juiz, não compete detalhar os dispositivos legais no julgamento da causa. Incumbe-lhes apenas julgar de acordo com o seu convencimento e com a sua consciência, optando pelo posicionamento que lhe parecer mais adequado ao enfrentamento da questão colocada ao seu poder-dever de decisão, pois não estão adstritos aos fundamentos de Direito pelas partes, nem estão obrigados a se manifestar expressamente sobre todos eles quando, salienta-se, solucionam a lide sob motivação diversa da esposada pelas partes³⁰¹.

Assim como foi possível agrupar quatro decisões como legítimas representantes do mais elevado grau de discricionariedade da magistratura brasileira, de igual modo listam-se as consideradas como a quintessência da negação do dever de fundamentar, o que não deixa de ser um subproduto da discricionariedade, sem dizer que estimulam a reprodução descontrolada do instituto do jeitinho³⁰². A primeira delas vem do STJ e funciona como fonte inspiradora da grande maioria dos juízes quando o assunto é esquivar-se do dever de fundamentar (Recurso Especial, proc. nº 717265/SP):

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - CONDOMÍNIO - TAXAS CONDOMINIAIS – OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECISUM - INOCORRÊNCIA – OBRIGAÇÃO PROPTER REM - LEGITIMIDADE PASSIVA - JUROS MORATÓRIOS – CONVENÇÃO CONDOMINIAL - MULTA MORATÓRIA - REDUÇÃO - INVIABILIDADE.

1 - Conforme entendimento desta Corte, o magistrado, ao analisar o tema controvertido, não está obrigado a refutar todos os aspectos levantados pelas partes, mas, tão somente, aqueles que efetivamente sejam relevantes para o deslinde do tema. Assim, verifico que, neste aspecto, ao contrário do alegado genericamente pelo recorrente, o r. decisum encontra-se fundamentado. De outro lado, desnecessário a menção expressa aos dispositivos legais porventura contrariados, importando, para efeitos de prequestionamento, que a matéria correspondente tenha sido ventilada³⁰³.

³⁰¹ Cf. LUIZ, Fernando Vieira, em *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 58), a decisão foi proferida nos embargos de declaração em agravo (Processo n. 2006. 012739-7/0001.00).

³⁰² Nessa decisão do TJ/SC podem ser conferidos tanto os elementos de convicção, com base na *consciência em si pensante* do intérprete, quanto os de negação do dever de fundamentação, o que, em última análise, não deixa de ser uma influência do paradigma da subjetividade.

³⁰³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 717.265/SP. Quarta Turma*. Recorrente: Banco Bamerindus do Brasil S/A - Em liquidação. Recorrido: Condomínio Edifício Paulista Boulevard. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Brasília, DF, 3 de ago. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=606522&num_registro=200500022619&data=20070312&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2014.

A decisão, além de paradigmática, configura, sem dúvida, uma ode à negação do dever de fundamentar, encontrando-se, na ordem de preferência, no topo da lista para a rejeição dos embargos de declaração, como demonstrado no subitem 3.3.2, em que se falou das soluções prontas e acabadas quando o propósito é rejeitar o recurso em vitrina. Em *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, Lenio Streck, em nota de rodapé³⁰⁴, destaca duas decisões proferidas no Recurso Cível nº 5003352-50.2011.404.7111, em tramitação no TRF da 4ª Região, que fazem apologia da fundamentação do tipo *remissiva*. De fato, da primeira decisão que, como ressalta Streck, invoca o entendimento expresso no Recurso Especial (Proc. nº 717265), cuja ementa foi parcialmente transcrita, consta que

A sentença é de ser confirmada pelos seus próprios fundamentos, nos termos do art. 46 da Lei 9.099/1995, combinado com art. 1º da Lei 10.259/2001. Os fundamentos do acórdão, pois, são os mesmos fundamentos da sentença, onde todas as alegações já foram analisadas. A decisão da Turma Recursal assim proferida, no âmbito dos Juizados Especiais, é suficiente para interposição de quaisquer recursos posteriores. [...]. Importa destacar que 'o magistrado, ao analisar o tema controvertido, não está obrigado a refutar todos os aspectos levantados pelas partes, mas, tão somente, aqueles que efetivamente sejam relevantes para o deslinde do tema' (STJ, Resp 717265, DJ de 12/03/2007, p. 239). Em assim sendo, rejeito todas as alegações que não tenham sido expressamente refutadas nos autos, porquanto desnecessária sua análise para chegar à conclusão alcançada³⁰⁵.

Contra essa decisão, interpôs-se embargos de declaração para suprir a ausência de fundamentação do acórdão, que se limitara a confirmar a sentença recorrida por seus próprios fundamentos, os quais foram, segundo as razões abaixo, improvidos:

Sem razão a parte embargante. Com efeito, no âmbito dos Juizados Especiais, a confirmação da sentença recorrida, por seus próprios fundamentos, encontra-se expressamente autorizada pelo art. 46 da Lei 9.099/95³⁰⁶.

³⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, nota de rodapé explicativa nº 94, p. 340.

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turma Recursal Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Sul. *Decisão no Recurso Cível nº 5003352-50.2011.404.7111*. Recorrente: Edemilson de Moraes. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Juiz Federal Luiz Clovis Nunes Braga. Porto Alegre, 18 de set. 2012. Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711348750710533831130000003080&evento=711348750710533831130000001057&key=a5c26594e0b5ceb059a82bf0641a896f1c2e430bf82fd2ea55e0d7dbd172e05d>. Acesso em: 23 jul. 2014.

³⁰⁶ Decisão da Turma Recursal em Embargos Declaratórios do mesmo Recurso Cível nº 5003352-50.2011.404.7111. “De acordo com o art. 46 da Lei 9.099/95, o julgamento em segunda instância constará apenas da ata, com a indicação suficiente do processo, fundamentação sucinta e parte dispositiva. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão”. Como registra Lenio Streck na nota de rodapé citada, a decisão nos embargos invoca precedentes do STF segundo os quais decisão que faz remissão aos fundamentos adotados na sentença não viola o art. 93, X, da Constituição Federal, eis que existe expressa autorização nesse sentido, nos termos do art. 46 referenciado. Eis os precedentes do Supremo invocados: 1) *DECISÃO. TURMA RECURSAL. FUNDAMENTAÇÃO. A LEI*

Streck questiona essas decisões, inclusive os precedentes do STF, por entender não ser adequado que uma lei ordinária (Lei 9.099/95, art. 46) se ponha em rota de contramão a um comando constitucional “que estabelece a obrigatoriedade de fundamentação amíúde de todas as decisões”³⁰⁷. Assim,

nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal que invocaram a lei para sustentar a não violação por parte dos acórdãos *a quo* do art. 93, IX, da Constituição tem-se nitidamente uma perigosa interpretação da Constituição de acordo com a lei. Por isso, parece não restar dúvida que o art. 46 da Lei 9.099/1995 e o modo como ele vem sendo aplicado fere não somente de frente o sentido ôntico do artigo. 93, IX, como também os princípios republicanos que informam e conformam um processo dentro do Estado Democrático de Direito³⁰⁸.

A questão é que, segundo Streck, “ao contrário do que se usa dizer, o juiz *tem, sim, o dever de responder a todas as alegações juridicamente relevantes articuladas pelas partes*. Nem que seja para dizer que elas não são... juridicamente relevantes. E isso por uma questão de democracia. Para que serve, enfim, a garantia do contraditório?”³⁰⁹ (Grifo do autor).

A propósito, interpretar a Constituição de acordo com uma lei ordinária parece ser também o entendimento dos articulistas José Ailton Garcia e Paulo Rogério de Oliveira, que em *Embargos de Declaração e suas alterações no projeto do novo CPC*³¹⁰, além de tecerem loas ao instituto, reconhecem-lhe a utilidade (traduzida no mito do aperfeiçoamento das decisões judiciais) e sugerem que se constitui em condição de possibilidade para o acontecer do cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais. Ou seja, servem os embargos para o efetivo cumprimento do dispositivo constitucional cravado no art. 93, IX, da Constituição Federal, como se este se tratasse de norma constitucional que dependesse de regulamentação, papel exercido pelos embargos. É como se a interpretação do art. 93, IX, da Constituição Federal, ou seja, o sentido que lhe possa ser atribuído, somente fosse possível

Nº 9.099/95 viabiliza a adoção pela Turma Recursal dos fundamentos contidos na sentença proferida, não cabendo cogitar de transgressão do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal (STF, 1ª T., AI-AgR 453.483, j. 15.5.2007, DJ 08.6.2007). 2. HABEAS CORPUS. COLÉGIO RECURSAL DE JUIZADO ESPECIAL APELAÇÃO. NÃO - PROVIMENTO. REMISSÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. O § 5º do artigo 82 da Lei nº 9.099/95 faculta ao Colégio Recursal do Juizado Especial a remissão aos fundamentos adotados na sentença, sem que isso implique afronta ao artigo 93, IX, da Constituição do Brasil. Ordem denegada. (STF, 1ª T., HC 86.533, j. 08.11.2005).

³⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, nota de rodapé explicativa nº 94, p. 341.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 341.

³⁰⁹ *Id.* *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 94.

³¹⁰ GARCIA, José Ailton; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Embargos de Declaração e suas alterações no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p.39-60, dez. 2013.

por meio de um adjutório, uma espécie de SOS jurídico que atende pelo nome de embargos de declaração. Com efeito,

os embargos de declaração constituem-se num recurso de suma importância para a boa prestação da jurisdição, para a efetividade da decisão judicial e do devido processo legal, de uma forma geral. A par disso, os embargos de declaração são relevantes também para a garantia dos princípios constitucionais do livre acesso à justiça (artigo 5º, XXXV, CF88), do devido processo legal (ARTIGO 5º, LIV) e da motivação das decisões judiciais (Artigo 93, IX), isso porque é um instrumento de aperfeiçoamento de atos judiciais e, conseqüentemente, da boa aplicação do direito em prol da pacificação social. [...]. Assim uma decisão judicial viciada pela omissão, pela contradição e pela obscuridade atenta contra a garantia do livre acesso à justiça – daí [sic] a função, além de processual, constitucional dos embargos de declaração. Essa função constitucional visa ao controle da legalidade da decisão, bem como verifica a alegação das partes no processo. Nessa ótica, o artigo 93, IX, da Constituição estipula que todas as decisões proferidas pelos Órgãos do Poder Judiciário deverão ser devidamente fundamentadas, sob pena de nulidade. Desta forma, explicita-se a função constitucional dos embargos, no sentido de que o indivíduo tem o direito de conhecer, de forma clara e precisa, os motivos e as razões que incidiram sobre sua posição jurídica, por meio da decisão impugnada³¹¹.

Ora, os articulistas, sem constrangimento, invertem os polos, misturam e trocam as estações. A leitura do art. 93, IX, da Constituição é feita a partir de disposições infraconstitucionais que disciplinam os embargos de declaração. Aquilo que é um direito fundamental do indivíduo à obtenção de uma resposta correta nos termos da Constituição (como contraponto ao dever de fundamentação dos juízes) passa a ser uma “função constitucional dos embargos”, a que confere ao indivíduo conhecer, de forma clara e precisa, os motivos e as razões da decisão.

É nesse sentido que se aduz que os autores sugerem os embargos como condição de possibilidade do *acontecer* do cumprimento do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais. Sem eles, o art. 93, IX, da CF se ressentiria de força normativa e efetividade e nem o dever dos juízes de fundamentar as decisões seria devidamente cumprido. Trata-se, é evidente, de um raciocínio equivocado e sem sustentação porque, além de fazer a leitura da Constituição a partir da legislação ordinária, “não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido”³¹². Noutras palavras, decisão judicial sem fundamentação é nula desde a origem – e não há como salvá-la.

Argumentos que já se tornaram um lugar comum (*habitus dogmaticus*), como o de que os embargos têm, inclusive, uma função constitucional; que aperfeiçoam as decisões judiciais

³¹¹ GARCIA, José Ailton; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Embargos de Declaração e suas alterações no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 29 e 43.

³¹² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, nota de rodapé explicativa nº 94, p. 339.

e por isso servem para a boa prestação jurisdicional; que visam conferir efetividade ao dever de fundamentar previsto no art. 93, IX, da CF; e que, por essas razões, os juízes deveriam olhá-los com mais boa vontade; tudo isso são meros álibis teóricos que contribuem para reforçar aquilo que, segundo Lenio Streck, constitui o problema fundamental: a institucionalização da possibilidade de as decisões serem mal fundamentadas³¹³, olvidando-se que o próprio dispositivo constitucional já oferece a solução para essas situações: a nulidade de plano da decisão não fundamentada (omissa) ou má fundamentada (obscura ou contraditória).

Isso leva, no mínimo, a uma indagação tautológica: os embargos de declaração existem porque as decisões judiciais são ora *não fundamentadas*, ora *mal fundamentadas*, ou as decisões judiciais são desfundamentadas ou mal fundamentadas porque os embargos de declaração existem? Arrisca-se a dizer, até em coerência com os propósitos da presente pesquisa, que a segunda alternativa é mais verdadeira.

Com efeito, somente nessa perspectiva (a de que as decisões judiciais são desfundamentadas porque os embargos de declaração existem) é que se pode compreender o fenômeno da reprodução descontrolada, estimulada pelo jeitinho brasileiro, dos embargos declaratórios na prática diária dos tribunais e serventias judiciais, se é que isso, a rigor, tem explicação. Como acentua Streck,

no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado, o que torna inexplicável e absolutamente injustificável a proliferação dos embargos declaratórios nos tribunais da República (e, não raras vezes, em face da negativa dos tribunais de explicitarem o que foi decidido, isso obriga à interposição de recurso especial contra a negativa de vigência do dispositivo legal que confere o “direito a embargar” decisões não plenamente fundamentadas)³¹⁴.

Aliás, em matéria de tautologias e paradoxos o Judiciário que bate é o mesmo que assopra. Se, de um lado, se ergue uma linha de frente de combate com soluções prontas – ou procrustianamente ajustadas ao caso – ao uso indevido do herói da malandragem jurídica, por outro rendem-lhe homenagens, a exemplo do aresto abaixo, do STF, cujo relator foi o ministro Marco Aurélio:

EMBARGOS DECLARATORIOS - APERFEIÇOAMENTO DO ACÓRDÃO - ÓPTICA FLEXÍVEL. Os embargos declaratórios não consubstanciam crítica ao ofício judicante, mas servem-lhe ao aprimoramento. Ao apreciá-los, o órgão deve

³¹³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, nota de rodapé explicativa nº 94, p. 331.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 339.

fazê-lo com o espírito de compreensão, atentando para o fato de consubstanciarem verdadeira contribuição da parte em prol do devido processo legal³¹⁵.

São fatos e circunstâncias como essas que permitem concluir, com Lenio Streck, que “o dever fundamental de justificar as decisões foi derrotado por uma sistemática processual que apostou numa cadeia recursal no qual os embargos declaratórios e os embargos de pré-questionamento passaram a constituir *a holding* do sistema”³¹⁶. Tudo isso traz à reflexão um problema inquietante: a falta de uma teoria judicial que estabeleça parâmetros de controle das decisões, de sorte que possam ser superadas tanto posturas subjetivistas quanto objetivistas. Trata-se, ainda, de uma questão nem sempre devidamente problematizada pela comunidade jurídica brasileira, o que será tematizado em seguida.

3.5 A falta que faz uma teoria da decisão judicial

Na quarta edição, revista e ampliada, de *Motivações ideológicas da sentença*³¹⁷, publicado em 2000, Portanova afirma que não há razões para temer a subjetividade do juiz, dado que é algo inafastável em qualquer julgamento e ao mesmo tempo uma condição de liberdade. Passados quase 15 de anos dessa publicação, é provável que o autor mantenha o mesmo entendimento, eis que não há nenhum indicativo de revisão na última edição da referida obra, que ocorreu no ano de 2003³¹⁸, como pode ser constatado no endereço eletrônico da editora³¹⁹.

Outro, contudo, é o entendimento de Lenio Streck, que há mais de duas décadas vem alertando para a necessidade de controlar o poder discricionário³²⁰ dos juízes por, no mínimo, uma questão de democracia. Depois de observar “a ausência de uma teoria do direito que incluía a preocupação com o modo como devem decidir os juízes e tribunais, e

³¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 163074/PR. 2ª Turma*. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Aramis Domingos Cavichiolo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 de mar. 1996. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=163047&classe=AI-AgR-ED>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Prefácio. In: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 10.

³¹⁷ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 136.

³¹⁸ PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

³¹⁹ Disponível em: <http://www.livrariadoadvogado.com.br/sentencas/motivacoes-ideologicas-da-sentenca0857-348254>. Acesso em: 14.04.2014.

³²⁰ Sem controle, a linha que separa a discricionariedade da arbitrariedade se revela mínima, quase imperceptível. Nesse sentido, decisionismo, voluntarismo, discricionariedade, solipsismo, ativismo e arbitrariedade seriam variantes de um mesmo tema e subprodutos de um mesmo fenômeno: a subjetividade e o paradigma filosófico (metafísica moderna) que o sustenta, ao qual a magistratura ainda se encontra presa, como demonstrado no subitem 3.2.2.

compreendendo que a hermenêutica (constitucional) não deva ficar à mercê de procedimentos *ad hoc* ou de atitudes pragmaticistas/solipsistas (portanto, de “escolhas” individuais)³²¹, lançou-se ele numa cruzada pela construção de uma Teoria da Decisão Judicial, que se trata, fundamentalmente, de um problema que atinge o cerne do Constitucionalismo Contemporâneo: a democracia³²².

Para Streck, nesta quadra da história e diante das conquistas alcançadas pelo direito, sobretudo após o fim da Segunda Guerra Mundial – representadas, dentre outras, pela afirmação do Constitucionalismo Contemporâneo, a institucionalização da moral no direito, o reconhecimento da força normativa dos princípios e a introdução do modelo do Estado Democrático de Direito –, não mais se justifica a insistência na aposta no protagonismo judicial, delegando ao juiz o poder plenipotenciário de atribuir os sentidos às coisas com base na sua concepção particular de mundo, nem mais cabe que as decisões judiciais sejam tomadas a partir de critérios pessoais ou de acordo com a consciência do intérprete. Há a necessidade de uma teoria da decisão que controle a aplicação judicial do direito e quebre a espinha dorsal do solipsismo no ato mesmo de aplicá-lo.

Adverte, contudo, Streck que controlar as decisões judiciais é uma questão de democracia e não significa um retorno ao positivismo exegetico, quando o juiz era proibido de interpretar, mesmo porque essa fase positivista há muito tempo foi superada e, agora, insistir no protagonismo judicial seria trocar o juiz boca da lei pelo juiz dono dos sentidos da lei.

Dizer que as decisões judiciais devem ser controladas (fundamentação da fundamentação, como venho afirmando) não implica uma volta ao exegetismo ou “proibição de interpretar”. Interpretar é aplicar. É atribuir sentido. O que quero dizer é que tal circunstância não eleva o intérprete a “senhor dos sentidos” ou a “proprietário dos meios de produção das significações”³²³.

Assim, Lenio Streck propõe uma Teoria da Decisão Judicial, estruturada num conjunto mínimo de cinco princípios³²⁴ que, em verdade, são posturas a serem adotadas pelo juiz no ato de julgar: i) preservação da autonomia do direito; ii) controle hermenêutico da interpretação constitucional; iii) efetivo respeito à integridade e à coerência do direito; iv) dever fundamental de justificar as decisões ou de como motivação não é igual à justificação; v) direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada. Ao fim e ao cabo, o que

³²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 328.

³²² *Ibid.*, p. 328.

³²³ *Id.* *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 398.

³²⁴ STRECK, *op. cit.*, p. 329.

Streck sustenta, a partir de uma hermenêutica constitucional e no interior do paradigma da intersubjetividade (que quebra o esquema sujeito-objeto), é a possibilidade de se obter respostas corretas, no sentido de adequadas à Constituição, o que pressupõe o necessário enfrentamento e a inevitável superação de posturas ativistas, relativistas e discricionárias³²⁵ que Rui Portanova entende, pelo menos até a 4ª edição de sua obra, como inafastáveis.

Na hermenêutica contemporânea, o que Streck vem sustentando é uma imbricação das teorias de Gadamer e Dworkin, acrescentando-se que “a resposta não é nem a única e nem a melhor: simplesmente trata-se ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, *uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição*”³²⁶. É que

a hermenêutica se apresenta, nesse contexto, como um espaço no qual se pode pensar adequadamente uma teoria da decisão judicial, livre que está tanto das amarras desse sujeito onde reside a razão prática como também daquelas posturas que buscam substituir esse sujeito por estruturas ou sistemas. Nisso talvez reside a chave de toda a problemática relativa ao enfrentamento do positivismo e de suas condições de possibilidades³²⁷.

Enfim, como no paradigma da filosofia da linguagem os sentidos se dão intersubjetivamente, o que afasta o esquema sujeito-objeto, não há espaço para os sentidos arbitrários, que ficam interditados, sendo por isso possível a obtenção de respostas hermeneuticamente corretas, no sentido de adequadas à Constituição, eis que não pode o intérprete, com essas balizas, atribuir aos direitos fundamentais o que Streck chama de “sentidos despistadores”³²⁸. A propósito, como se vem insistindo ao longo desta pesquisa, uma das (dis)funções dos embargos de declaração é desviar a atenção pela atribuição de um sentido despistador ao art. 93, IX, da Constituição Federal, velando o autêntico sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, fato que o aproxima, mais uma vez, de Macunaíma, o herói sem nenhum caráter, forjado por Mário de Andrade.

Com efeito, entre tantas artimanhas atribuídas a Macunaíma, há uma, em particular, na qual o herói demonstra-se exímio e bem versado na arte de despistar, de atribuir sentidos enganadores, sobretudo quando sob pressão ou quando quer obter alguma vantagem. Na

³²⁵ Além de *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, uma leitura mais aprofundada dos cinco princípios, assim como da Teoria da Decisão Judicial, pode ser encontrada em *Verdade e Consenso*, em *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito* e em *O que é isto – decido conforme minha consciência?* O assunto será retomado no capítulo 3, quando se tratará, especificamente, do dever de fundamentação.

³²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 400 (itálicos originais).

³²⁷ Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 508.

³²⁸ Id. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 311.

rapsódia andradiana, um dos episódios³²⁹ mais marcantes é aquele em que Macunaíma consegue enganar o ardiloso Currupira³³⁰. Pois os embargos de declaração são que nem Macunaíma: despistadores de sentidos, uma presença incômoda e indesejável cuja maior contribuição para a ordem jurídica é de, como um estorvo, embaraçar o *acontecer* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

³²⁹ “Depois de tanto aprontar com os dois irmãos, Macunaíma, ainda um curumim, foi abandonado pela mãe no deserto. Sozinho, Macunaíma sentiu vontade de chorar, mas como tinha ninguém por perto não chorou não, criou foi coragem para botar o pé na estrada e depois de tanto vagamundar encontrou com o Currupira, que estava assando carne, a quem pediu um pedaço para matar a fome. O Currupira tirou um pedaço de carne da própria perna, moqueou e deu ao piá, que lhe contou porque fora castigado pela mãe. Ao ouvir a história, Currupira disse que aquilo era coisa de gente grande e que ele não era mais curumim não. Macunaíma agradeceu e pediu que lhe ensinasse o caminho de volta pra casa, a tribo dos Tapanhumas, mas como Currupira estava era querendo comer o herói, pretendendo atraí-lo, ensinou caminho errado dizendo que ao passar em frente a determinada árvore deveria virar à esquerda. Desconfiado, Macunaíma deu uma volta e quando chegou frente à árvore, coçou a perninha e murmurou “*Ai! Que preguiça!...*” e ao invés de pegar à esquerda, seguiu à direita. Currupira esperou que esperou e como o curumim não aparecia, resolveu correr atrás e, montado num veado, que era o seu cavalo, saiu gritando: “- *Carne de minha perna! carne de minha perna! Lá de dentro da barriga do herói a carne respondeu: - Que foi? Macunaíma apertou o passo e entrou correndo na caatinga, porém o Currupira corria mais que ele e o menino, isso vinha que vinha acochado pelo outro. - Carne de minha perna! carne da minha perna! A carne secundava: - Que foi? O piá estava desesperado. Era dia do casamento da raposa e a velha Vei, a Sol, relampeava nas gotinhas de chuva debulhando luz feito milho. Macunaíma chegou perto duma poça, bebeu água de lama e vomitou a carne. - Carne de minha perna! carne de minha perna! que o Currupira vinha gritando. - Que foi? Secundou a carne já na poça. Macunaíma ganhou os brejos por outro lado e escapou*”. (ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Martins Fontes, 1974. p. 21). (Grifo nosso).

³³⁰ Currupira ou Curupira é o “Deus que protege as florestas e tem os pés voltados para trás” (PROENÇA, M. Cavalcanti. *Roteiro de Macunaíma*, 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987, p. 260). Pode ser ainda “ente fantástico das matas, descrito predominantemente como um anão de cabelos vermelhos e pés ao inverso, para deixar pegadas enganosas e confundir caçadores, protegendo, assim, as árvores e os bichos” (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mário de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 896).

4 DO DEVER DE FUNDAMENTAR RACIONALMENTE AS DECISÕES JUDICIAIS E AS CONDIÇÕES DE SEU CUMPRIMENTO

Já se registrou que a função normalmente atribuída pela dogmática jurídica aos embargos de declaração como aperfeiçoadores da decisão judicial não passa, em verdade, de uma falácia ou um mito a serem desconstruídos. Ao reverso, o instituto tem a (dis)função de atribuir um sentido despistador ao art. 93, IX, da Constituição Federal, que estabelece o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

Ora, se possuem tal função, esta é metafísica e, da mesma forma que a filosofia aristotélico-tomista ocultou o sentido do *ser*, os embargos de declaração, em plena era do paradigma da intersubjetividade, cumprem a malsinada função de escamotear o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais. Ao longo deste capítulo, essa questão será retomada para desvelar o velamento produzido pela aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração e de seu uso abusivo, pois urge a necessidade de *desencobrir* o verdadeiro sentido do *ser* contido na norma cravada no inciso IX, primeira parte, do artigo 93 da Constituição Federal que, levado a sério, fará desse *modo-de-ser-no-mundo* uma condição de possibilidade para a extinção do referido instituto. É que, conscientemente ou não, reivindica ele para si o título de maior representante do estado de natureza hermenêutico em que está mergulhada a interpretação e aplicação judicial no Brasil.

Essas são, pois, as balizas definidoras que orientarão e clarearão a construção do presente capítulo, que se inicia com a análise de uma primeira questão prévia, que orbita a busca do significado da ação que move o dever do juiz: fundamentação ou motivação?

4.1 Questão prévia: dever de fundamentar ou dever de motivar as decisões judiciais?

Cristina Reindolff da Motta chama a atenção para o fato de que há na doutrina uma dualidade de posicionamentos sobre o uso das expressões *fundamentação* e *motivação*: uma corrente as distingue, e a outra, não. Reindolff deixa claro – no próprio título de sua obra – que opta pela segunda vertente, que utiliza os termos indistintamente, afastando a mencionada dualidade³³¹. Sem exaurir a lista, na mesma linha encontram-se Rogério Cruz e TUCCI (*A motivação da sentença no processo civil*), José Carlos Barbosa Moreira (*A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito*) e Teresa Arruda Alvim

³³¹ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 26.

Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*), sendo talvez o ícone mais radical dessa postura, pelo menos sob o viés da ideologia, a obra *Motivações ideológicas da sentença*, de Rui Portanova³³².

Sérgio Nojiri, por sua vez, em *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, usa apenas o termo *fundamentação*. Fica-se nessa companhia porque *motivação* pode representar uma armadilha, dado que carrega em si um grau de subjetividade e solipsismo. Qualquer indivíduo, ainda que inconscientemente, pode invocar motivos pessoais ou de ordem pessoal para a prática de um ato ou tomada de uma decisão. O mesmo não se pode ser dizer de fundamentação: não há que se falar em *fundamentos pessoais* de um ato ou decisão, pois o termo por si só já indica objetividade e afasta elementos subjetivos. Aliás, sob a perspectiva semântica, soa até mesmo estranha a expressão “fundamentos pessoais”. Na verdade, o ato do juiz, tantas vezes invocado, de decidir conforme a própria consciência, não deixa de ser motivado (subjetivamente, leia-se), mas nunca será fundamentado. Noutras palavras, o sentido do termo *motivação* abre a possibilidade de o intérprete judicial escolher um enunciado no lugar do outro ou vislumbrar várias respostas possíveis e optar por uma delas, para cujo fim poderá invocar razões não somente de ordem pessoal, mas também incorporar elementos e razões de decidir exógenas ou metajurídicas, enodoando a decisão com a mancha da parcialidade.

Essa questão da diferença entre os dois termos é bem colocada por Cattoni de Oliveira e Flávio Quinaud Pedron³³³. Ao registrarem que o projeto de lei do novo CPC contempla, no artigo 11, a necessidade da fundamentação da decisão, sob pena de nulidade, no que se reproduz o texto do artigo 93, IX, da CF, também demonstram receio de que o PL 8.046/2010 abra a possibilidade de “se reduzir fundamentação à mera *motivação*”, sendo aquela um ato que representaria “o apontamento pelo juiz dos elementos que ele considerou mais relevante no caso e que fizeram com que ele tomasse tal decisão e não outra”. A preocupação dos autores reside no perigo de que o juiz, a título de fundamentar uma decisão, acabe por não resistir à tentação de recorrer a motivações de ordem pessoal, à ideia de que a simples demonstração do *seu* (solitário e egoístico, pois) modo de pensar sobre determinada matéria já cumpriria a exigência constitucional (da fundamentação). Ao revelarem tal cuidado, expõem eles uma nítida distinção entre fundamentação e motivação:

³³² PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³³³ CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Coord.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 125-126.

Curioso, ainda, é pensar que o Supremo Tribunal Federal, majoritariamente, a despeito do disposto no art. 93, IX, da Constituição de 1988, desenvolveu – e vem reiteradamente reafirmando, como, por exemplo, o faz no AI nº 791.292-QO/PE (23 jun. 2010) – um entendimento no sentido de que o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações trazidas pelas partes no processo, nem se pronunciar sobre todos os fundamentos trazidos por um provimento impugnado em sede de um juízo recursal. Ou seja, segundo o entendimento do Min. Gilmar Mendes, onde o texto constitucional faz referência a uma exigência de fundamentação, deve-se ler apenas a necessidade de uma motivação (mais uma vez aqui bastar-se-ia que o magistrado colocasse na decisão o seu entendimento de forma solipsista, pois é o seu querer, como ato de autoridade – e não um possível consenso sobre a correção – que faria suficiente a exigência constitucional)³³⁴.

Streck é outro autor que distingue *fundamentação* de *motivação*, embora seja possível, inadvertidamente ou não, encontrá-lo em algumas passagens usando uma expressão pela outra, sendo de se registrar que, em textos mais recentes, tem o cuidado de demarcar a diferença entre ambos³³⁵. Alfonso Garcia Figueroa chama a atenção para o fato de que “o termo ‘motivação’ tem uma ambigüidade”, pois se “a motivação parece referir-se indistintamente à ‘razão para decidir’ e os ‘os motivos sobre os quais se apoia a decisão’, então “esta forma de expressar a exigência de motivação permite pensar que provavelmente o

³³⁴ CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Coord.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 125.

³³⁵ Dentre outras, em *Verdade e Consenso* (4. ed., Saraiva: São Paulo, 2012, p. 413), ao falar da necessidade de justificação das decisões judiciais, quando o autor afirma que “a motivação/justificação está vinculada ao direito, à efetiva intervenção do juiz...” Em *O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros* (In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 55-74), a expressão *motivação* surge quando ele diz que “a questão central passa, pois, pela inexorável exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja ‘ampla’, abrangendo não só a versão ‘aceita’ pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta”. Por fim, em *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.12), Lenio Streck diz: “Ora, uma sentença que seja omissa, obscura ou contraditória, antes de tudo, viola o mais elementar direito fundamental das partes: o da motivação/fundamentação” (Grifo do autor). Mais recentemente, em *Jurisdição constitucional e decisão jurídica* (3. edição reformulada de *Jurisdição constitucional e Hermenêutica*), Streck reconhece que fundamentar é um *plus* de “motivar”: “há que se levar em conta, ademais, que justificar quer dizer fundamentar. E que isso vai além do ‘motivar’. Posso ter vários motivos para fazer algo; mas talvez nenhum deles seja justificado”. (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 341). Deixando claro que ‘fundamentar’ não é sinônimo de ‘motivar’, Streck, em conjunto com Mendes, ao comentar o inciso IX do art. 93 da CF, sugere que, se não há uma relação de gênero e espécie entre as duas expressões, há uma de continência e conteúdo, por força do que a ‘motivação’ estaria incluída na fundamentação, mas com ela não se confunde. “A fundamentação das decisões – o que, repita-se, inclui a motivação – mais do que uma exigência própria do Estado Democrático de Direito, é um direito fundamental do cidadão”. (STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 93, inciso IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1324-1325). De modo geral, há uma confusão no uso do termo e uma ausência de rigor técnico no tratamento sistemático do assunto, em razão do que se toma um conceito por outro, como faz, por exemplo, Teresa Arruda Alvim Wambier (*Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 316), ao falar de *motivação*, talvez pensando em *fundamentação*, quando diz que “o termo motivação é polissêmico”.

próprio termo ‘motivação’ não seja o mais idôneo para designar a fundamentação de uma sentença”³³⁶.

Motivar é expressar os motivos e os motivos não são necessariamente razões justificadoras. Um motivo parece ser em princípio a causa psicológica pela qual uma ação tem lugar. Por exemplo, cabe dizer que Otelo matou Desdêmona *motivado* (isto é, movido) pelos ciúmes. Mas é estranho dizer que o mouro de Veneza tirou a vida a Desdêmona *justificado* pelos ciúmes. Os ciúmes explicam a ação assassina de Otelo, mas não a justificam. Do mesmo modo, a rigor, ao processado (e à teoria *standard* da argumentação jurídica) não interessam tanto os *motivos* do juiz para ditar uma sentença condenatória (sua ideologia, seus problemas pessoais, suas filias ou suas fobias), quanto as *razões jurídicas* que fundamentam essa sentença condenatória³³⁷ (Grifo do autor).

Para Figueroa, tomou-se um termo pelo outro: “pode-se replicar que simplesmente nos encontramos entre uma estipulação conceitual, mediante a qual se designou com o termo ‘motivação’ aquilo que é a *justificação* jurídica de uma sentença. Do contrário, a obrigação de motivar se esvaziaria de conteúdo”. Mais que isso, na mesma linha de entendimento de que o sentido do termo *motivação* abre a possibilidade de o intérprete judicial invocar razões de ordem pessoal, psicológica, moral, religiosa ou de outro caráter metajurídico, Figueroa afirma que “se vislumbra na denominação de ‘motivação’ certo realismo jurídico inconsciente em alguns juristas”, de tal modo que o direito não passaria de “uma série de decisões fruto de uma vontade humana e não de uma fundamentação racional a partir das normas preexistentes de um sistema jurídico”³³⁸. A opção eleita neste estudo que ora segue tem sido *fundamentação*, e não *motivação*, até porque é essa a expressão presente na Constituição Federal.

4.2 Segunda questão prévia: uma necessária aproximação entre Dworkin/Streck (substancialismo) e Habermas /escola mineira de direito processual (procedimentalismo)

São conhecidos os debates entre Dworkin e Habermas, que refletem as posturas substancialistas e procedimentalistas, ou entre Hermenêutica filosófica com imbricação dos aportes teóricos de Heidegger, Gadamer e Dworkin – recepcionada, no Brasil, pela Crítica Hermenêutica do Direito, da lavra de Lenio Streck – e a Teoria Discursiva procedural de fundo habermasiano, recepcionada pela “escola mineira de processo”. Esta, tendo à frente Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Dierle Nunes e André Cordeiro Leal, dentre outros,

³³⁶ FIGUEROA, Alfonso Garcia. A motivação: conceitos fundamentais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (org.). *Argumentação e Estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 438-439.

³³⁷ *Ibid.*, p. 439.

³³⁸ *Ibid.*, p. 440.

propõe um modelo de processo democrático que rompe com a clássica trilogia estrutural (processo, jurisdição e ação) para, no interior do Estado Democrático de Direito, conceber uma teoria do processo como *procedimento em contraditório*, também conhecida como teoria do processo jurisdicional constitucional democrático. O objetivo, agora, é tentar fazer uma aproximação entre essas duas escolas.

Como já foi dito, somente as teorias de direito de perfil pós-positivista, voltadas para a superação do positivismo pós-exegético, se preocuparam em problematizar um tema que o positivismo se recusou: a interpretação judicial e seus limites, compreendendo-se aí a discricionariedade judicial, tida como a principal herança do positivismo de matriz kelseniana. Nessa perspectiva, e a partir do objetivo comum de combater o protagonismo judicial – para cuja tarefa os influxos do giro-linguístico assumem uma posição de centralidade, eis que o ato do juiz, como todo ato interpretativo, deve dar-se *na e pela* linguagem, por não existir um mundo totalmente independente e não exprimível pela linguagem – destacam-se duas teorias: a Hermenêutica Filosófica e a Teoria do Discurso de matriz habermasiana, que adotam, respectivamente, posturas substancialistas e procedimentalistas. A primeira se apresenta como blindagem contra a discricionariedade judicial à medida que defende que se exija do juiz o cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e pugna pela ideia da existência da resposta correta e adequada à Constituição.

A segunda, por sua vez, centra-se na ideia de um processo jurisdicional constitucional democrático no interior do qual se rejeita a concepção de processo como instrumento da jurisdição, mas se o aceita como procedimento em contraditório. É que o provimento jurisdicional, do ponto de vista interpretativo, não poderá mais ser o produto de um sujeito solitário, ainda que iluminado, porém o resultado da (co)participação dos cidadãos na formação das decisões, especialmente os diretamente afetados por elas.

Não obstante as conhecidas divergências³³⁹ entre as duas posturas é possível, por força do aludido ponto de convergência, aproximá-las em torno de um dos objetos centrais da presente pesquisa: o dever de fundamentar as decisões judiciais com o oferecimento de respostas adequadas à Constituição Federal. As condições de possibilidade dessa aproximação se darão mediante a articulação entre os dois temas essenciais às referidas teorias: o contraditório, para o procedimentalismo, e o dever de fundamentar as decisões judiciais com a

³³⁹ Não obstante ambas se movimentarem no interior do paradigma do Estado Democrático e Direito, a Hermenêutica, na forma trabalhada por Lenio Streck em *Crítica Hermenêutica do Direito* e que adota postura substancialista, defende a existência de uma resposta correta, no sentido de adequada, à Constituição, preocupando-se, desse modo, com sua contenedística, enquanto a Teoria Discursiva Habermasiana, incorporada pela Escola Mineira de Processo, tem uma visão procedimentalista.

entrega da resposta adequada à Constituição Federal, para o substancialismo. Nesse sentido, sustenta André Cordeiro Leal que

é exatamente o contraditório que vai proporcionar, quanto às oportunidades de pronunciamento, uma atuação equitativa dos partícipes nos procedimentos judiciais. Vai também garantir, em conexão com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões jurisdicionais, que a decisão se fundamente no Direito debatido pelas partes e nos fatos por elas reconstruídos³⁴⁰.

Noutra obra, André Cordeiro Leal, que rejeita o significado de jurisdição como atrelado à atividade decisória desenrolada na consciência do julgador e não na linguagem e pela linguagem, e após enfatizar a importância da garantia do contraditório no processo jurisdicional democrático, afirma que “a compreensão do direito, no paradigma procedimental do Estado Democrático de Direito, passa pela institucionalização das condições para que os afetados pelas decisões possam participar da construção e interpretação normativas, bem como fiscalizá-las”³⁴¹. Aliás, a articulação entre contraditório e fundamentação também recebe o destaque de Cattoni de Oliveira, um dos expoentes da chamada “escola mineira de processo”, ao sustentar que o que confere legitimidade às decisões judiciais são as garantias processuais atribuídas às partes, como o contraditório, a ampla defesa e a necessidade de fundamentação das decisões, sendo possível entrever aí uma aproximação direta entre procedimentalismo e substancialismo, entre teoria do discurso de Habermas e Hermenêutica, entre resposta correta e processo como procedimento em contraditório, enfim, entre o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade da validade da decisão judicial, que é pressuposto da resposta adequada à Constituição, e a construção (co)participada da decisão judicial. Diz Cattoni:

A construção participada da decisão judicial, garantida num nível institucional, e o direito de saber sobre quais bases foram tomadas as decisões dependem não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público e fundamentalmente das partes e de seus advogados. Não é, pois, sem motivo o fato de que ordens jurídicas que refletem o paradigma do Estado Democrático de Direito determinarem, sob pena de nulidade, que as decisões jurisdicionais sejam fundamentadas, no quadro de um devido processo. Tal é o caso da Ordem Constitucional brasileira: “Art. 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observado os seguintes princípios: [...] IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a

³⁴⁰ LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no Direito Processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 77.

³⁴¹ Id. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008. p. 148.

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou a somente a estes”³⁴².

Para Cattoni, diante do renovado conceito de processo como “procedimento realizado em contraditório”, este caracteriza-se como uma espécie procedimental pela participação dos interessados (todos aqueles em cuja esfera jurídica serão produzidos os efeitos da decisão) na preparação do provimento judicial. Destaca, por outro lado, que essa participação se dá de forma específica, em contraditório, que é “mais que a simples garantia de dizer e contradizer, é garantia de participação em simétrica paridade”³⁴³ nos atos preparatórios do provimento jurisdicional pelos principais interessados (as partes) e destinatários dos efeitos da decisão, sendo essa privilegiada participação a principal marca do contraditório.

Dierle Nunes, para quem a perspectiva que rompe com a concepção instrumentalista do processo e a posição de centralidade do intérprete judicial não implica o esvaziamento do papel do magistrado, mas sua redefinição, pugna, em sua principal obra, pela quebra do protagonismo judicial, defendendo que “um dos principais pilares da democratização processual seria o abandono de perspectivas de protagonismo e a assunção de um perfil participativo e democrático da estrutura processual”³⁴⁴. Isso, porém, só será possível quando o processo deixar de se submeter à direção solitária do juiz, um déficit de legitimidade que, por si só, impede “uma real democratização do processo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma co-responsabilidade entre estes e, especialmente, um policentrismo processual”³⁴⁵.

Noutras palavras, uma efetiva democratização do processo somente será obtida com a repartição de responsabilidade social e política dos envolvidos diretamente no processo (partes, juízes, membros do Ministério Público, advogados etc). Trata-se de uma corresponsabilidade processual que possibilite o controle da atuação dos sujeitos do processo que, segundo Nunes, “somente será devidamente empreendida mediante uma releitura adequada dos princípios de nosso modelo constitucional de processo, como o contraditório”³⁴⁶. Isso impõe, na mesma linha dos autores já citados, uma leitura do

³⁴² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. (Coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 48.

³⁴³ Id. *Processo e jurisdição constitucional*. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.) *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 449.

³⁴⁴ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 224.

³⁴⁵ Ibid., p. 195.

³⁴⁶ Ibid., p. 199.

contraditório no sentido forte, como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo e da *não-surpresa*, não sendo mera garantia formal de bilateralidade da audiência ou da realização do tipo ação-reação.

Desse modo, o contraditório constitui uma verdadeira garantia de não surpresa que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões, inclusive as de conhecimento oficioso, impedindo que em “solitária onipotência” aplique normas ou embase a decisão sobre fatos completamente estranhos à dialética defensiva de uma ou de ambas as partes³⁴⁷.

Para Nunes, o contraditório como garantia de influência e de não surpresa é um debate que começou na Alemanha, chegou à Itália e obteve a chancela do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal que, em precedente que incorpora a doutrina de José Lebre de Freitas, retrata com fidelidade o significado desse princípio no âmbito do constitucionalismo contemporâneo. Da decisão, Nunes destaca:

*o acórdão recorrido não poderia ter decidido a questão da legitimidade com um fundamento frontalmente diverso e não ponderado na sentença da 1ª instância, sem, antes, ter convidado o recorrente a pronunciar-se e tomar posição sobre essa questão. [...]. O escopo principal do princípio do contraditório deixou assim de ser a defesa, no sentido negativo de oposição ou resistência à actuação alheia, para passar a ser a influência, no sentido positivo de direito de influir activamente no desenvolvimento e no êxito do processo. [...]. (José Lebre de Freitas, “**Introdução do Processo Civil, Conceitos e Princípios Gerais à luz do Código Revisto**”, 1996, p. 96, e “**Código de Processo Civil Anotado**”, v. 1º, 1999, p. 8). Pondo o enfoque no plano das questões de direito, a norma proíbe, como este Autor logo sublinha, as decisões-surpresa, isto é, as decisões baseadas “**em fundamento que não tenha sido previamente considerado pelas partes**”. Proibição, pois, das decisões “**surpresa, enquanto violadoras do princípio do contraditório, conforme este Supremo Tribunal tem tido oportunidade de decidir**”. [...] (PORTUGAL, STJ, Recurso 10.361/01, Rel. Conselheiro Ferreira Ramos, 2002)³⁴⁸. (Grifo do autor).*

Em seguida, Dierle Nunes registra que a tese do contraditório no sentido forte, ainda que com alguns retrocessos, já vem sendo recepcionada no Brasil pelo STF³⁴⁹ que, com base no art. 5º, LV, da Constituição Federal, sublinhou que a garantia ali assegurada importa no: *a) Direito à informação*, pois obriga o órgão julgador a intimar a parte contrária dos atos praticados no processo e dos elementos dele constantes; *b) Direito de manifestação*, que assegura à defesa expressar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; *c) Direito de ver os argumentos considerados*, que exige do julgador capacidade e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas, e não só delas tomar

³⁴⁷ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 229.

³⁴⁸ Ibid., p. 234-235.

³⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.268/MG, 2004*. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes.

conhecimento, mas também considerá-las, séria e detidamente, destacando-se essa obrigação como derivada do dever de fundamentar as decisões³⁵⁰.

Por fim, ao pugnar por um processo democrático, Dierle Nunes³⁵¹ diz que “na alta modernidade”, é impensável a defesa de um protagonismo das partes ou do juiz, razão pela qual um sistema processual dimensionado por um viés democrático, no interior do qual todas as esferas de exercício do poder se deparariam com um controle compartilhado, representa “uma blindagem de mão dupla, em um espaço de problematização incessante, que impediria o subjetivismo e o autoritarismo judicial, de um lado, e a má fé e a procrastinação por parte do advogado, do outro”³⁵².

Na mesma linha, Flaviane de Magalhães Barros, para quem a noção do contraditório sustentada pela teoria do processo como *procedimento jurisdicional em contraditório*, consolida a proposta de participação em simétrica paridade de quem irá suportar os efeitos do provimento, “no sentido de uma garantia de construção participada da decisão pelos afetados, que estarão compreendidos no processo tanto como atores, como destinatários da norma jurídica”³⁵³. Aliás, Flaviane de Magalhães, que integra a “escola mineira”, assevera que a fundamentação das decisões guarda singular dependência com os demais princípios, como o contraditório e a ampla defesa, que denomina de “ampla argumentação” e o terceiro imparcial, evitando que a sentença seja um produto volitivo subjetivo da inteligência de um único intérprete (o juiz) do ordenamento jurídico e da Constituição³⁵⁴.

Para Flaviane Barros, entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o contraditório, existe uma relação de codependência, eis que apesar de poderem atuar de forma isolada, comporiam única e indissociável base no interior da qual a observância de um é condição de possibilidade para o respeito ao outro. Assim,

a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que [...] a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente

³⁵⁰ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 236.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 251.

³⁵² Veja-se que tudo que diz respeito aos embargos de declaração envolve, não raro, as duas questões contrapostas: subjetivismo (monologismo) judicial de um lado, e má fé (embalada pelo jeitinho jurídico) procrastinatória, de outro.

³⁵³ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008. p. 134.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 132.

pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão³⁵⁵.

Quer a autora dizer que o contraditório não se limita ou não está garantido somente pela ação e reação das partes (autor e réu), mas deve ser entendido de forma ampliada para significar o espaço que, pelo procedimento, privilegie e assegure a participação dos diretamente afetados pelo provimento na sua construção. Essa relação de codependência e suas implicações, assim como a compreensão sobre uma teoria do processo, devem ser vistas a partir de um modelo constitucional de processo com base principiológica. É que

ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz, na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre esses princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço reconstrutivo do caso concreto pelas partes afetadas³⁵⁶.

Humberto Theodoro Junior lembra que primitivamente o contraditório se resumia à bilateralidade da audiência das partes e destaca que o direito surgido no segundo pós-guerra, no seio do qual nasceu o Estado Democrático de Direito, lhe reservaria um papel bem maior que essa simples audiência bilateral, pois se transformou no instrumento democrático assecuratório da efetiva influência das partes no destino da prestação jurisdicional. Para ele, na perspectiva da garantia do contraditório e do Estado Democrático de Direito, o juiz continua como o titular da autonomia para dirigir o processo, comandando a marcha e a instrução probatória, “mas não lhe é dado decidir questões, nem mesmo aquelas de ordem pública sobre as quais pode deliberar de ofício, sem antes passar pelo debate com as partes”³⁵⁷.

De modo algum se tolera decisão de surpresa, decisão fora do contraditório, de sorte que o julgado sempre será fruto do debate das partes, e o juiz motivará sua decisão em cima de argumentos extraídos das alegações dos litigantes, seja para acolhê-las, seja para rejeitá-las. É desse sistema dialético que nasce o “dever de fundamentar” as decisões imposto ao juiz pelo art. 93, IX, de nossa Constituição³⁵⁸.

Theodoro Junior também destaca que o contraditório se constitui na verdadeira garantia de não surpresa em decorrência da qual se impõe ao juiz o dever de assegurar o

³⁵⁵ BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008, p. 135.

³⁵⁶ *Ibid.*, p. 135.

³⁵⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008, p. 253.

³⁵⁸ *Ibid.*, p. 253.

debate entre as partes sobre todos os pontos relevantes, deixando claro que não se trata de eliminar nem lhe reduzir os poderes de decidir questões processuais, dado que incide apenas sobre a forma de exercício, cuja inobservância conduzirá à nulidade do julgamento. A propósito, vale lembrar, como o faz Dierle Nunes³⁵⁹, que a perspectiva do processo jurisdicional constitucional democrático e da teoria do processo como procedimento em contraditório foi trabalhada no Brasil, pioneiramente, por Aroldo Plínio Gonçalves, no início dos anos de 1990, a partir do pensamento de Elio Fazzalari. Com efeito, Gonçalves já então observava que

o contraditório não é apenas ‘a participação dos sujeitos no processo’. [...]. O contraditório é a garantia de participação, em simétrica paridade, das partes, daqueles a quem se destinam os efeitos da sentença, daqueles que são os ‘interessados’, ou seja, aqueles sujeitos do processo que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que ele vier a impor. [...]. A ideia de participação, como elemento do contraditório, já era antiga. Mas o conceito de contraditório desenvolveu-se em uma dimensão mais ampla. Já não é a mera participação, ou mesmo a participação efetiva das partes no processo. [...]. O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. [...]. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia de simétrica paridade de participação no processo³⁶⁰.

Com o cuidado de não reduzir a demonstração dos pontos de contatos entre as duas posturas somente a referências aos procedimentalistas, cumpre trazer o testemunho dos hermeneutas, que adotam uma postura assumidamente substancialista, como é o caso de Fernando Borges Motta³⁶¹, para quem não basta a observância de um procedimento no qual se garanta a comparticipação dos interessados e de um contraditório no sentido forte para que as boas respostas possam acontecer. É que, para além do atendimento do procedimento democrático, imprescindível se faz o rigoroso cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

Não obstante, Motta sustenta que, apesar das divergências entre as duas posturas teóricas, é possível fazer-se uma “apropriação”, em termos de processo jurisdicional, de grande parte das contribuições dos processualistas da *escola mineira*, “que falam a partir de

³⁵⁹ NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 202.

³⁶⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 103/108-109.

³⁶¹ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Habermas e Günther, ou, mais especificamente, de uma releitura de Fazzalari³⁶². Motta esclarece que os pontos de contato entre ambas as posturas permitem a incorporação das lições procedimentalistas da ‘escola mineira’ desde que haja a compreensão de que, observados os supostos centrais por ela defendidos, o resultado do processo não deixe de ser ‘interpretativo’, não sendo legítimo caso seu ‘conteúdo’ não se afine com o conteúdo material da Constituição. Ou seja, para o hermenêuta, “o procedimento, por si só, não legitimará a resposta obtida com o processo”³⁶³, embora reconheça como identidade comum o combate ao protagonismo judicial, cuja delegação revela-se incompatível com o Estado Democrático de Direito. Daí a concordância de que as partes devem “participar” da formação da decisão judicial em função do contraditório que, na espécie, “será compreendido como garantia de participação e debate, assegurando a influência dos argumentos suscitados por todos os sujeitos processuais e garantido que, nas decisões, não apareçam fundamentos que não tenham sido submetidos ao espaço público processual”³⁶⁴.

Nesse cenário, segundo Motta, o acesso a uma ordem jurídica constitucional principiologicamente coerente será propiciada não só pela observância de um procedimento jurisdicional democrático, mas também, e sobretudo, pela “exigência do cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões e de, com ela, fornecer boas respostas”³⁶⁵, entendidas como as hermenêutica e constitucionalmente adequadas.

Aqui está o nosso ponto de contato e de “apropriação hermenêuticamente válida” da contribuição procedural: também nós reconhecemos que o processo jurisdicional, para que possa cumprir a missão que lhe entendemos cabida (a de ser *condição de possibilidade* de acesso à ordem jurídica justa – principiologicamente coerente), *deve contar, necessariamente, com a participação dos interessados, esta desenvolvida em contraditório*. E a “essência” desse ‘contraditório’ está, bem ensina Cattoni, “na simétrica paridade de participação, nos atos que preparam o provimento, daqueles que nele são interessados porque, como seus destinatários, sofrerão seus efeitos”. Mais ainda: longe de representar a simples possibilidade de as partes se pronunciarem sobre as alegações e provas uma da outra, o *contraditório*,

³⁶² Em nota de rodapé (p. 66, op. cit.), Motta esclarece que “para Fazzalari, como é notório, o processo é um procedimento que se desenvolve em contraditório. Nas suas palavras, o processo ‘é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar as suas atividades’; e o contraditório consiste ‘na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade de posições; na mútua implicação de suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercitar em conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor do ato deva prestar contas dos resultados’. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-20”.

³⁶³ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 68.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 68.

hermeneuticamente compreendido, abrirá o almejado caminho para a casuística reconstrução da história institucional do Direito. No final, adiantamos, isto tudo está ligado à garantia constitucional de que as decisões judiciais sejam adequadamente fundamentadas, bem nos termos defendidos por Ovídio Baptista³⁶⁶. (Grifo do autor).

Pelo que se depreende do esforço de Mota de encontrar o ponto de intersecção entre a Hermenêutica Filosófica e a Teoria do Discurso Procedural, o contraditório e a garantia do *policentrismo* que dele decorre são os aportes do procedimentalismo para a quebra do protagonismo (judicial ou das partes). Por outro lado, o que vai assegurar o efetivo contraditório (no sentido forte) e o seu respeito pelo juiz (aqui reside a contribuição da Hermenêutica), será, ao final, a rigorosa explicitação do compreendido mediante a entrega de um provimento judicial exaustivamente fundamentado, por meio do qual fique demonstrado que os argumentos das partes foram séria e detidamente considerados, inclusive para o efeito de justificar as razões pelas quais tais e quais se viram acolhidos ou rejeitados.

Eis, então, o ponto de convergência entre as duas linhas argumentativas: ao fim e ao cabo, o contraditório e o dever de fundamentar representam a soma dos esforços para assegurar aquilo que, em última análise, está em jogo: o direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta correta ou adequada à Constituição, que se constitui a *contraface* do dever de fundamentar, como reiteradamente se tem afirmado ao longo desta pesquisa. Ademais, quando o assunto é o ponto de articulação entre substancialismo e procedimentalismo, o próprio Lenio Streck (mentor da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD) – ferramenta de que lança mão para seu trabalho interpretativo e que, no Brasil, incorpora a Hermenêutica filosófica, a partir da imbricação da teoria interpretativa do direito de Dworkin, ao qual se agregam contribuições de Heidegger e Gadamer) admite essa aproximação quando diz que o dever de fundamentar as decisões judiciais – e nisso não se refere apenas à decisão de fundo, mas a toda e qualquer decisão proferida ao longo do procedimento – se assenta no que chama de “novo patamar de participação das partes no processo decisório”³⁶⁷. Nesse novo patamar, a fundamentação se encontra diretamente ligada ao controle das decisões que, por sua vez, “depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual”, sendo que “o protagonismo judicial-processual –

³⁶⁶ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 177.

³⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

que, como já se viu, provém das teses iniciadas por Büllow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório”³⁶⁸.

Na mesma linha da “escola mineira”, que ressalta a importância do contraditório como direito de influência e participação efetiva na construção do provimento jurisdicional e blindagem contra qualquer sorte de surpresa no desenvolvimento do processo, Streck crava a ideia de que a garantia do cidadão de *ter direito* a uma decisão devidamente fundamentada está diretamente ligada, sendo até mesmo dependente, ao contraditório. Este assume relevante papel nos dias de hoje e tem melhor leitura naqueles que o entendem, em consonância com a teoria do processo jurisdicional democrático, como uma “garantia da possibilidade da influência (e efetiva participação) das partes na formação da resposta judicial, questão que se refletirá na fundamentação da decisão, que deve explicitar o *iter* percorrido no processo”³⁶⁹. Na verdade, sendo translúcida, pode ela ser objeto de controle pela sociedade e em especial pelos diretamente afetados.

Com efeito, o contraditório é uma das questões centrais da teoria do processo jurisdicional democrático, reflexo da teoria discursiva do direito e do Estado Democrático de Direito de Habermas, que enxerga no processo não o mero instrumento da jurisdição, assentado na perspectiva social, mas como um procedimento em contraditório, numa verdadeira inversão da lógica instrumentalista. Segundo Streck, “não é difícil sustentar que a defesa de um substancialismo material-constitucional não dispensa – e não pretende dispensar – o papel fundamental que dever ser exercido pelo procedimento”³⁷⁰.

Uma questão deve ficar clara desde logo: as divergências entre as posturas *substancialistas* (que acoplam à noção de Estado o conteúdo material das Constituições que apontam para a mudança do status quo da sociedade, colocando grande ênfase no papel da justiça constitucional na efetivação dos direitos fundamentais-sociais) e as *procedimentalistas* (calcadas na noção de democracia procedimental propugnada por Jürgen Habermas, mormente em seu *Direito e democracia* – entre facticidade e validade) não podem opô-las a ponto de se pensar, por exemplo, que o substancialismo não é pluralista ou que o procedimentalismo possa ser reduzido a uma perspectiva meramente “formalista”³⁷¹. (Grifo do autor).

Na mesma obra, Streck destaca que há algo que une substancialistas como ele e procedimentalistas como Marcelo Cattoni, a quem cita em nome de todos: a defesa da

³⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

³⁶⁹ Ibid., p. 19.

³⁷⁰ Id. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 432.

³⁷¹ Ibid., p. 91.

democracia, dos direitos fundamentais e do núcleo político essencial da Constituição. Em razão disso, as divergências entre as duas posturas não obscurecem os principais pontos de convergência, eis que os caminhos trilhados é que são diferentes, posto que calcados em paradigmas filosóficos distintos³⁷². Assim, não obstante posicionadas em raias diferentes, ambas as teorias oferecem uma particular contribuição para o enfrentamento do problema não tematizado pelo positivismo pós-exegético, porquanto apostou num discricionarismo no sentido forte, que é a interpretação. Mas essa avaliação haverá que ser feita dentro do paradigma em que cada uma se insere, sem misturar as estações.

Ainda que não se trate de um autor diretamente vinculado a qualquer das posturas ora confrontadas, embora considerado um dos seguidores da hermenêutica filosófica gadameriana, Paul Ricoeur, para quem a interpretação judicial comporta dois aspectos – e que no modo de pensar aqui defendido reproduz tanto anseios substancialistas quanto procedimentalistas – acredita que o ato de julgar atinge o objetivo quando quem ganhou o processo reconhece que a parte que perdeu continua, como ele, um sujeito de direito, que sua causa merecia a devida atenção e tinha argumentos plausíveis, que foram considerados. Acrescenta que o ato de julgar somente estaria completo se o perdedor da ação entendesse que, embora condenado judicialmente, pudesse declarar que a decisão contrária a seus interesses não é um ato de violência, mas de reconhecimento. Para Ricoeur, essa reflexão conduziria à visão da “concepção da sociedade como distribuidora de partes que sempre cumpriria apartar a fim de determinar qual é a parte de um e qual a do outro. Seria a visão da sociedade como *esquema de cooperação*”³⁷³.

Aliás, talvez encontrássemos na metáfora da partilha os dois aspectos que estou tentando aqui coordenar; na parte há parte, a saber, aquilo que nos separa; minha parte não é sua parte; mas a partilha é também aquilo que nos faz compartilhar, ou seja, no sentido forte da palavra: tomar parte em... Portanto, considero que o ato de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte na sociedade. É essa justa distância entre os parceiros defrontados, próximos demais no conflito e distantes demais na ignorância, no ódio e no desprezo, que resume bem, a meu ver, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, deslindar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer com que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade³⁷⁴.

³⁷² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 91.

³⁷³ RICOEUR, Paul. *O justo I*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 180.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 181.

Fica claro que é justamente a possibilidade de a postura substancialista se apropriar de elementos próprios do procedimentalismo, como a construção compartilhada do provimento judicial e o contraditório no sentido forte, que faz com que as duas teorias encontrem um ponto de entremetimento. Assim, o exposto permite extrair algumas conclusões:

a) a relação entre substancialismo e procedimentalismo tem origem num objetivo comum: o combate ao protagonismo judicial, não se resumindo, contudo, a essa constatação, porquanto atravessada pelas leituras da exigência do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, da necessidade da produção da resposta correta e adequada à Constituição, da ruptura da ideia de que processo é mero instrumento da jurisdição, mas procedimento em contraditório no sentido forte, em decorrência do qual as partes, ocupando um espaço policentrista, contribuem efetivamente para a construção de um provimento jurisdicional que se dá compartilhada e não *monologicamente* ou isoladamente considerada;

b) no direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta adequada à Constituição como resultado da soma de esforços entre o contraditório (contribuição procedimentalista) e o dever de fundamentar as decisões judiciais (contribuição substancialista) se encontra o principal ponto de convergência entre ambas as teorias.

Este, portanto, para efeitos epistemológicos, o corte que se pretendeu operar em termos de aproximação das duas posturas. Em outras palavras, com os contributos do processo jurisdicional democrático, no interior do qual o processo não pode ser lido como mero instrumento da jurisdição, mas como procedimento em contraditório, é que será feita a leitura do significado do que se entende por decisão devidamente fundamentada segundo a Constituição Federal, art. 93, IX. Nesse sentido, a tessitura dos subitens 4.4 e 4.5 deve ser tida não apenas como o resultado da aproximação entre substancialismo e procedimentalismo como espaço de mútua irritação entre essas teorias doutrinárias, até porque a presente pesquisa se encontra vinculada à Hermenêutica, na qual se assenta a sua teoria de base. A leitura dos referidos subitens pode ser feita também como uma forma de apropriação hermenêutica das lições da teoria do discurso procedural naquilo que interessa à compreensão do fenômeno da interpretação.

Antes, porém, de enfrentar a tarefa, se tratará de uma questão central para as duas posturas teóricas: o combate ao protagonismo judicial.

4.3 Interpretação judicial e controle das decisões

A história da teoria crítica do direito registra que no positivismo de primeira hora, o exegético, não havia espaço nem necessidade de se discutir a interpretação judicial, muito menos existia preocupação com o controle das decisões. A razão era simples: como a malha da lei tinha condições de cobrir toda a realidade (pelo menos em pretensão), nada lhe escapava. Nesse cenário, o juiz era proibido de interpretar, cabia-lhe tão somente pronunciar a letra da lei, daí ser chamado o *boca da lei* – isso sem prejuízo do entendimento de que a proibição tinha componentes históricos e políticos, eis que visto com desconfiança pela ascendente classe burguesa, protagonista da revolução liberal-francesa, em razão dos laços, no velho regime, entre a magistratura e a aristocracia.

A preocupação de tematizar as decisões judiciais surgiu com o positivismo pós-exegético/normativista. Aliás, isso é uma meia-verdade, dado que o positivismo normativo, pelo menos o de matriz kelseniana, que inaugura essa fase, não obstante reconheça vaguezas, indeterminações ou ambiguidades na lei, não tinha maiores compromissos com as soluções, tarefa que delegava ao juiz. Essa opção era representada pelo enunciado segundo o qual a aplicação da lei é ato de vontade do magistrado, e a origem disso tudo, como se sabe, está em Kelsen e no famigerado capítulo VIII da Teoria Pura do Direito-TPD³⁷⁵, que pode ser lido como uma aposta na discricionariedade do juiz para resolver os casos de indeterminação. Kelsen, com um rigor asséptico, não queria que nada lhe contaminasse a teoria pura do direito (como ciência), daí a cisão, mais uma vez repristinada, entre razão teórica e razão prática, cenário privilegiado para o exercício da discricionariedade, tomada como uma fatalidade incontornável. Na verdade, uma atenção ao controle das decisões judiciais significaria migrar para o mundo prático, onde as coisas ocorrem, e sair da zona de conforto da ciência do direito, que opera somente no nível semântico da linguagem, a partir do qual era impossível exercer esse controle, eis que teoria e prática não se misturavam.

Operou-se, então, uma lavagem *pilatiana* de mãos. Lá com seus botões, o jurista austríaco deve ter pensado “*não nos preocupemos com a ação (razão prática), limitemo-nos a fazer ciência do direito e, com a epistemologia, trabalhemos no plano da metalinguagem. E quando isto se revelar insuficiente, recorramos ao intérprete judicial, deixe que ele tome conta de tudo, finjamos que o assunto não nos diz respeito*”. É claro que esse monólogo

³⁷⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 387-397.

interior – do tipo joyceniano, mas que tem origem em Édouard Dujardin³⁷⁶ – nunca existiu, mas figuratiza a adoção por ele da postura de, como diz Lenio Streck, adotar uma estratégia dualista, em dois níveis distintos, pois, “no fundo, Kelsen estava convicto de que não era possível fazer ciência sobre uma casuística razão prática”³⁷⁷. É esse, conforme Streck³⁷⁸, o ponto fulcral cujas consequências ainda hoje se fazem sentir: o de relegar para o segundo nível, considerado secundário, a questão da aplicação judicial do direito, o que se explica até pela localização tópica do tema na sua principal obra, *Teoria Pura do Direito*, onde é tratada como apêndice (da teoria pura de primeiro nível).

A consequência disso, por todos conhecida, é que, de um lado, no interior de sua zona de conforto, o cientista do direito, como intérprete, pratica *ato de conhecimento* e, assim agindo, pergunta pela validade dos enunciados; do outro, os juízes, em geral, respondem pela interpretação judicial (aplicação), que passa a ser lida como *ato de vontade*, tendo pela frente um amplo espaço (a chamada “moldura da norma”) sobre o qual se poderá movimentar com relativa desenvoltura até que, por fim, se decida pela sua aplicação (preenchimento da moldura) no caso concreto, com o risco, inclusive, de ultrapassar-lhe os limites semânticos. Como ressalta Streck, “é nesse segundo nível que reside o cerne do paradigma da filosofia da consciência” [e] “é também nesse nível que faz morada a discricionariedade positivista”, o momento mesmo que o ovo da serpente (da discricionariedade) começa a ser gestado³⁷⁹. Pode-se, assim, afirmar, sem maiores compromissos, que toda a crise no qual o direito mergulhou e ainda hoje tenta superar pode ser atribuída a Kelsen, haja vista que ele relegou a um plano secundário o problema da interpretação-aplicação do direito.

O quadro, contudo, somente se completa quando se chama à fala outro positivista – também normativista – de boa cepa: Herbert Lionel Adolphus Hart. Ele tingiu com novas cores o cenário, incorporando-lhe a concepção de “textura aberta do direito”³⁸⁰, a classificação

³⁷⁶ DUJARDIN, Édouard. *Os loureiros estão cortados*. Porto Alegre: Brejo, 2005. Considerado o precursor do monólogo interior, uma técnica narrativa literária marcada por fluxos de consciência, no qual o discurso não tem interlocutor, nem é pronunciado. Foi nele que James Joyce buscou inspiração para a composição do longo monólogo de Ulisses.

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 458

³⁷⁸ Ibid., p. 458.

³⁷⁹ Ibid., p. 459 e 502.

³⁸⁰ Para Noel Struchiner, “a contribuição mais celebrada da Filosofia da Linguagem ordinária para a Filosofia do Direito é a ideia de textura aberta da linguagem. Segundo Friedrich Waisann, responsável por cunhar a expressão *textura aberta da linguagem*, em seu artigo *Verifiability*, vários termos que utilizamos na nossa linguagem são potencialmente vagos. Hart é o responsável por fazer a transposição dessa discussão para a análise das regras jurídicas. Como as regras contém termos que possuem uma textura aberta, então as regras jurídicas são potencialmente vagas. Sempre é possível surgir um caso que cai na região de penumbra do significado dos termos empregados na norma”. STRUCHINER, Noel. *Filosofia da Linguagem*. In:

do direito segundo normas de caráter primário e secundário e a famosa divisão/separação entre *easy cases* e *hards cases*. Destoando um pouco do ar de enfado de Kelsen no enfrentamento do problema da aplicação judicial do direito, Hart, como que sem-cerimônias ou remorsos, aposta com maior firmeza no protagonismo judicial para a solução dos casos difíceis, hipótese em que o juiz “terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente”³⁸¹. Trata-se, contudo, de um poder discricionário com limitações “*que restringem sua escolha*” e não se compara com o exercido pelo legislativo, que não encontraria limites³⁸². De toda sorte, percebe-se que Hart, ao contrário de Kelsen, não admite que o juiz possa ultrapassar os limites semânticos da norma.

Então, se Kelsen desprezou a razão prática, não se pode dizer o mesmo de Hart, que defende o exercício do poder discricionário judicial para resolver os casos difíceis, tarefa desnecessária nos considerados fáceis (sem vagueza ou ambiguidade na norma), cuja solução se daria simplesmente pela aplicação da regra dedutiva/subsuntiva. Oportuno é lembrar que, para Rafael Tomaz de Oliveira, embora eles estivessem em acordo no reconhecimento da indeterminação do direito, Kelsen e Hart divergem quanto à origem, pois, “para Hart, a indeterminação ou incompletude do direito advém da própria linguagem, enquanto que para Kelsen ela emana do fato de que, em toda norma jurídica, existe um espaço no qual a autoridade competente para aplicá-la poderá se mover como quiser”³⁸³.

Segundo Streck, somente as teorias pós-positivistas ou não positivistas é que se preocuparão e enfrentarão o problema da interpretação do direito no ponto mais ignorado: o dos problemas próprios da razão prática, “que havia sido expulsa do território jurídico-epistemológico pelo positivismo (sintático-exegético)”³⁸⁴. No entanto, se todas procuram superar o positivismo, nem todas obtêm êxito, sobretudo se levadas em conta as suas características principais, dentre elas a discricionariedade³⁸⁵.

Nesse mesmo sentido, pode-se dizer, com Oliveira³⁸⁶, que diferentemente das posturas positivistas, sobretudo a de Kelsen e, em certa medida, a de Hart, contrárias à tematização do

BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.) *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos/Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 333-337. (Grifo do autor).

³⁸¹ HART, H. L. A. *O conceito de Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 351.

³⁸² *Ibid.*, p. 352.

³⁸³ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 179.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p. 502.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 507.

³⁸⁶ OLIVEIRA, op. cit., p. 180.

problema da indeterminação do direito e suas consequências (fundamentação das decisões, discricionariedade judicial), as pós-positivistas procuram enfrentá-lo tratando exatamente da interpretação judicial e seus limites. Ressalta, contudo, Streck, que somente pode ser chamada de pós-positivista a teoria do direito que efetivamente tenha superado o positivismo de viés normativo (pós-exegético), dado que “*a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial*”³⁸⁷.

Nessa quadra da história, a hermenêutica de cunho filosófico, que se assenta no paradigma da intersubjetividade e no esquema *sujeito-sujeito*, é, ao contrário das demais (argumentação jurídica e discursiva), a única com perfil e vocação para enfrentar o sujeito solipsista e sua principal forma de manifestação, a discricionariedade. Em síntese, só há que se falar em teoria pós-positivista no sentido de ruptura com o positivismo pós-exegético – o primitivo (exegético) de há muito já restou superado, não sendo mais objeto de preocupação – o que passa, necessariamente, pelo tema da discricionariedade judicial e do solipsismo representando pela razão prática.

Nesse contexto, assevera Streck³⁸⁸ que a matriz hermenêutica é o espaço próprio desse enfrentamento, dado que uma vez livre das amarras do sujeito solipsista e do lugar onde ele mora (razão prática) apresenta-se vocacionada para pensar uma teoria da decisão judicial. Ou seja, a Hermenêutica é a única teoria do direito capaz de enfrentar o problema a que Kelsen se negou e, com esse gesto, consciente ou não, jogou o direito na crise que vem atravessando nos dois últimos séculos. É que, no paradigma da intersubjetividade, no qual a matriz hermenêutica se apoia, não há mais espaço para o interprete sair atribuindo livremente sentidos às coisas do direito.

4.4 Afinal, o que é isto: o dever de fundamentar as decisões judiciais?

Qual o significado do dever de fundamentar as decisões judiciais? E por que razão as decisões judiciais devem ser fundamentadas? Em *O dever de fundamentar as decisões judiciais*, Sérgio Nojiri³⁸⁹, após tecer breves considerações sobre antecedentes históricos, alerta que o cenário nessa matéria sofreu uma profunda alteração com a promulgação da Constituição de 1988, não percebida, porém, pela doutrina. A mudança no panorama diz respeito ao fato de que a partir de 1988 “a regra de se motivarem as decisões judiciais passou

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 508. (Grifo do autor).

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 508.

³⁸⁹ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. p. 28.

a ter dignidade constitucional, adquirindo, assim, *status de garantia constitucional*”, pois prescrito no artigo 93, IX, da CF³⁹⁰.

Aliás, Noriji, como se disse, historiciza a fundamentação das decisões judiciais no Brasil, lembrando que antes mesmo da proclamação da Independência, quando ainda vigoravam as Ordenações do Reino, já era obrigatório no Brasil Colônia o dever de fundamentá-las, a exemplo do que estabeleceram as Ordenações Filipinas no Livro III, Título LXVI, § 7º, primeira parte, por ele reproduzidas:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças (sic) difinitivas, ou vir com embargos a ellas, e os Juízes da mór alçada entenderem melhor os fundametos, por que os Juízes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora seja Letrados, ora não sejam, declarem especificamente em suas sentenças difinitivas, assim na primeira instância, como no caso de appellação, ou agravo ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar, ou revogar³⁹¹.

Nesse mesmo sentido se posicionou o Regulamento 737, de 25.11.1850, considerado o primeiro Código de Processo brasileiro, cujo artigo 232 obrigava o juiz a motivar com precisão o julgado. Na vigência da primeira constituição republicana, por força da competência para legislar sobre matéria processual fracionada entre os entes federativos, várias constituições estaduais trataram do assunto. Com o advento da Carta de 1937, que conferiu à União competência privativa para legislar sobre direito processual, os artigos 118 e 280 trataram da obrigação do juiz indicar na decisão os fundamentos de fato e de direito pelos quais chegou a determinado resultado. Com o CPC de 1973 não foi diferente: as expressões motivos ou fundamentos aparecem nos artigos 165 e 458. De igual modo, o art. 381 do CPP estabelece que a sentença conterà, dentre outros requisitos, a indicação dos seus motivos de fato e de direito.

Olvidada por Nojiri, a CLT de 1943 prescreve no artigo 832 que “da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão”. É claro que Nojiri quis, em síntese, demonstrar que “a obrigação de se fundamentar as decisões judiciais, mais do que parte de nossa tradição histórica, sempre foi regra impositiva de nosso ordenamento jurídico positivo, desde o nascimento do país até os dias atuais”³⁹². A propósito, relembre-se que o art. 11 do PL 8046/2010, que trata do novo CPC, reproduzindo o art. 93, IX, da CF, dispõe que todos os

³⁹⁰ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. p 28.

³⁹¹ *Ibid.*, p 28.

³⁹² *Ibid.*, p 28.

julgamentos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Como alertou Nojiri, a falta de percepção pela doutrina das mudanças provocadas com a promulgação da CF/88, torna sintomático que sua obra seja de 1999 e que, de lá para cá, decorrida mais de uma década, pouco ou quase nada se alterou, ressoando como atuais as palavras que disse então. A aposta do legislador na permanência dos embargos de declaração no projeto de lei do novo estatuto processual civil, já aprovado na Câmara Federal, a despeito do direito fundamental à fundamentação das decisões judiciais, é um sério indicativo de que ainda não se notou que a existência desse instituto é incompatível com o que prescreve o art. 93, IX, da CF/88 e que não há convivência possível entre ele e sentenças não fundamentadas ou mal fundamentadas. É que sentença omissa, obscura ou contraditória é nula desde a origem, sendo coisa nenhuma que, por essa razão mesma, não pode ser objeto de “aperfeiçoamento”.

Cristina Reindolff da Motta, por sua vez, destaca que a previsão do dever de fundamentar as decisões judiciais, além de estabelecido na CF/88, tem assento na ordem infraconstitucional, ainda que não se diga de seus requisitos:

Embora haja o reconhecimento constitucional acerca da necessidade de fundamentação, não há na lei nenhuma fixação dos requisitos mínimos para que se diga que uma decisão judicial está fundamentada. A falta de fixação desses requisitos mínimos e a manutenção do espectro amplo deixam o cidadão à mercê da discricionariedade, dando espaço a uma decisão não efetivamente fundamentada e menos democrática. Não há parâmetros que definam se determinada decisão é suficientemente fundamentada ou não. A falta de fundamentação ocorre ou por falta efetiva de uma fundamentação consistente da decisão prolatada, ou por total desatendimento ao ditame constitucional³⁹³.

O que vem a ser, então, uma decisão judicial racionalmente fundamentada? Essa é a pergunta que se fazem Cattoni de Oliveira e Pedron³⁹⁴. Estabelecendo uma necessária relação entre decisão judicial como resultado do exercício do poder jurisdicional e a teoria do Estado (e seus modelos), os autores afirmam que já passou o tempo em que a questão da legitimidade das decisões judiciais era um problema ligado somente à pessoa do juiz, pelo que o exercício adequado da jurisdição dependeria, por exemplo, do fato de o juiz ter sido eleito ou não segundo a regra da maioria.

Sob a perspectiva de um Estado Democrático de Direito e num cenário de uma sociedade plural e democrática, o que justifica as decisões judiciais “são antes as garantias

³⁹³ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A Motivação das Decisões Cíveis como condição de Possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.154.

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 130.

processuais atribuídas às partes, principalmente a do contraditório e a da ampla defesa, além da necessidade de fundamentação das decisões”³⁹⁵. É o que eles, citando Dierle Nunes, chamam de “a construção compartilhada da decisão judicial”³⁹⁶. Como se trata de uma decisão, garantida num nível institucional, e do direito de saber sobre quais bases foi tomada, depende ela “não somente da atuação do juiz, mas também do Ministério Público, das partes e dos seus advogados”.

Com efeito, a feliz expressão *comparticipação* (ato de compartilhar, de participar conjuntamente) é a garantia de que a construção da decisão judicial não será isolada ou egoísta, o que elimina a possibilidade de o juiz proclamar-se a si próprio como o senhor dos sentidos, sendo isso próprio do ambiente do Estado Democrático de Direito, razão pela qual os modelos de Estado, a exemplo do brasileiro, se refletem na ordem jurídica. Dizendo em outro tom, como arremate: a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais é uma consequência ínsita, inata, intrínseca, do Estado Democrático de Direito.

Visto por um ângulo menos filosófico e mais semântico e se não estivéssemos tão presos ainda à justeza dos nomes, a expressão dever de fundamentação sequer precisaria ser, a rigor, destacada, eis que é consequência natural do paradigma do Estado Democrático de Direito. Ademais, decidir de forma fundamentada passa também pela necessidade de a decisão demonstrar coerência com e respeito à integridade do direito em vigor, o que pressupõe o exame detido do caso concreto. Isso avulta a incompatibilidade da imposição das súmulas vinculantes, medidas sequestradoras do caso concreto que impedem o acesso às suas peculiaridades e reproduzem mal o sistema de *commow law*, dado que o Brasil não tem nenhuma tradição em matéria de precedentes judiciais. Em outro trecho do artigo em referência, os autores, de forma conclusiva, insistem na ideia da participação conjunta da construção da decisão judicial:

Ao tomar suas decisões, também, é preciso lembrar que o juiz não está sozinho no exercício das suas atribuições. Afinal, do procedimento que prepara a decisão jurisdicional, devem, em princípio, diretamente participar, em contraditório, em *simétrica paridade*, os destinatários desse provimento jurisdicional. Nas palavras de Fazzalari, “o ‘processo’ é um procedimento no qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a produzir efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato final não possa desconsiderar a atividade deles”. Em outras palavras, e lembrando que qualquer decisão é tomada

³⁹⁵ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A Motivação das Decisões Cíveis como condição de Possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 130.

³⁹⁶ NUNES, Dierle *apud* CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Coord.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 130.

nos contextos discursivos de uma esfera pública, presentes, inclusive, as pressões exercidas pela opinião pública, que se constitui em “sociedade aberta de intérpretes” (HÄRBELE), não é necessário ser Hércules (DWORKIN), para se cumprir a tarefa jurisdicional³⁹⁷. (Grifo do autor).

A questão relacionada à definição do que seja uma decisão judicial fundamentada também é objeto de estudo de Cristina Reindolff da Motta³⁹⁸, que diz que embora não haja um conceito claro de fundamentação, ela pode ser analisada sob duas perspectivas, a endoprocessual e a extraprocessual, que se destinam às partes e à sociedade em geral, tendo efeito *erga omnes* à medida que o raio de ação das decisões abrange a todos. A obrigatoriedade de fundamentação funciona, assim, como garantia da aplicação da norma constitucional, como forma de controle constitucional (difuso e concentrado) das decisões judiciais e como meio de se avaliar e demonstrar que a decisão judicial oferecida é a resposta correta para o caso concreto.

Essa dupla função (*endoprocessual e extraprocessual*) do dever de fundamentação de que fala Reindolff da Motta foi também trabalhada por Sérgio Nojiri³⁹⁹. Para ele, as decisões judiciais, sob uma perspectiva estritamente endoprocessual, pressupõem um *olhar* para as questões de dentro do processo – aquelas de caráter eminentemente instrumentais que visam: i) possibilitar à parte interessada, uma vez conhecidas as razões da decisão, o exercício de direito de contra ela se insurgir; ii) permitir que os órgãos jurisdicionais de instância superior examinem/reexaminem, em sua função revisora, as decisões que lhe foram submetidas, o que inclui, por evidência, o controle constitucional difuso e concentrado. Além disso, como esse viés apresenta apenas um dos lados da questão, dado que o dever de fundamentação é bifronte, a compreensão do que seja a perspectiva extraprocessual passa necessariamente pela leitura do art. 1º da CF/88, que trata justamente dos fundamentos do Estado brasileiro. Ora, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, a ideia de fundamentação é consequência natural desse modelo e funciona como garantia constitucional contra o arbítrio e o abuso de autoridade, eis que

no Estado Democrático de Direito, em que o exercício do poder é limitado, não há espaço para exercentes de funções públicas irresponsáveis. Não há lugar para tiranos. Dessa forma, o juiz não pode ser visto como o “senhor” do processo. A despeito de expedir ordens, o magistrado tem o dever de se pautar por um critério

³⁹⁷ NUNES, Dierle apud CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Coord.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 144.

³⁹⁸ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.71.

³⁹⁹ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. p.112-114.

objetivo fundamental em sua conduta: a lei. Além disso, deve justificar a decisão tomada, através de motivadas razões a serem amplamente expostas a quem tiver interesse em conhecê-las⁴⁰⁰.

Coerente com o entendimento de Nojiri, para Reindolff da Motta o ato de fundamentar uma decisão judicial não depende da vontade do julgador, pois não é discricionário, mas obrigação estabelecida na Constituição Federal, a qual tem de cumprir. Assim, fundamentar não é apenas dever constitucional de validade de qualquer tipo de decisão (definitiva, extintiva, interlocutória ou mero despacho). Desde que haja um mínimo conteúdo decisório, é condição mesma de sua validade e o juiz, ao julgar, “deverá, portanto, expor os motivos que o levaram a determinada conclusão, o que deu causa para decidir-se em favor do pedido do autor ou sobre a defesa do réu”⁴⁰¹.

Humberto Theodoro Junior diz que, para efeito de se cumprir a exigência contida no art. 93, IX, da CF, não basta que o juiz faça conhecer a conclusão de seu julgado, sendo indispensável revelar como foi que, de forma racional, construiu o provimento para solucionar a causa que lhe foi submetida⁴⁰². Numa palavra, deve o juiz explicitar o compreendido.

Não cumpre a exigência constitucional a decisão que deixa de analisar questões relevantes suscitadas durante o contraditório. Tampouco aquela que se limita a afirmações genéricas e inexpressivas, inadequadas à demonstração racional das questões propostas pelos litigantes, como infelizmente se vê com muita frequência no foro, em frases como “presentes os requisitos legais, defiro o pedido”, ou “ausentes os seus pressupostos, indefiro a medida pleiteada”. Expedientes como esses são verdadeiro escárnio ao direito das partes e da sociedade de conhecer os fundamentos reais dos pronunciamentos judiciais⁴⁰³.

A propósito, e em tom de desabafo, Theodoro Junior reproduz as palavras de Martins ao dizer que

causa perplexidade verificar que, num Estado Democrático de Direito, uma norma constitucional (que, aliás, comina expressamente a sanção de nulidade) seja tão abertamente desrespeitada por agentes públicos altamente capacitados tecnicamente, como são os juízes. Não se justifica que uma decisão judicial, de qualquer espécie, deixe de cumprir a exigência de motivação⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

⁴⁰¹ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67-68.

⁴⁰² THEODORO JUNIOR, Humberto. *Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008, p. 253.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 257.

⁴⁰⁴ MARTINS, Samir José Caetano *apud* THEODORO JUNIOR, Humberto. *Constituição e Processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008, p. 257.

Assim, para Theodoro Junior, dada a incompatibilidade com o paradigma do Estado Democrático de Direito, devem ser combatidas determinadas posturas da jurisprudência dos tribunais brasileiros que, a título de benevolência, considera como válida uma decisão fundamentada de “maneira deficiente” ou “mal fundamentada”⁴⁰⁵ e exonera o julgador da obrigação de responder “um a um todos os argumentos” suscitados pelas partes durante o contraditório⁴⁰⁶, “assim como a que, à guisa de fundamentação, se limita a manter o julgado ‘por seus próprios fundamentos’ ou, o que é pior, pelas ‘razões invocadas pela parte’⁴⁰⁷.”

Para Ovídio Baptista Silva, “a fundamentação deve ser ampla; deve compreender todos os aspectos relevantes do conflito, especialmente na análise crítica dos fatos”, pois o juiz, ao fundamentar uma sentença, não deve mostrar apenas os motivos pelos quais aceitou como válidos os argumentos do vencedor, mas também demonstrar, convincentemente, a impropriedade ou insuficiência das razões ou fundamentos de fato e de direito utilizados pelo sucumbente⁴⁰⁸.

O projeto do Novo Código de Processo Civil, na versão aprovada na Câmara Federal, lançou mão da técnica da exclusão para definir uma decisão judicial fundamentada: o § 1º do art. 499 estabelece quando e em que condições uma decisão judicial se considera fundamentada a partir das hipóteses que, de forma excepcional, indicam quando não se a considera fundamentada:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limita à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; II – empregue conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invoque motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixe 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. (Grifo nosso).

⁴⁰⁵ Esse posicionamento reforça o entendimento defendido ao longo desta pesquisa no sentido de que decisão mal ou deficientemente fundamentada (obscura, contraditória) ou não fundamentada (omissa) enseja o decreto de nulidade, em harmonia com o que dispõe o art. 93, IX, da CF/88, e não a oposição de embargos de declaração, daí a necessidade de se desconstruir o mito de que esses se prestam ao aperfeiçoamento das ditas decisões.

⁴⁰⁶ As típicas decisões estandardizadas (*prêt-a-porter*), que rejeitam os embargos de declaração (ver subitem 3.2.2), não mais poderão, à luz do § 1º do art. 499 do novo CPC, aprovado na Câmara Federal, ser admitidas, como se demonstrará adiante.

⁴⁰⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008. p. 258-259.

⁴⁰⁸ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 151.

Streck reconhece o avanço do projeto do novo CPC pelo fato, dentre outros, de trazer “um detalhamento nas exigências de fundamentação”⁴⁰⁹, o que representa uma espécie de sintonia fina com o que dispõe o art. 93, IX, da CF/88, razão pela qual o dever fundamental de justificar as decisões judiciais – que assume relevante papel no modelo do Estado Democrático de Direito – não pode se reduzir a um conceito meramente teleológico, pois trata-se de “um dever de esclarecimento acerca do estado-da-arte do processo sob apreciação”, de uma *accountability* permanente, de um direito fundamental do cidadão⁴¹⁰. Blecaute Oliveira Silva, em ensaio sobre a fundamentação da decisão judicial, diz inicialmente cogitar de uma categoria cujo conceito, por força de imprecisão semântica, é juridicamente indeterminado, sendo somente num caso concreto que seus contornos poderão ser delimitados. Nesse sentido, para o autor, fundamentar pode, abstratamente, assumir o significado de alicerce e solidez, do que não se abala, ou evocar a ideia de motivar, apresentar as razões de uma decisão. Noutra contexto, fundamentar remete a explicação e, em outro, a justificação, não no sentido de motivar, porquanto, nesta hipótese, “não se contenta apenas com as meras razões, pois exige que o julgador demonstre que a decisão tomada é a que melhor se a(jus)ta ao caso”⁴¹¹. Por fim, fundamentar pode ter o sentido de demonstrar, remetendo diretamente à ideia de prova⁴¹².

Trata-se, segundo Blecaute Oliveira Silva, de uma inovação legislativa, uma vez que até hoje a prática é conferir ao Poder Judiciário a definição dos contornos de uma decisão fundamentada, o que faz, na maioria das vezes, lançando mão da “fundamentação *per relationem*”, que o ensaísta esclarece ser uma casuística de fundamentação identificável, dentre outras situações, a) quando o julgador adota como seus os fundamentos da decisão de 1º grau hostilizada; b) quando o julgador adota como seus os motivos apresentados por outro juízo, inclusive com remissão à jurisprudência consolidada ou a súmula; c) quando o julgador

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>. Acesso em: 14 jan. 2014.

⁴¹⁰ Id. Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 21-22.

⁴¹¹ SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre; SANTOS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 194.

⁴¹² *Ibid.*, p. 194.

adota como suas as razões produzidas pelas partes e, frequentemente, a manifestação do Ministério Público⁴¹³.

Nesse sentido, a ideia do projeto do novo CPC, ao enumerar as situações de decisão judicial não fundamentada (§ 1º do art. 499), seria a de acabar com essa prática e maximizar a garantia do dever de fundamentar, conferindo-lhe maior efetividade, destacando-se ainda, como já registrado, o fato de que o legislador não diz o que é uma decisão fundamentada, limitando-se apenas, em caráter exemplificativo, a indicar as hipóteses em que assim não se a considera, não havendo nisso qualquer indício de inconstitucionalidade ou invasão de competência do legislador.

Desse modo, por reputar que a norma projetada não tem o condão de limitar o alcance do que é fundamentar, mas apenas conferir ao aplicador uma maior e melhor forma de realizá-lo no ato de concretização, é que considera constitucional a ideia projetada no art. 500, 1º⁴¹⁴, do Projeto do novo CPC⁴¹⁵.

Em outro estudo, e na linha do que seja uma decisão participada a que se referiu Cattoni de Oliveira, veja-se o que sustenta Lenio Streck como sendo o dever de fundamentar:

Permito-me insistir neste ponto: em tempos de aposta no “livre convencimento”, é preciso trabalhar o grau de legitimidade do provimento jurisdicional (resultado do processo). E este se mede (pelo menos) de duas formas: *Primeiro*, pela exigência de que o provimento seja efetivamente influenciado pela argumentação dos interessados (cláusula do contraditório como *garantia de influência*); *Segundo*, pela necessidade de que a decisão judicial seja compatível de modo substancial com a Constituição (a decisão deverá ser e estar integrada, validamente, na história institucional do Direito). A questão central passa, pois, pela inexorável exigência de que a motivação do ato jurisdicional seja “ampla”, abrangendo não só a versão “aceita” pelo julgador, mas também as razões pelas quais ele recusara a versão oposta. A fundamentação deve ser assim, “completa”, compreensiva de todos os aspectos relevantes da causa. Os interessados no provimento jurisdicional têm o direito (fundamental) – que decorre textualmente do art. 93, IX, da Constituição do Brasil – de obter “respostas” para suas alegações e provas, o que obrigará ao compartilhamento decisório. O descumprimento deste dever tem como consequência, independentemente de qualquer alteração legislativa, a pena de nulidade (de resto, igual e textualmente prevista no citado dispositivo constitucional)⁴¹⁶. (Grifo do autor).

⁴¹³ SILVA, Beclate Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre; SANTOS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 195-196.

⁴¹⁴ Numeração anterior, eis que nos termos da nova redação aprovada na Câmara Federal, essa norma corresponde ao § 1º do art. 499.

⁴¹⁵ SILVA, op. cit., p. 198.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 68-69.

Ao comentar o art. 93, IX, da Constituição Federal, Streck deixa claro que a fundamentação das decisões judiciais, além de uma exigência natural do Estado Democrático⁴¹⁷, é um direito fundamental do cidadão, e seu significado não se esgota em explicitar o fundamento legal ou constitucional do ato decisório. Mais que isso, “todas as decisões devem estar justificadas e tal justificação dever ser feita a partir da invocação de razões e oferecimento de argumento de caráter jurídico”⁴¹⁸ ou fundados em princípios, o que, de plano, rejeita argumentação baseada em convicções pessoais, políticas ou religiosas. Nesse sentido,

o dispositivo do art. 93, IX, deve ser compreendido nos quadros do Estado Democrático de Direito, paradigma no qual o direito assume um grau acentuado de autonomia mediante a política, a economia e a moral, em que há uma (profunda) responsabilidade nas decisões (Dworkin). [...] Assim, quando o texto constitucional determina no inciso IX do art. 93 que “todas as decisões devem ser fundamentadas”, é o mesmo que dizer que o julgador deverá explicitar as razões pelas quais prolatou determinada decisão. Trata-se de um autêntico direito a uma *accountability*, contraposto ao respectivo dever de (*has a duty*) de prestação de contas. Ou seja, essa determinação constitucional se transforma em um autêntico dever fundamental⁴¹⁹.

Por outro lado, Streck, ao tratar da compreensão e da explicitação do compreendido, depois de constatar que, do modo que as coisas estão, depara-se uma encruzilhada (“ou se acaba com a standardização do direito ou ela acaba com o que resta da ciência jurídica”), lista uma série de conclusões, como a de que

as decisões devem ser justificadas e tal justificação dever ser feita a partir da invocação de razões e oferecendo argumentos de caráter jurídico, como bem assinala David Ordóñez Solís. O limite mais importante das decisões judiciais reside precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito. O juiz, por exemplo, deve expor as razões que lhe conduziram a eleger uma solução determinada em sua tarefa de dirimir conflitos. A motivação/justificação está vinculada ao direito à efetiva intervenção do juiz, ao direito dos cidadãos a obter uma tutela judicial, sendo que, por esta razão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considera que a motivação integra-se ao direito fundamental a um processo equitativo, de modo que ‘as decisões judiciais devem indicar de maneira suficiente os motivos em que se fundam. A extensão deste dever pode variar

⁴¹⁷ “A necessidade de fundamentação decorre do problema central da teoria do direito: a constatada impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses de aplicação. De uma lei geral é necessário retirar/construir uma decisão particular (uma norma individual). E esse procedimento dever ser controlado, para preservar a democracia, evitando-se, assim, que os juízes e tribunais decidam de forma aleatória”. (STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. *Comentário ao artigo 93, inciso IX*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.324).

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 1324.

⁴¹⁹ *Ibid.*, p. 1324.

segundo a natureza da decisão e deve ser analisada à luz das circunstâncias de cada caso particular⁴²⁰.

A propósito da posição do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), sempre lembrada por Lenio Streck, Manoel António Lopes Rocha⁴²¹, juiz do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal e do TEDH, recorda que a necessidade de motivar a decisão é uma das exigências do *processo equitativo*, um dos Direitos do Homem consagrado no artigo 6.º, § 1⁴²², da Convenção Europeia. Essa norma diz, resumidamente, que todos têm direito a que a causa seja apreciada equitativamente, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, instituído por lei, que decidirá das contestações relativas a direitos e obrigações de carácter civil ou do bem fundado de qualquer acusação em matéria penal. Diz ainda que embora a jurisprudência do TEDH não seja muito pródiga em matéria de motivação da decisão judicial, tem-se movido pela noção de *processo equitativo* constante do citado artigo 6.º, § 1, da Convenção Europeia, que refere tanto o processo civil quanto o penal⁴²³. Por outro lado, no que tange à doutrina especializada, o juiz do TEDH assevera que

ela tem desenvolvido o tema da motivação no quadro do direito a um processo equitativo. Começa por recordar que o direito a um processo equitativo exige em regra, que as decisões sejam *motivadas*⁴²⁴, o que se compreende facilmente: o interessado dever ser persuadido de que se fez justiça e que os meios articulados foram examinados pelo juiz, e a enumeração dos pontos de facto e de direito sob os quais se funda a decisão deve permitir-lhe avaliar as probabilidades de sucesso dos recursos⁴²⁵. (Grifo do autor).

Como conclusões, arremata o juiz do TEDH que

a) o processo equitativo garantido no artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pressupõe a motivação das decisões judiciais, que consiste na correcta enunciação dos pontos de facto e de direito fundantes das mesmas, em ordem a

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 412-413.

⁴²¹ ROCHA, Manoel António Lopes. A motivação da sentença. *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Disponível em: <www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicações/7576-c.pdf> Acesso em: 31 jan. 2013.

⁴²² Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Artigo 6º. Direito a um processo equitativo: 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

⁴²³ Ibid.

⁴²⁴ Veja-se que o autor utiliza a expressão motivação e não o rigor expressivo contido na palavra *fundamentação*.

⁴²⁵ ROCHA, op. cit.

garantir a transparência da justiça, a persuadir os interessados e a permitir-lhes avaliar as probabilidades de sucesso nos recursos; *b*) uma motivação deficiente ou inexacta deve ser equiparada à falta de motivação; *c*) a motivação conforme as exigências do processo equitativo não obriga a uma resposta minuciosa a todos os argumentos das partes, contentando-se com uma descrição clara dos motivos fundantes da decisão; *d*) a extensão da motivação é função das circunstâncias específicas, nomeadamente da natureza e da complexidade do caso; *e*) o princípio do processo equitativo é compatível com motivação sumária, mas impõe-se uma motivação precisa quando o meio submetido à apreciação do juiz, caso se revele fundado, é de natureza a influenciar a decisão; *f*) a obrigação de motivar reveste uma importância peculiar quando se trate de apreciar uma pretensão na base de uma disposição de sentido ambíguo, caso em que é exigível uma motivação adequada e proporcional à complexidade da hipótese⁴²⁶.

André Leonardo Copetti Santos⁴²⁷ lembra que a disposição convencional mencionada tem sido amplamente adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos. Em seu estudo, transcreve trechos dos acórdãos referenciados por Lenio Streck⁴²⁸, a seguir reproduzidos:

18. Nos termos do artigo n.º 120. 3.º da Constituição (Artículo 120. 3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.), “decisões devem sempre conter uma declaração sobre as razões pelas quais elas são baseadas e ser entregue em público”. Como um aspecto da protecção eficaz dos indivíduos pelo Poder Judiciário e dos tribunais, reconhecido como um direito fundamental pelo artigo n.º 24. 1.º da Constituição (Artículo 24. 1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.), a obrigação de fundamentar as decisões judiciais podem ser objecto de recurso individual para o Tribunal Constitucional (recurso de amparo).[...]. 19. De acordo com o artigo 359 do Código de Processo Civil. “As decisões devem ser claras e precisas e devem abordar especificamente os aplicativos e outras reivindicações feitas no curso do processo, eles devem encontrar a favor ou contra o réu e decidir sobre todos os pontos controvertidos que tenham sido objecto de discussão. Esses pontos devem ser tratados separadamente no juízo.” Quando um juiz dá uma decisão sobre o mérito deve, portanto, decidir sobre todos os fundamentos invocados pelas partes, caso contrário, o acórdão será falho por não dar uma explicação suficiente dos motivos (incongruencia omisiva). No entanto, segundo a jurisprudência, o tribunal não tem a obrigação de tratar expressamente no acórdão com cada um dos argumentos apresentados pelas partes, onde a sua decisão de permitir que uma das reclamações envolva implicitamente a rejeição da submissão em questão. [...]. 29. O Tribunal reitera que o artigo 6.º parágrafo. 1 (art. 6-1) obriga o juiz a fundamentar as suas decisões, mas não pode ser entendida como exigindo uma resposta detalhada a cada argumento (veja a *Van de Hurk v. acórdão Países Baixos*, de 19 de Abril de 1994, Série A, n.º 288, p. 20, 61.). A medida em que esse dever de fundamentação é aplicável pode variar em função da natureza da decisão. Além disso, é necessário ter em conta, nomeadamente, a diversidade das contribuições que pode trazer um litigante perante os tribunais e as diferenças existentes nos Estados Contratantes no

⁴²⁶ ROCHA, Manoel António Lopes. A Motivação da Sentença. In: *Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Disponível em: <www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicações/7576-c.pdf> Acesso em 31 jan. 2013.

⁴²⁷ COPETTI SANTOS, André Leonardo. A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma intersecção entre a filosofia e direito. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁴²⁸ Casos Ruiz Torija v. Espanha (Pedido n. 18390/91) e Hiro Balani v. Espanha (Pedido n. 18064/91).

que diz respeito às disposições legais, as normas consuetudinárias, parecer jurídico e da apresentação e elaboração de julgamentos. Por isso, a questão de saber se o tribunal não cumpriu a obrigação de fundamentação, decorrente do artigo 6 (art. 6º) da Convenção, só pode ser determinada em função das circunstâncias do caso⁴²⁹.

Segundo o autor, o que se percebe a partir do texto da Convenção e das decisões da Corte Europeia é um elevado “estágio de avanço civilizatório em termos de limitação dos poderes públicos no que toca às necessidades de justificação e transparência das decisões que atinjam diretamente os cidadãos”⁴³⁰.

Conclui-se, em síntese, que uma decisão judicial fundamentada é e pode ser condensada na expressão construção compartilhada ou participada⁴³¹. Isso afasta a tentação egoística e remete à ideia de devido processo legal, de contraditório, de transparência, de olhar, ver e ouvir o outro, de explicitar o compreendido, de prestar contas à sociedade, de harmonia com o Estado Democrático de Direito em cujo interior o sentido de fundamentação se dá em um contexto intersubjetivo e não mais subjetivo (que estimulou práticas solipsistas). Trata-se de uma conquista que deita raízes em Heidegger⁴³², ao deflagrar ele o giro ontológico e transformar a hermenêutica em filosofia. Como diz Streck, “com o giro ontológico operado por Heidegger, dá-se, de forma inédita em toda a tradição filosófica – uma *reconciliação* entre a prática e a teoria e, ao mesmo tempo, ocorre um deslocamento do solipsismo subjetivista para *um contexto intersubjetivo de fundamentação*”⁴³³.

Quanto à indagação formulada, *por que razão as decisões judiciais devem ser fundamentadas?*, no início do subitem, é chegado o momento da resposta. A partir do exposto, é possível dizer que as decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas, pelas seguintes razões: a) porque no Brasil os juízes são agentes políticos que, diferentemente dos que integram o Legislativo e o Executivo, ingressam na carreira não pelo voto popular, mas mediante concurso público e, para bem exercerem a função estatal que lhes foi reservada (jurisdicional), precisam legitimar-se perante a sociedade, objetivo somente alcançado com a entrega da prestação jurisdicional devidamente justificada na Constituição Federal, tratando-

⁴²⁹ COPETTI SANTOS, André Leonardo. A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre a filosofia e direito. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011, p. 43. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁴³⁰ Ibid., p. 43.

⁴³¹ Nisso reside uma das contribuições, hermeneuticamente apropriadas pelo substancialismo, do procedimentalismo, de que se tratou no subitem 4.2.

⁴³² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 37-51.

⁴³³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 455-456.

se, pois, de uma verdadeira condição de possibilidade; b) porque o exercício da função jurisdicional implica a responsabilidade política, como ocorre com qualquer agente estatal, que se traduz no dever (decorrente diretamente dessa responsabilidade) fundamental de fundamentar as decisões judiciais, forma que assume o dever (permanente, segundo Streck) do juiz de prestar contas de seus atos (*accountability*) perante a sociedade organizada; c) porque o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais corresponde à *contraface* iluminada do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta devidamente adequada à Constituição Federal.

4.4.1 Da *accountability*⁴³⁴ ou de como o dever de prestação de contas no Estado Democrático de Direito é raiz do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais

Não é pelo fato de, no Brasil, os juízes não serem eleitos pelo voto que eles se desonerem de qualquer tipo de responsabilidade, pelo menos no âmbito de um Estado Democrático de Direito, em que o exercício de uma função pública significa assumir uma responsabilidade política. Os juízes não são irresponsáveis apenas em decorrência do *munus* público que sobre eles recai, sendo possível dizer, com Clarissa Tassinari, que o dever de fundamentação das decisões judiciais advém, antes de tudo, da sua responsabilidade política perante uma sociedade democrática⁴³⁵.

⁴³⁴ De acordo com Tomio e Robl Filho (TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)*, *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013) *accountability*, por qualquer de suas modalidades (vertical, social e horizontal), significa “a necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades” (Cf. op. cit., p. 30). Por meio da primeira modalidade, também chamada de eleitoral, típica ou direta, os cidadãos, pelo voto, exercem o controle dos atos das autoridades eleitas. A segunda, chamada de *accountability* social, em verdade, é uma variação da primeira, com a peculiaridade de que a ela se submetem tanto os agentes estatais eleitos quanto os não eleitos, cujos atos passam pela filtragem da sociedade organizada e da imprensa, sem excluir a possibilidade da doutrina, no caso da *accountability* judicial, exercer o mesmo papel quando analisa as decisões judiciais, eis que “pode expor publicamente os equívocos que a partir de determinadas construções teóricas os magistrados incorrem” (Cf. op. cit., p. 37). Por fim, a terceira modalidade é chamada de *accountability* horizontal ou institucional, através da qual os “agentes estatais (individuais ou coletivos) podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los” (Cf. op. cit., p. 37). O Poder Judiciário, por ser composto de agentes políticos não eleitos, se submete à *accountability* vertical social e à *accountability* horizontal, que comporta, ainda, quatro vertentes: decisional, comportamental; institucional e legal. Nesta pesquisa, o tema é abordado na perspectiva da *accountability* horizontal decisional, essa entendida como uma imposição ao magistrado para que apresente na sentença “as principais informações sobre o caso e justifique por meio dos fatos, das leis e da constituição a sua decisão judicial” (Cf. op. cit., p. 34).

⁴³⁵ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 144.

As decisões judiciais são, também, decisões políticas, pelo menos no sentido mais amplo de uma doutrina da responsabilidade política. Isso é dito por Dworkin, para quem “os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política” e “devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”⁴³⁶. Para o jusfilósofo estadunidense, nenhuma outra categoria de agente político reúne melhores condições, em termos de capacidade de argumentação moral, ainda que passível ao cometimento de erros, que os magistrados⁴³⁷.

Nem sempre, contudo, foi assim. Teresa Arruda Alvim Wambier lembra que, por influência do Iluminismo, até o século XVIII não havia preocupação com a justificação das decisões, que não precisavam ser motivadas, o que é compreensível, “já que os iluministas concebiam a possibilidade de que a lei fosse clara, simples e uniforme, como regra geral, e, então, as razões que teriam levado à decisão apareceriam naturalmente, como não podendo ser outras, pois ‘le juge est (était) la bouche de la loi’”⁴³⁸.

Esclarece a processualista paulista que somente nos ordenamentos jurídicos contemporâneos é que surge a necessidade de justificação das decisões judiciais a partir de, pelo menos, duas razões: a primeira, de ordem técnica, decorrente da necessidade de delimitação da decisão, que lhe possibilita a impugnação, inclusive para combater arbitrariedades. A segunda se assenta na garantia como fonte básica de inspiração da obrigatoriedade de fundamentar, o que admite uma série de desdobramentos, como oferecer elementos concretos para aferição da imparcialidade do juiz, verificar a legitimidade da decisão e assegurar às partes a possibilidade de constatar que foram ouvidas, na medida em que percebam que, para decidir, levou-se em conta as alegações aduzidas pelas partes e a prova produzida⁴³⁹, ou seja, aquilo que atualmente se conhece como contraditório dinâmico ou em sentido forte. Trata-se, em última análise, de uma forma de manifestação do modelo de um Estado Democrático de Direito que

efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que *se justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão *materialmente*, pois a intromissão tem

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2010, p. 137.

⁴³⁷ *Ibid.*, p. 203.

⁴³⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 312.

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 313.

fundamentos, e formalmente, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*⁴⁴⁰. (Grifo do autor).

Em outras palavras, o juiz tem uma responsabilidade política que se traduz num dever de prestar contas de seus atos, o que modernamente se chama de *accountability*. Essa é uma das leituras possíveis do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais de que trata o art. 93, IX, da CF/88, uma obrigatoriedade de justificar a decisão em decorrência de uma responsabilidade política assumida pela magistratura. O projeto de novo CPC, numa adequada compreensão do sentido da Constituição, incorpora essa ideia, ajustando-se ao comando constitucional em vitrina, como se comprova nos artigos 1º, 6º e 11⁴⁴¹. A propósito, diz Streck que

se nos colocarmos de acordo com a tese de que a hermenêutica a ser praticada no Estado Democrático de Direito não pode deslegitimar o texto jurídico-constitucional produzido democraticamente – e tudo isso assentado em um forte controle acerca da compatibilidade até mesmo das reformas feitas à Constituição –, parece evidente que esse Estado (e, portanto, a sociedade) “não é indiferente às razões pelas quais um juiz ou um tribunal toma suas decisões. O direito, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, cobra reflexão acerca dos paradigmas que informam e conformam a própria decisão jurisdicional”. Há, pois, uma forte responsabilidade política dos juízes e tribunais, e tal circunstância foi albergada no texto da Constituição Federal do Brasil, na especificidade do art. 93, IX. O dispositivo determina que o juiz explicita as condições pelas quais compreendeu⁴⁴².

Para Streck, no paradigma do Estado Democrático de Direito, mais que fundamentar as decisões judiciais, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado, tratando-se, pois, do elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico, a partir, acrescente-se, das lições heideggerianas-gadamerianas. Nesse sentido, não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação e não há embargos de declaração que possam, *a posteriori*, restabelecer na decisão judicial aquilo que é sua condição mesma de possibilidade: o fundamento, a explicitação do compreendido⁴⁴³. Cuida-se, na verdade, de bem cumprir o dever de fundamentação da decisão judicial.

⁴⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 314.

⁴⁴¹ “Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado *conforme as normas da Constituição Federal*, observando-se, ainda, as disposições deste Código. Art. 6º. Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e *fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”. (Grifo nosso).

⁴⁴² Streck, Lenio Luiz. *Hermenêutica, constituição e processo ou de “como discricionariedade não combina com democracia”*: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 17.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 17.

Com efeito, diz-se, com Nelson Nery Junior e Georges Abboud, que em pleno Estado Democrático de Direito não há lugar para o Judiciário fundamentar decisões a partir de convicções pessoais, morais ou religiosas, não podendo decidir da forma que bem entender, atribuindo sentidos de acordo com a própria consciência, uma vez que a aplicação da lei não é faculdade conferida ao juiz e nem seu iluminado senso de justiça constitui fundamento legítimo para justificar-lhe as decisões⁴⁴⁴. Acrescentam os autores que os juízes têm o dever de demonstrar os fundamentos jurídicos que o fizeram decidir de uma forma ou de outra, razão pela qual não se podem desgarrar do arcabouço normativo-constitucional que vincula sua atividade para decidir com base em convicções e em seu senso de justiça, dever esse que se estende aos tribunais, principalmente o STF, posto que todos “têm o dever de prestar contas à Sociedade, demonstrando os fundamentos jurídicos da motivação de sua decisão”⁴⁴⁵ e as razões por que “é a melhor para o caso [concreto], a decisão mais consentânea com o texto constitucional, bem como qual a sua principiologia”⁴⁴⁶.

De acrescentar é que esse dever está estabelecido em uma Constituição produzida democraticamente em uma sociedade democrática. Como isso tem um significado fundamental, pode-se dizer, com Streck, que a Constituição estabelece e vincula as condições e os vetores do modo de agir político-estatal, afinal de contas

uma Constituição democrática é, antes de tudo, normativa, de onde se extraem duas conclusões: que a Constituição contém mandatos jurídicos obrigatórios, e que estes mandatos jurídicos não somente são obrigatórios senão que, muito mais do que isso, possuem uma especial força de obrigar, uma vez que a Constituição é a forma suprema de todo o ordenamento jurídico⁴⁴⁷.

Diz Streck que o dever fundamental de justificar as decisões judiciais assume especial relevância no plano da transparência do processo democrático de aplicação das leis, donde as possibilidades de controlá-las democraticamente residem precisamente na necessidade da motivação/justificação do que foi dito⁴⁴⁸.

E é esse dever de fundamentar as decisões não é meramente teleológico – é também e fundamentalmente, um dever de esclarecimento acerca do estado da arte do processo sob apreciação; é uma *accountability* permanente. Trata-se de um direito fundamental do cidadão... Afinal, se o Estado Democrático de Direito representa a

⁴⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 525-546.

⁴⁴⁵ Ibid., p. 533.

⁴⁴⁶ Ibid., p. 534.

⁴⁴⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 227-228.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 342.

conquista da supremacia da produção democrática e do acentuado grau de autonomia do direito, a detalhada fundamentação das decisões proporciona uma espécie de *accountability*⁴⁴⁹.

Surge então a necessidade de se exigir – ou pelo menos começar-se a exigir – a adoção de uma nova postura do juiz no estrito cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, por uma, dentre outras, razão bem simples: não faz ele mais do que uma obrigação (a de prestar contas) assumida no momento em que ingressou na magistratura e jurou defender a Constituição Federal, o que decorre de uma responsabilidade política assumida por todo e qualquer agente estatal e que dela tem de desincumbir-se. Não pode, pois, ser diferente para o juiz, embora a questão seja obscurecida pela falsa ideia (reproduzida por um imaginário preso a um sentimento de fatalidade do qual não se consegue desvencilhar) de que o magistrado, por não ser eleito pelo voto, estaria dispensado do dever de prestar contas, algo totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Do exposto, e na perspectiva do Estado Democrático de Direito, conclui-se que na raiz do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais se encontra o dever de prestação de contas pelo juiz, um agente estatal investido no cargo nos termos da lei que assume o compromisso de exercer a função jurisdicional com a responsabilidade política de prestar contas de seus atos (estatais) perante a sociedade democrática, sendo claro que somente se desincumbirá satisfatoriamente dessa obrigação mediante o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, por meio do que confere legitimidade aos atos praticados.

4.4.2 Do dever de fundamentação no futuro Código de Processo Civil

O projeto do novo CPC foi aprovado na Câmara e aguarda apreciação pelo Senado Federal⁴⁵⁰. Um dos primeiros pontos de destaque, pela sua natureza inédita, encontra-se logo no artigo 1º, que inverte a lógica de interpretação inautêntica do direito que contribuía para a reprodução da baixa compreensão e conseqüente pouca eficácia (constitucionalidade) da Constituição Federal, resultado inexorável do velamento a que foi submetido o Texto Magno.

Com efeito, mesmo depois do advento da CF/1988, grande parte da dogmática jurídica (doutrina e decisões de tribunais, sobretudo), refém do senso comum teórico, insiste em olhar o novo com os olhos do velho, fazendo a leitura da Constituição a partir da legislação infraconstitucional. É o que ocorre, por exemplo, quando se interpretam garantias processuais,

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 342.

⁴⁵⁰ Até a data da finalização da presente pesquisa, o projeto do novo CPC ainda não tinha sido levado a plenário no Senado Federal.

como o contraditório e a ampla defesa, a partir do CPC e não do art. 5º, LV, da CF/88, ou quando se lê o dever de fundamentar as decisões judiciais por regras que, no CPC, disciplinam o recurso dos embargos de declaração, e não a partir da CF/88 (art. 93, IX).

Em boa hora, o CPC projetado repõe as coisas no devido lugar ao estabelecer, no art. 1º, que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme as normas da Constituição Federal”. Mais que isso, no art. 11, em harmonia com o art. 93, IX, da CF/88, prescreve que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

No subitem 4.4 deste capítulo ficou registrado que a obrigatoriedade de fundamentar as decisões judiciais repousa na tradição brasileira e suas raízes se estendem a um período anterior à proclamação da independência, quando ainda vigoravam as Ordenações do Reino. O atual CPC, de 1973, prevê expressamente o dever de fundamentar as decisões judiciais, mas, a exemplo das normas processuais que lhe antecederam, não culmina com o decreto de nulidade a decisão judicial que o descumpra. O projeto do novo CPC, na esteira da diretriz traçada no art. 1º, faz isso de forma expressa, carimbando de nulidade a decisão não fundamentada ou deficientemente fundamentada, num importante indicativo de uma nova postura do legislador infraconstitucional voltada para a tentativa de superação, pelo magistrado, no ato de julgar, do paradigma da metafísica moderna.

A obrigatoriedade de fundamentação é reforçada pela estipulação, não exaustiva, de critérios objetivos que configuram uma decisão judicial desfundamentada e em desconformidade com a Constituição Federal. É claro que o texto legal não esgota a matéria, e nem deveria, porque somente no caso concreto é que se poderá aferir a presença ou a ausência da fundamentação. Mas com esse objetivo de revitalizar e dar mais eficácia ao comando constitucional inscrito no art. 93, IX, lança o projeto do novo CPC focos de luz para algumas direções, sem qualquer pretensão exauriente, indicando situações cujas ocorrências já se tornaram lugar-comum e que, em se concretizando, levariam a decisão judicial a ser considerada como não fundamentada.

Ademais, como uma espécie de blindagem à arbitrariedade movida pela consciência do intérprete assujeitador dos sentidos (do objeto), o referido projeto, em conformidade com os princípios e garantias constitucionais do processo, privilegia o contraditório no sentido forte (substancial e não meramente formal), como o direito de influir na decisão (comparticipada) e como mecanismo de defesa e prevenção contra *decisões-surpresa*. É o que

se extrai, por exemplo, da leitura dos artigos 7º, 9º, 10 e 376⁴⁵¹ do projeto do novo CPC, que se apropriou da teoria do processo jurisdicional constitucional democrático em que processo é sinônimo de procedimento em contraditório dentro do qual as partes têm o direito de participar e influenciar efetivamente na edificação do provimento jurisdicional, pois deve a decisão, no paradigma do Estado Democrático de Direito, dar-se de forma participada, e não como um ato solitário do juiz, formatado segundo a sua consciência.

Em texto mais recente⁴⁵², Lenio Streck reconhece os avanços do novo CPC, fruto de diálogos estabelecidos com alguns juristas envolvidos com o projeto, como Fredie Didier e Dierle Nunes. Destaca como progressos, tal como defendido pela “Escola Mineira” e sua teoria do processo jurisdicional constitucional democrático: a) a adoção do contraditório no sentido forte (que denomina de “dinâmico”); b) a concepção policentrista da relação jurídica processual (sistema processual não mais centrado na figura do juiz, mas distribuído horizontalmente entre os sujeitos do processo); c) a coparticipação no processo que, ao final, resulta em decisão participada; d) a incorporação da exigência (de matriz dworkiniana) da coerência, integridade e estabilidade da jurisprudência, especificamente no criterioso detalhamento dos requisitos da fundamentação (§1º, art. 499).

Streck afirma que o corolário de tudo isso é “a retirada do ‘livre convencimento’⁴⁵³ que, em textos anteriores, era um dos principais alvos das suas críticas ao CPC projetado. De fato, ao constatar que se insistia na adoção do “livre convencimento”, Streck, em *De como a dogmática jurídica traiu a filosofia*, assevera que “o projeto passou longe das mudanças paradigmáticas no campo da filosofia”⁴⁵⁴, deixando claro que, ao falar-se da formação do convencimento do juiz, “está-se a tratar de uma questão filosófica, representada pela discussão acerca das condições de possibilidade que o juiz/intérprete possui para decidir”, cuidando-se mesmo “da questão fulcral no campo da teoria do direito: a teoria da validade e

⁴⁵¹ “Art. 7º. É assegurado às partes paridade de tratamento no curso do processo, competindo ao juiz velar pelo efetivo contraditório. Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida. Art. 10. Em qualquer grau de jurisdição, o órgão jurisdicional não pode decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha oportunizado manifestação das partes, ainda que se trate de matéria apreciável de ofício. Art. 376. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

⁴⁵² STRECK, Lenio Luiz. Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 out. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>. Acesso em: 14 jan. 2014.

⁴⁵³ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. De como a dogmática jurídica traiu a filosofia. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 220.

de como se decide”⁴⁵⁵. Aliás, em artigo anterior, *O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: vitória do positivismo jurídico*, Streck já registrara:

Deixo claro que essa temática – toda ela – deve ser discutida sob os auspícios de uma teoria da decisão, isto porque a simples homenagem ao contraditório (ou a extinção dos embargos de declaração ou ainda a exigência da fundamentação – que, convenhamos, pode facilmente ser contornada a partir da crescente estandarização do direito) *não* são suficientes para proteger o processo contra o velho inimigo já presente tanto no modelo liberal como no modelo “social” do processo: o positivismo e seus efeitos colaterais (em especial, o “livre convencimento”, o “instrumentalismo” *stricto sensu* ou a institucionalização da ponderação, eufemismos do modelo de discricionariedade – lembrando aqui do debate Hart-Dworkin⁴⁵⁶).

Não obstante os avanços observados por Streck no artigo mais recente, que conclui por uma espécie de emancipação do “livre convencimento”, percebe-se que a questão, tão bem criticada nos dois artigos antecedentes, ainda remanesce no projeto do novo CPC. É que, embora o contraditório no sentido forte tenha sido consagrado também para efeitos de formação da prova, à vista do que dispõe a parte final do art. 376⁴⁵⁷, o 378 revitaliza o velho teorema da metafísica, que se convencionou chamar de “livre convencimento”, ao estabelecer que “o juiz apreciará *livremente* a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu *convencimento*”⁴⁵⁸. Assim, continua valendo a indagação, formulada por Streck:

De que adianta, por exemplo, afirmar um novo modo de “gestão da prova” [...] se o sentido a ser definido sobre o ‘produto final’ dessa “gestão probatória” *permanece a cargo de um “inquisidor do segundo grau” que possui “livre convencimento” ou de*

⁴⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. De como a dogmática jurídica traiu a filosofia. In: MACHADO, Felipe; CATONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 220.

⁴⁵⁶ Id. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 72.

⁴⁵⁷ “Art. 376. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e *influir eficazmente na convicção do juiz*” (Grifo nosso).

⁴⁵⁸ Desde que se entenda que o CPC projetado incorpora os fundamentos de um processo jurisdicional constitucional democrático, expressão representativa do Estado Democrático de Direito, no exercício da jurisdição, no interior do qual não se admite falar em “livre convencimento do juiz”, por ser postura carregada de subjetividade e reprodutora do esquema sujeito-objeto, não houve, nessa matéria, grandes mudanças. É que dizer que “o juiz apreciará *livremente* a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu *convencimento*”, conforme a redação do art. 396 do projeto do novo CPC, não difere muito do “livre convencimento motivado” de que trata o art. 131 (“o juiz apreciará *livremente* a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que *lhe formaram o convencimento*”) do CPC em vigor, expressão máxima da subjetividade que atende pelo nome de “livre convencimento do juiz”. (Grifo nosso).

*um juiz-protagonista que tem o poder de adaptar o procedimento para – como estabelece o projeto do CPC – alcançar a decisão justa?*⁴⁵⁹ (Grifo do autor).

Por outro lado, em contraponto aos avanços, o CPC projetado, como já tantas vezes mencionado neste estudo, insiste na permanência do recurso de embargos de declaração (“não conseguimos tirá-lo”⁴⁶⁰, lamenta Streck), o que é um contrassenso, porquanto, segundo Theodoro Junior,

clareza e precisão apresentam-se como requisitos da sentença, no que diz respeito à exigência constitucional de motivação dos julgados. Quem milita no foro conhece bem a dificuldade de recorrer de um decisório carente de fundamentação lógico-jurídica. É como esgrimir com fantasma, pois não se sabe onde encontrar o cerne do julgado, onde se localizar a *ratio* da deliberação, para atacá-la e tentar reverter seu desfecho. Enfim, é o direito de ampla defesa que não se consegue exercitar a contento. Sentença não fundamentada, ou inadequadamente motivada, provoca grave cerceamento do direito de defesa assegurado constitucionalmente⁴⁶¹.

Não há, pois, que se lançar mão de mecanismos de salvação de sentenças desfundamentadas, que simplesmente são nulas, e não serão os embargos de declaração ou qualquer outro tipo de pajelança jurídica que irão “purificá-las”. Com efeito, quando Lenio Streck lamenta que não se tenham expurgado os embargos de declaração do CPC projetado, é porque, desde muito tempo, vem denunciando-os como um dos problemas que assolam o direito processual civil⁴⁶², uma problemática antiga que não mais deveria receber afago, pelo menos não em pleno Estado Democrático de Direito e à luz dos comandos constitucionais do contraditório e do dever fundamental de justificar as decisões judiciais. É que não se ajustam eles à ordem jurídica, dado que decisão omissa, obscura ou contraditória é, desde a origem, nula⁴⁶³, pelo que “os embargos de declaração representam, assim, no plano simbólico⁴⁶⁴, a admissão de que (um)a decisão possa ser até mesmo contraditória”⁴⁶⁵. Na verdade,

⁴⁵⁹ STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 61.

⁴⁶⁰ Id. Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 23 out. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>. Acesso em: 14 jan. 2014.

⁴⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora?, 2008. p. 257-258. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>. Acesso em: 10 jul. 2014.

⁴⁶² STRECK, op. cit., p. 67.

⁴⁶³ Ibid., p. 67.

⁴⁶⁴ Esse foi o efeito (simbólico) produzido, por exemplo, pelas declarações do ministro do STF Dias Toffoli (registrado no subitem 2.3), quando admitiu, a propósito da Ação Penal nº 470, que se eventualmente o STF acatasse a tese de admissibilidade de embargos infringentes contra o acórdão prolatado na referida ação – o que acabou ocorrendo, como destacado na nota de rodapé nº 139 do mesmo subitem – novos embargos de

na prática cotidiana da operacionalidade do direito se sabe muito bem que as decisões que são “salvas” pelos embargos não são apenas obscuras ou contraditórias. São, efetivamente, deficientemente fundamentadas, naquilo que se deve compreender a partir do comando constitucional. Para se admitir os embargos declaratórios, é necessário um detalhado controle acerca do seu manejo. E não parece que o anteprojeto tenha se preocupado com esse detalhe⁴⁶⁶.

Recorde-se que em *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*, Streck e Abboud criticam a aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração, para eles uma espécie de instrumento de quinta categoria que só serve para esquentar decisões mal fundamentadas. Pelo raciocínio, um sistema jurídico não pode sustentar-se enquanto os diplomas processuais continuarem admitindo que um juiz profira decisões omissas, obscuras ou contraditórias, dado que, antes de tudo, semelhante ato viola o mais elementar direito fundamental das partes: o de obter do juiz uma decisão fundamentada⁴⁶⁷.

Para Streck, os embargos de declaração significam, em verdade, “uma virose epistêmica que assola o direito, produto da invencionice dos juristas” que não se consegue entender. É que, sendo a fundamentação de uma decisão judicial, a um só tempo, um dever (do juiz) e um direito (do usuário do sistema jurídico) fundamentais, como é possível que a legislação processual admita que órgãos do Poder Judiciário produzam decisões defeituosas (omissas, contraditórias e obscuras)?⁴⁶⁸. Aliás, o escandaloso número de embargos de declaração, além de confirmar essa irracionalidade, é um indicador – como já mencionado – da prevalência de posturas positivistas e do que está por trás delas, como o paradigma da filosofia da consciência e a discricionariedade judicial⁴⁶⁹, tendo como consequência a fragmentação das decisões judiciais, um dos fenômenos responsáveis pelo caos no qual o sistema jurídico brasileiro mergulhou. Nesse cenário, tais embargos funcionariam como uma espécie de álibi para salvar decisões nulas, pois “se cada um decide como quer e se se permite que a fundamentação possa até mesmo ser obscura ou contraditória, o resultado é a

declaração seriam manejados contra a decisão proferida nos embargos infringentes. Trata-se, noutro modo de dizer, de um diagnóstico precoce de uma farsa, ou de uma crônica anunciada da morte do direito, o que transforma num faz de conta o dever fundamental estabelecido no inc. IX do art. 93 da CF/88.

⁴⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 67.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 67.

⁴⁶⁷ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

⁴⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: RT, 2013. p. 91.

⁴⁶⁹ *Id. Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 411.

multiplicação de demandas, enfim, o caos”, que tem como consequência “um ‘leviatã hermenêutico’”⁴⁷⁰.

Como solução, Streck diz que um bom começo seria obrigar o juiz a não exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras, o que evitaria milhares de processos inúteis⁴⁷¹. Em outras palavras, pugna Streck pela radical aplicação do art. 93, IX, da CF/88, fenômeno que, como já dito, denomina de “fundamentação da fundamentação”⁴⁷².

Contudo, e de modo geral, não há dúvida de que o projeto do novo CPC, se aprovado definitivamente nos termos em que foi votado na Câmara Federal, terá dado passos importantes. Isso ocorre: a) ao determinar que o Processo Civil deverá ser interpretado conforme as normas da Constituição Federal; b) ao incorporar a ideia de um processo jurisdicional constitucional democrático; c) ao consagrar o contraditório no sentido forte (efetivo/dinâmico) e d) ao estabelecer as condições em que uma decisão judicial não se considera fundamentada, fulminando-a com a nulidade, o que reforça, em caráter inédito, o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

É claro que mais se poderia ter avançado nesse reforço se tivesse ocorrido a opção pela extinção dos embargos de declaração, eis que são eles que impedem o *acontecer* dessa obrigatoriedade. No entanto, apostou-se na sua manutenção e até revitalização, uma vez que o projeto incorpora modalidades criadas pela jurisprudência dos tribunais. Na verdade, não é com uma postura refém do mito do aperfeiçoamento das decisões judiciais (sentido comum teórico), mas com uma adequada (e não baixa) compreensão da Constituição Federal que se concretizaria o efetivo reforço do dever fundamental de fundamentar as decisões cujo momento sublime seria alcançado com a expunção dos embargos de declaração da legislação processual infraconstitucional, posto que incompatíveis com a ordem constitucional.

⁴⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 68.

⁴⁷¹ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 12.

⁴⁷² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.111.

5 DA DECISÃO JUDICIAL ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA COMO CONDIÇÃO DE POSSIBILIDADE PARA A EXTINÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OU DO ACONTECER DO CUMPRIMENTO DO DEVER DE FUNDAMENTAR E SEU SIGNIFICADO: MORTE DO HERÓI SERELEPE E SEM NENHUM CARÁTER

Inicialmente, alguns esclarecimentos se fazem necessários, para que se demarque bem o lugar de origem da fala. Recorre-se, então, mais uma vez a Lenio Streck para lembrar que ele diz ser por meio de uma Crítica Hermenêutica do Direito que se trabalha a hermenêutica filosófica, tornando-se possível alcançar aquilo que pode ser denominado de “a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição” ou, se assim se preferir, “a resposta correta”.

Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos. Evidentemente, isso implica um reforço do *locus* privilegiado da situação concreta: a decisão de primeiro grau e a justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema⁴⁷³. (Grifo do autor).

Esclarece Streck que a resposta correta será necessariamente adequada à Constituição e pressupõe dois níveis de racionalidade, tendo na compreensão o primeiro deles, também chamado de *hermenêutico*, e na explicitação do compreendido o segundo, também chamado *apofântico*. É que, explica Streck, embora a hermenêutica não se confunda com a teoria da argumentação, não prescinde de uma argumentação adequada, razão pela qual a tese da resposta correta ou constitucionalmente adequada ao caso concreto pressupõe uma explicitação argumentativa, que seria o vetor de racionalidade de segundo nível, que funciona no plano lógico-apofântico⁴⁷⁴.

Quanto explícito o (já) compreendido, esse processo se dá no nível lógico-argumentativo, e não filosófico. [...]. Isso significa dizer que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado

⁴⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 328.

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 403-404.

Democrático de Direito. Mutatis mutandis, trata-se de justificar a decisão [...]. A justificativa é condição de possibilidade da legitimidade da decisão⁴⁷⁵.

Assim, explicitar o compreendido significa dizer que a compreensão é anterior e se dá em um nível estruturante, o que se denomina como razão hermenêutica, “em que o sentido se dá de forma antecipada, em face dos nossos inelutáveis pré-juízos (autênticos ou inautênticos) acerca dos entes intramundanos”⁴⁷⁶, ou seja, “a explicitação desse compreendido é a forma de entificação minimamente necessária para que, no plano da intersubjetividade – portanto, superado o cognitivo esquema sujeito-objeto – consigamos nos comunicar”⁴⁷⁷.

Para Streck, a hermenêutica possibilita o encontro de uma resposta de acordo com a Constituição e hermeneuticamente adequada para determinado caso, porém que, a toda evidência, deverá estar justificada na Constituição, dado que a fundamentação exigida constitucionalmente importa na obrigação de justificar, tratando-se, pois, de uma *accountability* hermenêutico-processual⁴⁷⁸.

Isso quer dizer que uma decisão somente será legítima se contiver os seguintes ingredientes: um contraditório devidamente equalizado, exigindo a apreciação dos argumentos dos sujeitos processuais à sociedade, e a decisão controlada a partir do dever de fundamentar (*accountability*), aliado à obediência da integridade e da coerência, vale dizer, uma decisão somente será legítima na medida em que consiga se situar numa cadeia de decisões (DNA do direito), vedados – e permito-me a insistência – ativismos, protagonismos e discricionariedades⁴⁷⁹. (Grifo do autor).

Trata-se, segundo Streck, da explicitação das condições pelas quais se compreendeu e onde, mais que fundamentar uma decisão, se faz necessário justificar, no sentido de explicitar, o que foi fundamentado, numa espécie de fundamentação da fundamentação, uma forma de blindagem que impede que o intérprete imponha algum “conteúdo moral atemporal ou a-histórico, porque o caso concreto representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo”⁴⁸⁰. Adverte, assim, Streck que a obrigação de justificar significa a “*fundamentação da fundamentação*”, pelo que a exigência da fundamentação não se resolve no nível apofântico, nem resolve o problema da decisão, porquanto “um vetor de

⁴⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 404.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 477.

⁴⁷⁷ *Id.* Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 166.

⁴⁷⁸ *Id.* *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 317.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 318.

⁴⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 407.

racionalidade de segundo nível – lógico-argumentativo – que não pode se substituir ao vetor de racionalidade de primeiro nível, que é a compreensão”⁴⁸¹.

Não se pode fazer uma leitura rasa do art. 93, IX, da CF. A exigência da fundamentação não se resolve com “capas argumentativas”. Ou seja, o juiz não deve “explicar” aquilo que o “convenceu”. Deve, sim, explicitar os motivos de sua compreensão, oferecendo uma justificação (fundamentação) de sua interpretação, na perspectiva de demonstrar como a interpretação oferecida por ele é a melhor para aquele caso (mais adequada à Constituição ou, em termos dworkinianos, correta), num contexto de unidade, integridade e coerência com relação ao Direito da Comunidade Política⁴⁸².

Assim, na medida em que a hermenêutica é filosófica – logo, não é lógica, pois no contexto da fenomenologia hermenêutica a lógica é uma metodologia, ou seja, uma espécie de disciplina que se constitui *a partir* da filosofia, o filosofar propriamente dito está ligado ao esforço explicativo de algo que ainda não chegou a ser enunciado logicamente – esse nível explicativo ocorre argumentativamente (se se quiser utilizar a expressão tão reclamada pelos críticos da hermenêutica). *Ela não pretende “dispensar” os recursos argumentativos*. Só que ela sabe que toda argumentação se movimenta em um processo que a sustenta. E nós podemos chamar esse processo de hermenêutico, em que já sempre compreendemos para interpretar, e não o contrário. Ou seja, e isso é definitivo, a interpretação é a articulação do sentido projetado pela compreensão⁴⁸³. (Grifo do autor).

Necessário é que se faça, neste ponto, um pequeno recorte, para deixar claro que a tese, aqui defendida, de que a decisão judicial adequadamente fundamentada se constitui em condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração envolve uma abordagem na perspectiva da resposta correta como *fundamentação da fundamentação*, ou seja, como vetor de racionalidade de segundo nível, o que já pressupõe a observância do primeiro nível (compreensão)⁴⁸⁴, como se demonstrará em seguida, mesmo porque não há cisão entre os níveis hermenêutico e apofântico, embora não se confundam.

É conhecido o fato de que, em decorrência do sentido comum teórico – esse modo enraizado e inautêntico de interpretar o direito que impera em terras brasileiras –, não somente a majoritária jurisprudência dos tribunais, mas também boa parte da doutrina acreditam firmemente que os embargos de declaração têm cumprido o papel de aperfeiçoar o julgado em caso de omissão, contradição e obscuridade, só para ficar nas três hipóteses previstas no

⁴⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 318.

⁴⁸² Id. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 399.

⁴⁸³ Id. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 166.

⁴⁸⁴ Como diz Streck, a procura da resposta correta já acontece na sua pré-compreensão e é, ao mesmo tempo, produto e produtor (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 406).

digesto processual comum. Nessa linha, teriam os embargos uma função constitucional de completude, que asseguraria a completa fundamentação da decisão proferida, uma espécie de instrumento garantidor da plena explicitação do compreendido, o segundo nível de racionalidade de uma resposta adequada à Constituição de que fala Streck.

Ocorre que para Cristina Reindolff da Motta⁴⁸⁵, ao insistir na ideia de *purificação* – e subjacente a ela, na preservação do instituto – o pensamento jurídico dogmático não parece ter se dado conta de que qualquer uma das hipóteses previstas no art. 535 do CPC significa ausência ou desacordo de fundamentação, que não pode ser convalidada. E, sendo isso um dever com assento constitucional, que prevê a cominação de nulidade em caso de desprezo, a conclusão a que se chega (aqui, a autora referencia Streck) é a de que a decisão que depende de embargos declaratórios é nula e não produz nenhum efeito e não há nada que possa salvá-la, pois jamais se convalida, haja vista que não pode ser consertada ou emendada.

Como há uma correspondência direta entre dever de fundamentar as decisões judiciais e o direito a essa fundamentação, tendo em vista uma resposta correta ou adequada à Constituição, destaca a autora que tal direito corresponde a um direito fundamental, embora se encontre deslocado do título II, capítulo I, artigo 5º, o que parece ser de fácil compreensão, à razão do que dispõe o § 2º do próprio artigo 5º, que prescreve que os direitos e garantias expressos naquele rol não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal. Nessa ordem de raciocínio, não há dificuldade em se reconhecer o direito à obtenção de uma decisão fundamentada como direito fundamental de primeira dimensão, pela simples razão de que ele é o garantidor do Estado Democrático de Direito, da liberdade, da isonomia e do próprio devido processo legal⁴⁸⁶. Diz ainda Reindoff da Motta que

não obstante a fundamentação ser direito de primeira dimensão, já que em última análise garante a liberdade, é também condição de possibilidade para a implementação dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Não há como se pensar em democracia ou liberdade e imaginar que o judiciário possa manifestar-se decidindo sem explicitar seus motivos, sem demonstrar para a sociedade o porquê de assumir dada posição e julgar de determinado modo. Assim, através da motivação das decisões, garante-se não só a manutenção do Estado Democrático de Direito, mas também a igualdade, a liberdade e a própria democracia para a sociedade como um todo⁴⁸⁷.

Aproximando-se um pouco mais do pensamento de Lenio Streck, Reindolff da Motta, lembra que o direito fundamental à fundamentação (dever de fundamentar) “extirpa a

⁴⁸⁵ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A Motivação das Decisões Cíveis como condição de Possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 72.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 137.

⁴⁸⁷ Ibid., p. 140.

possibilidade da população ficar à mercê de um judiciário sem critérios, uma vez que garante/impõe limite ao julgador, bem como possibilita o controle externo por parte das partes e dos demais cidadãos, em relação às decisões proferidas”⁴⁸⁸. A propósito dessa aproximação com Lenio Streck e sua simbiose Gadameriana-Dworkiniana, a autora afirma que deve haver critérios que conduzam o julgador a decidir de forma correta no caso concreto, os quais não podem depender de uma escolha pessoal do juiz, “mas que sejam basilares como referencia para a tomada de decisão” ou, “caso contrário, seria aceitar a discricionariedade”⁴⁸⁹.

Dessa leitura exsurge, a imagem de um clarão que afasta para longe o breu da noite. Uma coisa é abrir clareiras. Outra é, em face dos caminhos iluminados, decidir pelo certo/correto. Uma coisa é cumprir o dever de fundamentar, acerca do qual, precedentemente, já foi feito um estudo de seu significado. Outra é a busca de uma decisão correta ou adequadamente fundamentada na Constituição e nela própria confirmada. É, pois, um *plus*.

Uma leitura superficial pode levar à conclusão de que não há essa diferença, que efetivamente existe. Uma coisa é o direito fundamental de obter uma *resposta* e isto decorre do *dever de fundamentar*. Outra é o direito fundamental à obtenção de uma resposta adequadamente fundamentada, isto é, a *resposta correta*.

O alerta foi feito por Reindolff da Motta, mas é Lenio Streck quem dá as pistas e ajuda a iluminar o caminho certo dentro da floresta. Para ele, a condição de possibilidade da resposta correta passa pela superação do positivismo jurídico e um de seus principais problemas que é a discricionariedade judicial e suas derivações, a exemplo do solipsismo da razão prática. Nesse sentido, para o enfrentamento da herança positivista, que é dura de morrer, as teorias do direito e da Constituição que tenham como objeto de preocupação a preservação da democracia e a concretização dos direitos fundamentais sociais previstos na Constituição estão na dependência de um conjunto de princípios que a partir de padrões hermenêuticos tenham a finalidade de:

- a) preservar a autonomia do direito; b) estabelecer condições hermenêuticas para a realização de um controle da interpretação constitucional (*ratio final*, a imposição de limites às decisões judiciais – o problema da discricionariedade); c) garantir o respeito à integridade e à coerência do direito; d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais; e) garantir que cada

⁴⁸⁸ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A Motivação das Decisões Cíveis como condição de Possibilidade para resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 143.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, p. 143.

cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada⁴⁹⁰.

Esclarece Streck que vem apresentando essas propostas há longo tempo, desde as primeiras publicações das matrizes teóricas (*Hermenêutica jurídica e(m) crise e Verdade e Consenso*) que servem de base para outras reflexões, numa associação entre as teorias de Gadamer e Dworkin, “com o acréscimo de que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, isto é, uma resposta que deve ser confirmada na Constituição mesma (no sentido hermenêutico do que significa a ‘Constituição mesma’, problemática sobre a qual venho me debruçando de há muito)”⁴⁹¹. Streck adverte que, sob pena de malferir o princípio democrático, a decisão não pode depender exclusivamente da consciência do juiz, do seu livre convencimento ou da busca da verdade real que, segundo ele, não passam de artifícios destinados a camuflar a subjetividade “assujeitadora” do julgador e própria de quem ainda está preso às metafísicas clássicas. Ademais, diz ele que é preciso sublinhar uma diferença entre o que seja *decisão* e *escolha*⁴⁹², aquela não podendo ser confundida com o ato do juiz que, em face de vários possíveis (os caminhos da floresta abertos pela clareira) para a resolução do caso concreto, escolhe o que entende (egoisticamente, ou seja, sem compartilhar) mais adequado, com a agravante de que toda escolha tem um viés de parcialidade e esta, pelos menos, dois significados: discricionariedade e arbitrariedade.

Em razão disso, segundo a lição Streckiana, uma decisão judicial não pode ter como ponto de partida uma escolha, “mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*, que, por sua vez, vem a ser ‘*a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito*’ ”⁴⁹³.

E prossegue:

Portanto, e isso é definitivo, a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Ela se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p.106-107.

⁴⁹¹ Ibid., p. 107.

⁴⁹² Ibid., p. 107.

⁴⁹³ Ibid., p. 108. (Grifo do autor).

⁴⁹⁴ Ibid., p. 108, que traz à lembrança Peter Häberle, que na sua obra mais conhecida no Brasil (*Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997), defende a adoção

Percebe-se, pois, ao longo das referências que o autor, de forma analítica e detalhada, define bem os contornos do problema e diz mais da antítese (da decisão que não se conforma como uma resposta correta que propriamente desta). Não obstante, arremata que a resposta correta não é outra senão aquela que *é adequada à Constituição* e não presa à *consciência do intérprete*⁴⁹⁵.

Assim, todo o esforço de Lenio Streck, uma espécie de *cruzada hermenêutica-democrática*, deve ser compreendido dentro da proposta que ele vem denominando de “uma fundamentação da fundamentação”, na verdade uma radical aplicação do art. 93, IX, da Constituição Federal. Por essa razão é que o autor é incisivo (e até repetitivo, ainda que incansável) na afirmação de que uma decisão mal fundamentada jamais será sanável por embargos de declaração pelo simples fato de que ela *não é*, eis que, desde a origem, padece de uma inconstitucionalidade congênita (*ab ovo*), que a torna nula, ou seja, coisa nenhuma. Para Streck,

[...] é incrível que, em havendo dispositivo constitucional tornando a fundamentação um direito fundamental, ainda convivamos – veja-se o fenômeno da “baixa constitucionalidade” que venho denunciando já duas décadas – com dispositivos infraconstitucionais pelos quais sentenças contraditórias (*sic*) obscuras (*sic*) ou omissas (*sic*) possam ser sanadas por embargos...!⁴⁹⁶

Em verdade, vista a questão numa perspectiva mais abrangente, o que Streck propõe é uma teoria da decisão judicial, que se estrutura, como bem resumiu Clarissa Tassinari⁴⁹⁷, a partir de quatro elementos centrais. O primeiro deles consiste num novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitado pelos aportes das Filosofias, compreendida não como uma filosofia ornamental, mas como *standard* de racionalidade. O segundo, extraído da teoria do direito de Dworkin, vem a ser a responsabilidade política dos juízes como contrapartida ao papel de protagonista que o judiciário assumiu no Estado Democrático de Direito, em decorrência do que passou, inclusive, a decidir questões de direitos sociais, o que deve levar os juízes a sentir-se politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. Tal responsabilidade política se desdobra no terceiro elemento: o dever de

de uma hermenêutica constitucional adequada a uma sociedade aberta onde todo aquele que vive a Constituição é seu legítimo e natural intérprete. Nesse sentido, a interpretação de uma Constituição não seria restrita aos juízes, mas extensível aos cidadãos da comunidade política com a responsabilidade de atuar, no mínimo, como pré-intérpretes da Constituição.

⁴⁹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 111. (Grifo do autor).

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 111.

⁴⁹⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013. p. 142-145.

fundamentação que advém da própria Constituição Federal (artigo 93, IX) e que se revela na diferença entre decisão e escolha. O quarto elemento consiste nas respostas constitucionalmente adequadas. Neste sentido, não basta fundamentar. O cumprimento do dever de fundamentar é o antídoto da discricionariedade, e a afasta. Mas é com a tese da resposta correta que se dá a superação de posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito.

A soma, pois, dos quatro elementos é que “permitem afirmar que o Constitucionalismo Contemporâneo, a partir de uma nova teoria da interpretação, possibilita uma resposta que enfrente o ativismo judicial e o seu intrínseco problema da discricionariedade judicial”⁴⁹⁸, pelo que somente assim a jurisdição teria legitimidade.

Segundo Fernando Vieira Luiz⁴⁹⁹, foram os avanços conquistados pela ontologia fundamental e pela hermenêutica filosófica, combinados com a teoria da integridade do direito de Dworkin, que possibilitaram a formação da teoria da resposta adequada à Constituição, de Lenio Streck. O autor enfatiza a importância dos princípios quando diz que a resposta adequada à Constituição “não exclui o dever do juiz em justificar suas decisões em princípios, os quais, como forma de manter a coerência e integridade do Direito, podem ser utilizados para justificar decisões em casos que estejam no mesmo contexto”⁵⁰⁰. Ainda citando Streck, afirma que os princípios devem estabelecer determinados padrões hermenêuticos para, dentre outros objetivos,

[...] d) estabelecer que a fundamentação das decisões é um dever fundamental dos juízes e tribunais, eis que a fundamentação é fonte da legitimidade e forma de controle (*accountability*), possibilitando que o juiz explique as condições pela qual compreendeu; e) garantir que cada cidadão tenha sua causa julgada a partir da Constituição, e que haja condições para aferir se essa resposta está ou não constitucionalmente adequada, buscando a substituição de qualquer solipsismo pelas condições histórico-concretas (do caso)⁵⁰¹.

À vista, pois, de todos os aportes teóricos invocados uma conclusão exsurge: a decisão judicial adequadamente fundamentada é condição de possibilidade sim para a extinção dos embargos de declaração, eis que, como assevera Lenio Streck, afigura-se “inconstitucional a previsão dos embargos declaratórios *stricto sensu* e os embargos declaratórios com efeito modificativo (*sic*), por afronta ao art. 93, IX, e art. 5º, LV, da CF. Sua expunção do

⁴⁹⁸ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

⁴⁹⁹ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial*. Dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 178.

⁵⁰⁰ *Ibid.*, p. 178.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 179.

anteprojeto do Código de Processo Civil faria com que as decisões judiciais sejam como dever ser: sem omissões, sem obscuridades e sem contradições. Simples, pois”⁵⁰².

Esclareça-se ainda que por decisão correta ou adequadamente fundamentada deve ser entendida aquela cujo estrito cumprimento do dever de fundamentar é observado com rigor e que se justifica (e dever ser confirmada) na própria Constituição. Ademais, não se pode perder de vista os significantes que envolvem a questão do dever de fundamentação das decisões judiciais. Com efeito, já se disse aqui que

- a) o exercício do dever fundamentar legitima as decisões judiciais no interior do Estado Democrático de Direito;
- b) a observância do dever de fundamentação possibilita o controle social das decisões judiciais pela sociedade democrática, sendo o meio próprio de o juiz, como agente estatal, prestar contas de seus atos à sociedade organizada;
- c) o cumprimento da obrigação de fundamentar é via de acesso à garantia e obtenção de uma resposta correta, um direito fundamental do cidadão, sem dizer – e essa é a contribuição especial do presente estudo – que
- d) o estrito cumprimento do dever de fundamentar é condição de possibilidade para a dispensabilidade e consequente extinção dos embargos de declaração.

Mas não é só. Lembra Streck que o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais representa o rompimento com um modo de interpretar clássico e vinculado a posturas positivistas ainda de inspiração exegetica⁵⁰³.

O estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões proporciona, também, a superação de quaisquer resquícios próprios dos paradigmas jurídicos do passado, como a prática da subsunção ou do silogismo-dedutivista. A necessidade de fundamentação impede que as decisões se resumam à citação de enunciados assertóricos, anti-hermenêuticos na origem, por obnubilarem a singularidade dos casos. Esse princípio – que é um dever fundamental – vem a ser complementado por outro igualmente fundamental: o direito de obter uma resposta constitucionalmente adequada à Constituição, isto é, o direito de obter uma resposta baseada em pretensões juridicamente tuteladas. Isso quer dizer que fica afastada a possibilidade de se dizer que o juiz primeiro interpreta para só depois fundamentar (ou “motivar”)⁵⁰⁴.

A Teoria da Decisão Judicial construída por Streck se estrutura, como visto no subitem 3.4, a partir de um conjunto mínimo de cinco princípios, dentre os quais se inclui o dever

⁵⁰² STRECK, Lenio Luiz. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.) *Reforma do Processo Civil: perspectivas Constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 68.

⁵⁰³ Em matéria de superação, adite-se que o cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais significa o rompimento com os paradigmas da metafísica clássica e moderna, que não deixam de ser substratos para as posturas positivistas subsuntivas ou silogístico-dedutivas.

⁵⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 342.

fundamental de justificar as decisões judiciais⁵⁰⁵. É que, na perspectiva do Estado Democrático de Direito e do direito produzido democraticamente, a sociedade não pode ficar indiferente ao modo como juízes e tribunais proferem as decisões, havendo uma responsabilidade política – como demonstrado no subitem 4.4.1 – que encontra ressonância na Constituição Federal (art. 93, IX) e por força da qual os julgadores respondem por qualquer decisão proferida, obrigando-se a explicitar as condições pelas quais compreendeu o compreendido. Streck, em relação ao dever de fundamentar (no sentido de justificar), que não se confunde com um simples “motivar”, destaca que

a) no Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado, o que torna inexplicável e absolutamente injustificável a proliferação dos embargos declaratórios nos tribunais da República (e, não raras vezes, em face da negativa dos tribunais de explicitarem o que decidido, isso obriga à interposição de recurso especial contra a negativa de vigência do dispositivo legal que confere o “direito de embargar” decisões não plenamente fundamentadas. b) Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo de declaração que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido⁵⁰⁶.

Assim, para Streck, não pode haver decisão judicial não fundamentada e não justificada em um todo coerente dos princípios que repercutam a história institucional do direito (interpretação em conformidade com a Constituição, integridade e coerência do direito; responsabilidade política de prestar contas, dever de fundamentar, direito fundamental do cidadão a uma resposta nos termos da Constituição, observância das garantias do contraditório e da ampla defesa), porquanto, no paradigma do Estado Democrático de Direito, somente com o cumprimento do dever de fundamentar e o oferecimento de uma resposta adequada constitucionalmente é que se poderá superar a discricionariedade e o subjetivismo que provocam arbitrariedades próprias de um intérprete ainda mergulhado no modelo da filosofia da consciência. De fato, as disposições estabelecidas no atual CPC e as previstas no CPC projetado que tratam dos Embargos de Declaração são textos jurídicos que se ligam diretamente a uma norma que, por sua vez, será produto de uma atribuição de sentido, dado que interpretar é ato de atribuir sentido a uma norma e não extrair. Essas regras, por sua vez, somente serão válidas se manifestarem conformidade com a Constituição Federal, cujo cotejo há que ser feito diretamente com o art. 93, IX, numa aferição que pressupõe uma

⁵⁰⁵ Os outros quatro princípios, mencionados no capítulo 2, são: preservação da autonomia do direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional, efetivo respeito à integridade e à coerência do direito e direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

⁵⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 339.

compreensão anterior do sentido dessa Constituição, pois, como assevera Streck, “não se interpreta, sob hipótese nenhuma, um texto jurídico (um dispositivo, uma lei etc) desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete tem da Constituição”⁵⁰⁷.

É que, fazendo parte “*do modo-de-ser-no-mundo do intérprete*”, este, quando interpreta esse texto (artigos 535/538 do atual CPC, por exemplo), já carrega o sentido da Constituição (decisão não fundamentada é decisão nula) e disso resulta a compreensão de que aquelas disposições legais são com ela incompatíveis e, portanto, inconstitucionais. A ideia, repetindo o já foi dito no capítulo primeiro, é a de que já está mais que na hora de se decretar a extinção dos embargos de declaração em razão, dentre outras tantas, do seguinte:

- a) necessidade de exigir do juiz rigor no cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões em atenção ao que dispõe o art. 93, IX, da Lei Fundamental;
- b) necessidade de reconhecer que, correlato ao dever fundamental de fundamentar as decisões, existe o correspondente direito fundamental a uma decisão judicial ajustada à Constituição Federal;
- c) necessidade de estabelecer que à luz do que dispõe o art. 93, IX, da CF, o referido instituto é dispensável, pois nem sequer foi recebido pela Constituição;
- d) necessidade de reconhecer que os embargos de declaração, à vista da praxe forense, não contribuem para o “aperfeiçoamento” das decisões judiciais, porque, para tanto, o órgão julgador deve tão somente cumprir a ordem de valor contida na Constituição, sendo, ao reverso, uma espécie de desserviço ao direito, por serem disfuncionais e se revestirem de um caráter mancunaímico que agrava os sintomas de baixa constitucionalidade que requerem combate.

Dizendo de outro modo, o *acontecer* do cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais carrega em si mesmo um significado ôntico e uma consequência direta: a morte dos embargos de declaração, o herói serelepe e sem nenhum caráter. A par disso, é possível dizer que o estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais pressupõe, numa perspectiva filosófica, a superação dos paradigmas da metafísica clássica, sobretudo da metafísica moderna, eis que a completa satisfação do dever de fundamentar imporá limites à subjetividade do intérprete – posturas solipsistas ou atos discricionários e paradigma da intersubjetividade se inviabilizam – e possibilitará, em respeito a integridade do direito, o oferecimento da resposta correta e adequada à Constituição, como se abordará em seguida.

⁵⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 229.

5.1 Da única resposta correta e da integridade Dworkiniana do direito para a resposta correta em Streck e de como elas se cruzam com o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais: uma blindagem antissolipsista via hermenêutica filosófica gadameriana.

Na introdução de *Levando os direitos a sério*, Dworkin pugna por uma teoria da decisão judicial “que estabeleça os padrões que os juízes devem utilizar para decidir os casos jurídicos difíceis, e uma teoria da jurisdição, que explique por que e quando os juízes – e não outros grupos ou instituições – devem tomar as decisões exigidas pela teoria da controvérsia”⁵⁰⁸. Segue-se disso que uma decisão judicial será compatível com os princípios democráticos quando fundada em argumentos de princípios e não em argumentos de política ou de motivação pessoal, casos esses caracterizadores de déficit de democracia. Nesse sentido, decisão judicial com justeza se baseia e se limita a argumentos de princípios, mesmo porque os juízes, como quaisquer outros agentes políticos, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política⁵⁰⁹.

Entendimentos desse teor estão na base dos fundamentos de Dworkin, concebidos como uma espécie de libelo contra a discricionariedade judicial, dos quais deriva a tese da única resposta correta⁵¹⁰ em direito. Para Cattoni de Oliveira, em Dworkin,

a tese da única resposta correta pressupõe, indissociavelmente, uma reconstrução acerca do que é Direito moderno de uma sociedade democrática compreendida como *comunidade de princípio*: o Direito não se reduz a um conjunto de regras convencionalmente estabelecidas no passado, nem se dissolve em diretrizes políticas a serem legitimadas em razão de sua eficácia ótima. E também como interpretar o Direito: para além do dilema entre descobrir ou inventar uma decisão, a tese segundo a qual o raciocínio constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídica, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram⁵¹¹. (Grifo do autor).

⁵⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. IX.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 127 e segs.

⁵¹⁰ A tese da única resposta correta de Dworkin é desenvolvida inicialmente em *Levando os direitos a sério* e seus argumentos pressupõem “que frequentemente há uma única resposta certa para questões complexas de direito e moralidade política. A objeção replica que às vezes não há uma única resposta certa, mas somente respostas”. Esclarece, contudo, que não afirma, antes nega, que o processo de decisão “levará sempre à mesma decisão nas mãos de diferentes juízes”, mas que, mesmo em casos difíceis, “é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 429-430).

⁵¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo. (Org.). *Direito e Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 22.

De fato, para o jusfilósofo estadunidense, a aposta do positivismo jurídico na discricionariedade judicial é equivocada mesmo em situações em que não exista regra a regular determinado conflito de interesses, pois, ainda assim, uma das partes pode ter o direito de ser vencedora na causa, porquanto “o juiz continua tendo o dever, mesmos nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. É que, “quando os juízes criam leis, a expectativa habitual é a de que eles ajam não apenas como delegados do poder legislativo, mas como poder legislativo segundo” e “os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, sendo enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas”⁵¹². Em síntese, juízes devem julgar a partir de argumentos de princípios e não de política, hipótese em que tomariam o lugar do legislador sem a devida autorização, numa quebra do princípio democrático.

Em Dworkin, é importante o modo como os juízes decidem um caso. O direito é o direito, um conceito interpretativo e não o que pensam os juízes, que se devem guiar pelo direito como integridade. E o direito como integridade, diz Dworkin, nega decisões voltadas para o passado, porque baseadas em convenções factuais, ou dirigidas para o futuro, porque vinculadas a programas instrumentais do pragmatismo jurídico. Para ele, “as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro”⁵¹³.

O direito como integridade não aceita múltiplas respostas nos casos difíceis, o que, em última análise, é o que ocorre se, em tais situações, o juiz agir discricionariamente. Para Dworkin,

o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo adjetivo, e pede-lhe que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios⁵¹⁴.

A ideia dworkiana de direito como integridade se reforça quando o jusfilósofo norte-americano concebe a metáfora da construção da decisão judicial como um *romance em cadeia* ou um *romance em série*, uma narrativa com vários autores, cada um com o encargo de escrever um capítulo, com a peculiaridade de, à exceção do que inicia, interpretar os que

⁵¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 127-129.

⁵¹³ Id. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 271.

⁵¹⁴ Ibid., p. 291.

recebeu antes de produzir um novo capítulo, acrescentado ao recebido pelo seguinte, e assim por diante⁵¹⁵. Nesse exercício literário, cada escritor não somente cria um capítulo, mas também interpreta o que já foi escrito, precisando “ler tudo o que já foi escrito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então”. Todos devem compenetrar-se da responsabilidade de, embora a muitas mãos, escrever “um romance único, integrado, em vez de, por exemplo, uma série de contos independentes com personagens do mesmo nome”⁵¹⁶. Sustenta Dworkin que a atividade judicial de decidir casos controversos, preservando a integridade do direito, guarda semelhança com a complexa tarefa de escrever um romance em cadeia⁵¹⁷, sobretudo quando a lei não oferece respostas para o caso e a discussão é saber quais regras e princípios regem decisões proferidas no passado acerca da matéria. Nesse sentido,

cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou sua opinião sobre o romance coletivo escrito até então. [...] Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção⁵¹⁸.

O direito, como diz Dworkin, é um conceito interpretativo, o que permite vislumbrar uma aproximação com Gadamer, pois, em certa altura de *O império do Direito*, afirma que “uma interpretação tem por finalidade mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível”, sublinhando que quando se interpreta o direito deve-se levar em conta não somente as decisões tomadas por autoridades anteriores, mas também quais as autoridades que decidiram e em que circunstâncias, isto é, o modo como foram tomadas⁵¹⁹. É que

⁵¹⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 276.

⁵¹⁶ Id. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236-237.

⁵¹⁷ Em certa medida e em mais uma evidência de como a literatura auxilia o direito, pode-se dizer que, pelo menos em termo de procedimento, a ideia da decisão judicial que guarda semelhança com o exercício de escrever um romance em cadeia se aproxima também do sentido da decisão judicial compartilhada, desenvolvida no interior da teoria do processo jurisdicional constitucional democrático, de que já se tratou, ou seja, da decisão produzida mediante contraditório em sentido forte como resultante da *coparticipação* de todos os sujeitos envolvidos (como se fossem as muitas mãos dos escritores do romance (único) em cadeia), que se encontram numa relação de paridade simétrica, pelo que nenhuma das partes ocupa uma posição de centralidade, nem mesmo o juiz, que no máximo, por força de sua função institucional, deve exercer o controle administrativo do processo.

⁵¹⁸ DWORKIN, op. cit., p. 238.

⁵¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 292.

os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repertório complexos⁵²⁰.

Nessas afirmações, há um ponto de encontro com o resgate da autoridade da tradição de que fala Gadamer⁵²¹ e que, na primeira parte delas (“a interpretação em sua melhor luz possível”), aparece como um dos fundamentos da hermenêutica (filosófica): o de que não existem verdades definitivas, pois são frutos de uma interpretação. Assim, pistas, para não dizer evidências, da aproximação entre Dworkin e Gadamer, e tendo em vista que a hermenêutica filosófica de Gadamer representa a superação do paradigma da subjetividade, são oferecidas por Streck quando diz que “em Dworkin a integridade e a coerência são o modo de ‘amarrar’ o intérprete, evitando discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”⁵²² e que “o direito como integridade coloca limites à subjetividade do juiz”. Da mesma forma que a linguagem não pode mais ser considerada uma terceira coisa que se coloca entre o sujeito e objeto, este não se encontra à disposição de um juiz pois ele próprio já faz parte do objeto a ser discutido⁵²³.

Por sua vez, Fernando Vieira Luiz diz que “a teoria do Direito como integridade tem o objetivo de afastar a discricionariedade judicial do campo jurídico, surgindo a tradição jurídica como forma de constranger o subjetivismo” e identifica nisso o principal ponto de contato entre a *integridade no direito* de Dworkin e a hermenêutica filosófica de Gadamer, eis que “ambas são antirrelativistas e antidiscionárias, não admitindo que a interpretação seja orientada pela convicção pessoal do intérprete”⁵²⁴. De igual modo, Motta, um dos autores que, segundo Streck, melhor trabalha os pontos de contato entre Dworkin e Gadamer, afirma ser a autoridade da tradição em Gadamer e o Direito como integridade em Dworkin os responsáveis por colocar o protagonismo em seu devido lugar. Para ele, não é a metáfora do juiz como “Hércules”, nem a tese da “única resposta correta”, menos ainda a recente “leitura moral” da Constituição que representam a ideia central da teoria substantiva de Ronald Dworkin, “antes é a ideia de integridade do Direito, ou do Direito compreendido ‘como’ integridade, o ponto que enlaça e confere maior densidade a essas noções todas”. Essa compreensão é a que

⁵²⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 305.

⁵²¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, v. I, 2. ed., 2013. p. 368-378.

⁵²² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 489.

⁵²³ *Ibid.*, p. 318.

⁵²⁴ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 177.

melhor atende ao propósito democrático de ruptura com o protagonismo judicial a partir do paradigma hermenêutico⁵²⁵.

Não é, contudo, objetivo do presente estudo aprofundar os pontos de aproximação entre Dworkin e Gadamer, o que pode visto em Motta, mas somente demonstrá-los, uma vez que da conjunção das duas teorias Streck⁵²⁶ desenvolve não a tese da única resposta correta, mas a de uma resposta, nem a única nem a melhor, mas *a* correta em determinado caso concreto, no sentido de adequada/justificada na Constituição Federal. É relevante destacar que esse ponto assume importância neste estudo, eis que *a* resposta correta de Streck depende, como ele próprio afirma, de outra condição de possibilidade: o cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, tema central da pesquisa e ponto de intersecção entre Dworkin e Streck, sob a luz da hermenêutica filosófica de Gadamer.

Fernando Vieira Luiz lembra que o que possibilitou a construção da teoria da resposta correta adequada à Constituição de Streck foram “os avanços conquistados pela ontologia fundamental e pela hermenêutica filosófica, combinados com a teoria integrativa de Dworkin”⁵²⁷. De fato, Streck, falando em linguagem *gadameriana* e com apoio em Dworkin⁵²⁸, diz que “para uma compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta decorre da reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito”, tratando-se de “uma decisão sustentada em argumentos de princípios e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas)”, sendo “por isso que a hermenêutica salta do esquema sujeito-objeto para a intersubjetividade (sujeito-sujeito)”⁵²⁹.

Penso que, a partir da hermenêutica filosófica – que tenho trabalhado como uma *crítica hermenêutica do direito* –, é possível alcançar aquilo que pode ser denominado “a resposta hermeneuticamente adequada à Constituição”, que se assim se quiser, também pode ser chamada de “resposta correta”. Como procuro demonstrar, a interpretação do direito no Estado Democrático de Direito é incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades ou decisionismos. Evidentemente, isso implica um reforço do *locus privilegiado* da situação concreta: a decisão, de primeiro grau e a

⁵²⁵ MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o Direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 86.

⁵²⁶ Lembre-se, aliás, que Streck diz haver evidentes pontos de contato entre a concepção dworkiana de integridade e a reabilitação da autoridade da tradição de Gadamer, com destaque para o antidiscricionarismo, como pode confirmar-se em *Verdade e consenso*, cap. 11, p. 327-416.

⁵²⁷ LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 178.

⁵²⁸ A resposta correta proposta por Lenio Streck é produto de uma simbiose resultante da teoria integrativa de Dworkin e da fenomenologia hermenêutica, que abarca a hermenêutica filosófica de Gadamer (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 450).

⁵²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

justificação/fundamentação exaustiva que deve explicitar a resposta dada ao problema⁵³⁰.

Para obter-se a resposta correta, no sentido de adequada à Constituição, um relevante papel será exercido pela garantia do dever de fundamentar as decisões judiciais, o que significa exigir do juiz o cumprimento dessa obrigação que, como já assinalado, decorre da responsabilidade política por ele assumida. Nesse sentido, quando Streck fala da necessidade de se combater o fenômeno da “baixa compreensão” da Constituição para preservar-lhe a força normativa, propõe a construção de uma teoria da decisão judicial estruturada por cinco princípios⁵³¹. O objetivo é estabelecer padrões hermenêuticos de interpretação judicial, dentre os quais se encontra um que visa garantir o respeito à integridade e à coerência do direito, cuja funcionalidade, adverte o autor, está na dependência direta (trata-se de uma condição de possibilidade) da observância de outro princípio, que igualmente busca fincar padrões hermenêuticos: a necessidade de fundamentação das decisões de que trata o artigo 93, IX, da Constituição Federal, alçado à condição de “dever fundamental do juiz e a direito fundamental do cidadão”⁵³².

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitadas a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O argumento para a obtenção de uma resposta adequada à Constituição (resposta correta) deve ser de *princípios*, e não de *política*. Dito de outro modo, não se pode “criar um grau zero de sentido” a partir de argumentação de política (*policy*), que justificariam atitudes/decisões meramente baseadas em estratégias econômicas, sociais ou morais⁵³³. [...] O direito fundamental a uma resposta correta (constitucionalmente adequada à Constituição) não implica a elaboração sistêmica de respostas definitivas. Como já referido à sociedade, a hermenêutica filosófica não admite respostas definitivas, pois isso provocaria um congelamento de sentidos. Respostas definitivas pressupõem o sequestro da temporalidade. E a hermenêutica é fundamentalmente dependente da temporalidade. O tempo é o nome do ser. Ou seja, a pretensão de respostas definitivas (ou verdades apodícticas) sequer teria condições de ser garantida⁵³⁴. (Grifo do autor).

Eis como e por que a exigência do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais se cruza com as teses da integridade do direito de Dworkin e da resposta

⁵³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 328

⁵³¹ Como já visto, esses princípios são: autonomia do direito, controle hermenêutico da interpretação constitucional, efetivo respeito à integridade e à coerência do direito, dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

⁵³² STRECK, op. cit., p. 587.

⁵³³ Ibid., p. 591.

⁵³⁴ Ibid., p. 620.

correta no sentido de adequada à Constituição de Streck: representa a síntese das formas de blindagem contra qualquer subjetividade do intérprete, uma ambição, aliás, de ambas as teses.

A conclusão que se pode extrair disso, à luz da realidade, é que os embargos de declaração, sobretudo pela absurda quantidade de seu uso diário na prática forense, são um sinal evidente de que algo está errado na (re)construção da história institucional do direito de que resulta a decisão judicial. Trata-se, portanto, de uma forte evidência de que as decisões judiciais no Brasil ainda se vinculam ao paradigma da filosofia da consciência – não há o compromisso jurado em conjunto pelos juízes de se construir decisões judiciais como se escrevessem em cadeia um único romance, nem controle da discricionariedade judicial. Fosse diferente, se acaso o dever de fundamentar, como forma de blindagem contra posturas subjetivistas, tivesse um rigoroso cumprimento, a integridade do direito restaria preservada e a resposta correta nos termos da Constituição Federal seria mais que possibilidade, seria *acontecimento*, o que, ao fim e ao cabo, resultaria na absoluta dispensabilidade dos embargos de declaração.

É que uma decisão completamente fundamentada, tal como as grandes obras literárias que não desafiam reparos, não são embargadas. Lenio Streck diz, então, não ter dúvida de que a literatura pode ensinar muito ao direito, que se resente de grandes narrativas⁵³⁵. Aliás, é possível que algum leitor – mais especificamente um crítico literário, cuja leitura é mais sofisticada – tenha a ideia de, não satisfeito com uma direção adotada por uma obra literária (*Macunaíma*, de Mário Andrade, por exemplo, ou *Medida por Medida*, de Shakespeare, ou *Poema de sete faces*, de Drummond), possa embargá-las ou contestá-las ao argumento de que não são claras ou apresentam contradições ou omissões? A ninguém, nem mesmo a um crítico literário de boa cepa, como Wilson Martins ou Antonio Cândido, ocorreria insurgir-se contra *Grande Sertão Veredas*, de João Guimarães Rosa, por ser ela uma narrativa obscura ou contraditória que, com base nisso, deve ser aperfeiçoada. Pode haver discordâncias e críticas de que uma obra tem qualidade duvidosa e até não merece ser lida, mas nunca haverá a ideia de aperfeiçoá-la. Nem mesmo *O Processo*, de F. Kafka, obra reconhecidamente inacabada se examinada na perspectiva da linearidade (início, meio e fim), pode ser objeto de embargos, digamos, culturais ou literários. E se, de fato, vier a constatar-se que certa obra é mesmo ruim, ela não sobreviverá, terá vida curta e não será eterna, como *A divina comédia*, de Dante.

⁵³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Faltam grandes narrativas *no* e *ao* Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (Org.). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227.

Nesse sentido, deveria o direito aprender com a literatura. Mais precisamente, as decisões judiciais deveriam extrair lições dos grandes romances, pois uma decisão judicial devidamente fundamentada é uma obra perfeita e acabada que não deixa espaço para embargos de declaração porque ou ela é ou ela não é. Se não for, deverá ser decretada nula e ter vida curta, como os romances ruins, mas nunca aperfeiçoada.

É óbvio que não se está a dizer que as decisões judiciais devam ser exatamente como os grandes romances. Trata-se de uma metáfora, que assinala que deveriam ser hígdas como essas grandes obras o são, sendo um grande passo nesse sentido tomar como ponto de partida que se exija dos juízes o rigoroso cumprimento do dever de fundamentar. Nesse particular, Carlos Ayres de Brito, ministro aposentado do STF, quando do exercício da presidência da Corte, costumava dizer que os juízes deveriam aprender com os grandes romancistas, com as narrativas literárias, não havendo dúvida, segundo Streck, de que a literatura pode ensinar muito ao direito, a que faltam grandes narrativas e humanização⁵³⁶.

5.2 De como a decretação de nulidade das decisões judiciais desfundamentadas significa compreender o sentido da Constituição sem sucumbir nas armadilhas do mito da completude dos embargos de declaração

Uma discussão recorrente na doutrina é a de saber se, diante de uma decisão desfundamentada (omissa) ou deficientemente fundamentada (contraditória, obscura ou com evidente erro material, tipo incorporado pelo projeto do novo CPC), a solução para o caso seria o pedido de declaração de nulidade pela interposição imediata do instrumento adequado (apelação, recurso ordinário, recurso de revista, recurso especial, recurso extraordinário, simples petição etc) e a consequente prolatação de outra decisão, com rigorosa observância do art. 93, IX, da Constituição Federal, ou o manejo do rito de passagem (interposição de embargos declaratórios)? A questão chega a provocar mal-estar, sobretudo nos sítios da doutrina. Com efeito, Adroaldo Fabrício, que integrou o grupo de juristas responsáveis pela elaboração da minuta do projeto do novo CPC, defende que

em se tratando de sentença nula, porque citra petita ou por carente de motivação, lícito será o autor servir-se desde logo da apelação para buscar a pronúncia da nulidade. De outro modo, o emprego dos embargos de declaração tornar-se-ia obrigatório praticamente em todos os casos, dado que a segurança e a cautela, face a situações limítrofes e vacilações pretorianas, obrigariam a parte à sua interposição, a

⁵³⁶ STRECK, Lenio Luiz. Faltam grandes narrativas *no* e *ao* Direito. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (Org.). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227.

fim de afastar o risco de não-recebimento da apelação (ou do agravo, no caso de decisão interlocutória)⁵³⁷.

Há quem defenda a ideia de que a prescindibilidade dos embargos de declaração só encontraria explicação para o caso de omissão do julgado, hipótese em que a decisão, em atenção ao comando constitucional, deveria ser decretada nula, mas não se sustentaria em relação aos demais defeitos (contradição e obscuridade). Essa seria a inconsistência da linha de pensamento que defende a desnecessidade dos embargos, com a agravante de que decretar a nulidade das decisões omissas, obscuras e contraditórias poderia causar um tumulto maior, um verdadeiro caos processual, no sentido de se saber o que fazer com tantas decisões nulas, como se numa encruzilhada se mergulhasse.

Trata-se, contudo, de uma resistência decorrente da baixa compreensão do dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais, cujo descumprimento acarreta a nulidade da decisão, nos termos do multirreferido inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal. Se esse é o destino de todas as decisões proferidas com violação de qualquer das garantias processuais constitucionais (imparcialidade, competência do juízo, publicidade, ampla defesa, contraditório etc), por que haverá de ser diferente na ocorrência da violação da garantia/dever de fundamentação?

Dierle Nunes diz, por exemplo, que o contraditório é uma garantia de *não surpresa* que impõe ao juiz a obrigação de abrir o debate acerca de todas as questões suscitadas em juízo, mesmo as que pode conhecer de ofício, impedindo que o provimento jurisdicional resulte de um ato solitário e onipotente embasado em fatos estranhos às teses das partes. Nesse caso, “ocorre que a decisão de surpresa deve ser declarada nula, por desatender ao princípio do contraditório”⁵³⁸. Por que razão, então, deve ter tratamento diverso o descumprimento do dever de fundamentar? Trata-se de desencobrir o sentido do *ser* do dever de fundamentar as decisões judiciais mediante a adequada compreensão e aplicação do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Da reflexão sobre o tema e em contraponto à ideia contrária à expunção dos embargos, chega-se a algumas conclusões, transformadas em propostas, que consideram, inicialmente, as três hipóteses clássicas de manejo do indigitado recurso: omissão, contradição e obscuridade. Para a primeira hipótese (omissão), a solução seria a aplicação direta do art. 93, IX, da CF/88,

⁵³⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*, p. 6. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28.09.2013.

⁵³⁸ NUNES, Dierle. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 08 out. 2013. Disponível em: www.conjur.com.br/2013-out/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio? Acesso em: 10 out. 2013.

e do art. 11 do projeto do novo CPC, que punem a ausência de fundamentação com a pena de nulidade. De que forma? Por se tratar de nulidade de natureza absoluta, de ofício, ouvindo-se antes as partes; por meio de simples petição da parte interessada, sem prerrogativa de interrupção do prazo para manejo do recurso principal, dirigida ao órgão prolator da decisão, abrindo-se vista, de igual modo, à parte adversa; ou mediante alegação de nulidade, em sede de preliminar, no recurso principal interposto ao órgão jurisdicional competente para conhecê-lo.

Para a segunda hipótese (obscuridade), idêntica é a solução. É que há de se admitir que decisão obscura (não inteligível, com certo grau de incerteza ou ambiguidade) é, a rigor e, no mínimo, deficientemente fundamentada, o que equivale à ausência de fundamentação, que não resultou completa. Nesse caso, tal qual na omissão, resolve-se o problema com a decretação de nulidade, dispensando-se, também, os embargos de declaração.

A terceira hipótese (contradição) reclama maiores reflexões. Quando ocorre uma contradição no julgado? Quando uma decisão é contraditória? De regra, uma decisão é contraditória quando, na sua estrutura interna, existam enunciados contrapostos, incompatíveis entre si. Ou seja, julgado contraditório é o que se ressent de coerência interna. Exemplo básico é o de uma decisão que rejeita o pedido do autor, mas, mesmo assim, numa verdadeira inversão do ônus de sucumbência, retirada não se sabe de onde, condena o réu nas custas processuais e em honorários advocatícios. Não significa dizer, no caso, que a decisão é omissa, eis que enfrentou todas as questões debatidas pelas partes, nem que é obscura, eis que inteligível e sem nenhuma dúvida. Uma decisão assim não é deficientemente fundamentada (caso da obscura), porém o problema é outro: trata-se de decisão *mal* fundamentada, que é um *plus* em relação à deficiência. Nessas situações, a decisão pode até cumprir os requisitos formais exigidos no inciso IX do art. 93 da Constituição Federal e no art. 11 do projeto do novo CPC, mas padece de vício (contradição) incontornável. O que fazer?

Ora, de regra, a contradição é percebida de plano. Não se pode dizer, contudo, que há ausência de fundamentação, posto que explicitou o compreendido, apreciando todas as questões suscitadas pelas partes e externando as razões pelas quais se decidiu, conforme o caso, pela rejeição ou acolhimento do pedido do autor. Mas há nela uma contradição. E se ela é fundamentada, embora *mal*, também não é obscura, porquanto, a rigor, uma sentença obscura não é fundamentada. Nesse caso, resolve-se o problema com o reconhecimento ou a declaração da contradição de ofício ou mediante provocação da parte interessada, sempre assegurado o contraditório, por meio de simples petição autônoma ao órgão prolator da decisão, sem prerrogativa de interrupção do prazo do recurso principal e no mesmo prazo a

ele consignado, sem prejuízo de sua imediata interposição. Outra opção é fazer esse requerimento na própria petição do recurso principal, como preliminar. Ou seja, nessa hipótese, a solução parte do pressuposto de que uma decisão contraditória é, em sentido formal, *mal* fundamentada e não *deficientemente* (no sentido de que se resente de alguma coisa, de que lhe falta algo) fundamentada (obscura ou omissa).

Há ainda uma quarta situação a considerar, embora seja uma ocorrência excepcional. Imagine-se uma decisão judicial que apresente simultaneamente todos os defeitos (obscuridade, contradição e omissão). Como resolver o problema? Nesse caso, resolve-se como se omissa fosse, dado que, por ser a omissão o defeito mais grave e abrangente de que pode padecer um julgado, tem ela a força de absorver os outros dois, de sorte que os vícios da omissão, contradição e obscuridade podem ser resumidos em um só (ausência de fundamentação, como será demonstrado adiante), sendo o remédio a decretação de sua nulidade, adotando-se o mesmo procedimento indicado para a primeira hipótese.

E no caso de erro material⁵³⁹, hipótese incorporada pelo projeto do novo CPC como um dos fundamentos para a interposição de embargos de declaração? Aí, com mais razão, se justifica a dispensabilidade dos embargos de declaração, pois a correção do erro já é admitida que se faça de ofício ou por simples petição, não havendo motivo para se engrossar a lista de modalidades do recurso do jeitinho.

Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tratar das nulidades da sentença, destaca que as três modalidades de vícios (omissão, obscuridade e contradição) se reduzem, em verdade, a um, a omissão (ausência de fundamentação). Isso reforça a ideia da prescindibilidade dos embargos

⁵³⁹ A propósito do “erro material”, Viveiros (VIVEIROS, Estefânia. *Os limites do juiz para a correção do erro material*. Brasília: Galeria Jurídica, 2013. p. 177-178) lembra que o atual CPC é omissivo acerca da possibilidade de oposição de embargos de declaração para corrigi-lo, um silêncio que não impede o seu manejo, amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, que não lhe apresentam nenhuma resistência. Se essa grave omissão (trata-se de uma ironia, por óbvio) está sendo corrigida pelo projeto do novo CPC, o que mais chama atenção, é a justificativa da autora para a ausência de resistência, ainda que se tomem os embargos de declaração como recurso de fundamentação vinculado às hipóteses legais. Ei-la: “é que não obstante o Código de Processo Civil prever expressamente que o erro material pode ser corrigido por simples petição, ou *ex officio*, apenas os embargos de declaração imprimem o efeito interruptivo ao prazo. Nessa hipótese, o uso dos embargos de declaração traz segurança jurídica às partes também em razão do grande volume de processos em tramitação no Poder Judiciário, o que dificulta naturalmente a correção do erro antes do término da fluência do prazo recursal”. Veja-se que, por trás dessa justificativa, se esconde a verdadeira face do instituto e mostra-se a quem ele realmente serve, ao abrir-se mão de uma simples petição para a correção do erro material em nome do manejo dos embargos de declaração, que têm o ‘poder’ de interromper (“empurrar com a barriga”) o prazo recursal, o que enfatiza a ideia de que o apelo pequenognosiológico (expressão streckniana) carrega nas veias o dna da malandragem jurídica, conclusão que se extrai de uma simples, dentre tantas, razão: até os seres inanimados sabem que o erro material nunca transita em julgado e pode ser corrigido a qualquer tempo ou grau de jurisdição, sendo impossível, pois, disfarçar o sentido despiciador desse herói processual sem nenhum caráter.

de declaração e da necessidade de decretação da nulidade pura e simples da decisão que viola o dever de fundamentar.

Pode-se dizer que há, *grosso modo*, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de relação entre fundamentação e decisório. *Todos são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença. Isto porque “fundamentação” deficiente, em rigor, não é fundamentação, e, por outro lado, “fundamentação” que não tem relação com o decisório também não é fundamentação: pelo menos não o é daquele decisório!*⁵⁴⁰. (Grifo do autor).

Blecaute Oliveira Silva, em conformidade com Wambier (que também sustenta que sentença contraditória é sentença nula⁵⁴¹), discorda da distinção feita pela doutrina entre sentença não fundamentada e sentença mal fundamentada, insuficiente ou deficientemente fundamentada. Assevera que a deficiência de fundamentação não deixa ser uma forma simulada de ausência de fundamentação, que merece a rejeição dos intérpretes do direito⁵⁴².

Esse tipo de interpretação restringe o sentido de uma garantia fundamental. Esta prática acaba por negar prescritividade ao texto constitucional, pois retira do seu campo semântico uma gama enorme de situações viciadas, possibilitando o exercício arbitrário do poder. É sempre bom lembrar que, em se tratando de garantia constitucional, deve-se buscar a máxima efetividade do texto constitucional, como bem salienta José Joaquim Gomes Canotilho⁵⁴³.

De fato, ao tratar especificamente do princípio da efetividade, que integra o catálogo dos princípios tópicos da interpretação constitucional, Canotilho pontua que “a uma norma constitucional dever ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”⁵⁴⁴. Trata-se de um princípio operativo “em relação a toda e quaisquer normas constitucionais”, sendo “hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)”⁵⁴⁵.

Em outro texto, Blecaute Oliveira Silva, também em harmonia com Wambier, postula que os três vícios intrínsecos da sentença podem ser resumidos em um só, pois se “a lei enuncia que a decisão será fundamentada quando ela não for omissa, contraditória ou

⁵⁴⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 6. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 322.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 321.

⁵⁴² SILVA, Beclate Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2007. p. 193.

⁵⁴³ *Ibid.*, p. 192.

⁵⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1224.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 1224.

obscura”, então “há que ser completa, consistente e clara”⁵⁴⁶. De igual modo, Cristina Reindolff da Motta, em contraponto a quem defende a compatibilidade dos embargos de declaração com a Constituição Federal, destaca que eles não se deram conta de que qualquer uma das hipóteses deles ensejadoras (omissão, contradição e obscuridade) representa ausência ou desacordo de fundamentação. Numa referência direta a Streck, a autora sustenta que, sendo a fundamentação uma determinação constitucional com expressa previsão de nulidade em caso de descumprimento, “tem-se que a decisão que carece de embargos declaratórios é nula e, portanto, não pode operar efeitos. Se é nula, não pode ser consertada nem emendada, já que não produz efeitos. Por ser nula, a decisão é ato que não é passível de convalidação”⁵⁴⁷. Aliás, Streck rejeita a ideia de que possa haver uma decisão mais ou menos fundamentada ou meio fundamentada: “não há como aceitar, no interior de um constitucionalismo democrático, que haja uma tomada de decisão ‘meio fundamentada’ ou ‘meio legitimada’”⁵⁴⁸.

Assim, considerando que obscuridade, omissão e contradição são vícios que se reduzem num só (ausência de fundamentação), cai por terra o ponto de vista de parte dos estudiosos do direito de que a proposta de extinção dos embargos de declaração, que cede lugar à declaração de nulidade do julgado, só encontra explicação para os casos de decisões omissas, não se estendendo às hipóteses de contradição e obscuridade, em relação às quais não se aplicaria a cominação contida no inciso IX do artigo 93 da CF/88. De mais a mais, não se trata de saber o que fazer com a enxurrada de decisões declaradas nulas porque, para isso, certamente haverá solução, a exemplo das que atrás se propôs. A questão é, acima de tudo, compreender o sentido da Constituição, conferindo-lhe força normativa⁵⁴⁹ e máxima eficácia

⁵⁴⁶ SILVA, Beclate Oliveira. *Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC*: nas sendas da Novas tendências do processo civil – estudos linguagem. In: FREIRE, Alexandre; SANTOS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Org.). *Novas tendências do processo civil – estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 194.

⁵⁴⁷ MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

⁵⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 328.

⁵⁴⁹ O conceito de força normativa da Constituição é de HESSE, Konrad (*A força normativa da constituição*). In: *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123-146). Para o constitucionalista alemão – ao contrário de Ferdinand Lassale, para quem as questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim políticas – os fatores reais de poder é que fazem a Constituição real de um país e a Constituição jurídica não passaria de uma folha de papel – a Constituição de um país não expressa apenas as relações de poder nele dominantes. A Constituição contém, ainda que limitada, uma força própria, motivadora e ordenada da vida do Estado, isto é, ao lado do poder determinante das relações fáticas e que são expressas pelas forças políticas e sociais, há também uma força determinante do Direito Constitucional e isso tem como ponto de partida o condicionamento mútuo entre a Constituição jurídica e a real (fontes reais de poder). Para Hesse, é equivocada a radical separação entre realidade e norma, entre ser e dever ser e qualquer postura exagerada numa ou noutra direção resultará em dois tipos de extremos: uma norma despida de qualquer elemento da realidade ou uma realidade esvaziada de qualquer elemento normativo, razão porque se deve encontrar o meio termo entre prevalência do domínio das relações fáticas sem qualquer compromisso com a normatividade, de um lado, e o predomínio da normatividade despida de qualquer elemento da

(no caso específico, ao dever de fundamentar as decisões judiciais), sem cair nas armadilhas dos sentidos despistadores dos sentidos. É isso, na verdade, o que está em jogo.

5.3 Embargos de declaração e necessidade de sua expunção do ordenamento jurídico brasileiro: reflexões finais

No encerramento do capítulo 2 ficou dito que os embargos de declaração configuram um rito de passagem, uma espécie de pedágio que se paga para que se veja cumprida a promessa do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, nos termos da

realidade, de outro. Nenhuma norma constitucional tem existência autônoma da realidade, pois sua essência reside na sua vigência, o que significa que a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. É o que se pode chamar de pretensão de eficácia, por força da qual a Constituição Jurídica pretende imprimir ordem e conformação à realidade política e social, mas que, para ser realizada, não pode ser separada das condições históricas. Força condicionante da realidade e normatividade de uma Constituição não se confundem, mas também não podem ser radicalmente separadas. Entre Constituição jurídica e Constituição real há uma relação de coordenação, condicionam-se mutuamente, embora interdependentes. Nesse sentido, a Constituição jurídica tem significado próprio, não sendo apenas uma folha de papel, e tem pretensão de eficácia – elemento autônomo em relação às forças reais de poder que conformam a realidade de um Estado que, uma vez realizada, se torna em condição de possibilidade para a afirmação de sua força normativa. Para Hesse, mencionando Wilhelm Humboldt, toda Constituição deve ter um germe material do qual retira sua força vital no tempo, nas circunstâncias e no caráter nacional, necessitando apenas de desenvolvimento e da capacidade de se adaptar a uma dada realidade em que se assenta sua força normativa. A Constituição se converteria assim, ela mesma, em uma força ativa não para realizar diretamente, mas para impor tarefas naquilo que se pode identificar como a vontade de concretizar uma ordem. Fundamental, portanto, para a conversão em forças ativas são a presença não só da *vontade de poder*, mas também, e principalmente, a *vontade de constituição*, originada a partir de três vertentes. A primeira se baseia na compreensão da necessidade e do valor de uma ordem normativa inquebrantável voltada para a proteção do Estado contra qualquer forma de arbítrio. A segunda na compreensão de que essa ordem constituída é mais que uma ordem legitimada pelos fatos. E a terceira parte do pressuposto de que a ordem constitucional não logrará eficácia sem o concurso da vontade humana. O desenvolvimento da força normativa de uma Constituição dependerá, por sua vez, da satisfação de dois pressupostos essenciais: seu conteúdo e a práxis constitucional. No conteúdo, quanto mais corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa, ou seja, é requisito essencial a capacidade de levar em conta não só os elementos políticos, sociais e econômicos dominantes, mas também a incorporação do estado espiritual do seu tempo, o que lhe assegurará, como ordem adequada e justa, o apoio e a defesa da consciência geral, sem dizer que é igualmente indispensável que a Constituição mostre-se em condições de adaptar-se a uma eventual alteração desses elementos condicionantes, sem perder de vista o estabelecer de alguns princípios fundamentais que se configurem como blindagens contra revisões constantes, o que resultaria na desvalorização de sua força normativa. De igual modo importante para a consolidação da força normativa, ao lado de seu conteúdo, é a práxis constitucional, diretamente ligada à concepção de vontade da Constituição, que deve ser preservada e respeitada, mesmo que a sua observância importe em sacrifícios momentâneos, o que envolve uma resistência contra tentativas revisionais constantes do texto constitucional, enfraquecedoras de sua força normativa. Outra questão com significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição é a sua interpretação. A interpretação constitucional é submetida ao princípio da máxima concretização da norma. Nesse sentido, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em síntese, para Hesse, a Constituição Jurídica é condicionada pela realidade histórica (concreta), de seu tempo, da qual não se pode separar e a pretensão de eficácia somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade, embora não configure apenas uma expressão de dada realidade. É que, por força do elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social e as possibilidades, assim como os limites, da força normativa de uma Constituição serão resultantes da correlação entre as duas forças (norma e realidade), entre *ser e dever ser*.

Constituição Federal. Trata-se de um véu que o encobre e o priva de seu *acontecer* natural. Numa extensão dessa abordagem, acrescentou-se, ao final do capítulo 3, que a verdadeira função dos embargos de declaração, ao contrário da falaciosa e mítica de que contribuem para o aperfeiçoamento das decisões judiciais, é a de atribuir ao art. 93, IX, da Constituição Federal, um sentido despistador de sua real vocação, à medida que a sua incômoda manutenção na ordem jurídica encobre o autêntico sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, sem dizer que, anteriormente, ficou anotado que a dogmática jurídica, refém de um senso comum teórico, se encontra mergulhada num paradoxo gnosiológico em decorrência do qual não se tem resposta para a seguinte tautologia: os embargos de declaração existem porque as decisões judiciais são ora *não-fundamentadas*, ora *mal-e-deficientemente-fundamentadas*, ou as decisões judiciais são desfundamentadas ou mal e deficientemente fundamentadas porque os embargos de declaração existem?

Como dito antes, a segunda alternativa parece a mais verdadeira e mais próxima do entendimento de Lenio Streck quando afirma que “o problema fulcral dos embargos declaratórios é que eles institucionalizaram a possibilidade de as decisões serem mal fundamentadas”⁵⁵⁰. Aliás, na perspectiva da relação entre tempo e direito, que forçosamente traz à lembrança François Ost⁵⁵¹, os embargos de declaração atuam à semelhança de Cronos (Kronos), o deus do tempo da mitologia grega que, antes de ser enganado pelo estratagema de Reia, sua mulher, é, mais tarde, como confirmação de uma profecia, destronado por Zeus, seu filho.

Como lembra Ost, a história de Cronos é a história da negação do tempo⁵⁵². Após mutilar Urano⁵⁵³, seu pai, Cronos tomou-lhe o trono e se tornou o senhor do tempo, bloqueando a passagem tanto em direção ao passado e em relação ao futuro. Junito de Souza Brandão conta que Cronos, alertado por uma profecia de que também seria vítima de um dos filhos com Reia, o qual lhe destronaria e ocuparia o lugar conquistado de Urano, passou, para se proteger, a engoli-los um a um tão logo iam nascendo, destino a que somente Zeus escapou, graças a Reia. Esta, grávida, “fugiu para a ilha de Creta e lá, secretamente, no monte Dicta, deu à luz o caçula. Envolvendo em panos de linho uma pedra, deu-a ao marido, como se fosse a criança, e o deus, de imediato, a engoliu”⁵⁵⁴. Sucedeu então que, na idade adulta,

⁵⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013. p. 331.

⁵⁵¹ OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru/SP: Edusc, 2005.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 9.

⁵⁵³ Cronos decepou, com um machado, os testículos de Urano (o céu), o que marcou sua separação de Geia (a terra), pois até então viviam enlaçados, Geia e Urano, num abraço sem fim.

⁵⁵⁴ BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. 23 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, v. I, p. 210-211.

Zeus confirmou a previsão do oráculo e pôs fim ao reinado de Cronos, que foi enviado ao Tártaro.

Os embargos de declaração cumprem esse mesmo papel. Sua história é a da negação do sentido do *ser* da norma constitucional que trata do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais. Como na mitologia grega, os embargos declaratórios, velando pelo velamento do dever de fundamentar, engolem qualquer tentativa de mudança que lhe represente uma ameaça e, por extensão, firmam-se como um encobrimento do *ser*, como ocorreu com o projeto de lei do Senado Federal que os extinguiu, mas foi engolido (como Cronos engolia os próprios filhos para negar-lhes qualquer projeção do tempo) pelo que resultou no novo CPC, aprovado na Câmara Federal, privando o *acontecer* (das decisões justificadas) e fazendo do presente um tempo estéril porque o sentido do *ser* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais caiu no esquecimento, como se os embargos produzissem um efeito paralisante e congelante dos sentidos.

Já foi dito, mas insista-se: os embargos de declaração impedem o *acontecer* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e, sempre, roubam a cena. Mesmo diante de uma sentença devidamente fundamentada – no sentido de livre de qualquer dos defeitos típicos ensejadores dos declaratórios – ela quase sempre será embargada, como se tratasse de uma equação matemática: para cada sentença haverá sempre, ainda que hipoteticamente, um embargo de declaração. É, numa palavra, o jeitinho falando mais alto.

É isso ou não há como compreender, neste estádio da História, a aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração. Trata-se, a toda evidência, de um sintoma, para dizer o mínimo, de que essa dogmática ainda está presa ao paradigma racionalista ou matematicista próprio do iluminismo, uma herança da qual não conseguiu desvencilhar-se. Em outras palavras, aposta-se nos embargos de declaração como se aposta em um método, como se o instituto fosse o único meio (método) de se extrair uma decisão judicial fundamentada nos termos da Constituição Federal.

A questão é que a aposta nos embargos declaratórios como método produz o indesejável efeito de fazer com o que o intérprete judicial mantenha encoberto o *ser* da norma contida no texto do art. 93, IX, da CF, que é o sentido correto ou a correta compreensão que se deve ter do sentido (*ser*) da norma presente no texto referido. O olhar é desviado da verdadeira direção para se concentrar, com o uso de uma lente distorcida, em outro ponto, num velamento do *ser*. A isso se prestam, pois, os embargos: velar o *ser* da norma constitucional inscrita no art. 93, IX, da Constituição: o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

Com efeito, as condições de possibilidade para que o intérprete compreenda a Constituição Federal implicam a existência de uma pré-compreensão do seu significado, em decorrência do que sua força normativa dependerá de uma adequada interpretação, que se constitui em condição de possibilidade do acontecer da Constituição e que não ocorrerá se a pré-compreensão que o intérprete tiver do sentido da Constituição for conformada por pré-juízos inautênticos ou falsos, no que resultará na sua ineficácia.

Como diz Streck, os embargos de declaração, assim como a relativização da coisa julgada, se constituem em institutos predatórios do direito que lhe fragilizam a autonomia⁵⁵⁵. E essa natureza predatória dos embargos continuará produzindo estragos enquanto se insistir na ideia falaciosa de que têm a função de aperfeiçoar a decisão judicial, como elemento de correção e completude, o que reforça o fenômeno denominado por Streck da “baixa constitucionalidade”, particularmente no que respeita ao art. 93, IX, da Constituição Federal.

Esse o efeito deletério da presença dos embargos de declaração no direito positivo brasileiro: a um só tempo, acarretam a “baixa compreensão” do sentido constitucional do dever de fundamentar e, por via de consequência, suscitam a “baixa aplicação” do inciso IX do artigo 93. Como a baixa compreensão da Constituição fragiliza-lhe a força normativa ou aumenta a sua ineficácia (baixa constitucionalidade), uma das razões para a ocorrência desse fenômeno reside na insistência, pelos intérpretes do direito, de olhar o novo com os olhos do velho, numa espécie de resistência à Constituição Federal, a que conferem um papel secundário como se a era vivida fosse ainda a das codificações, próprias do modelo de Estado Liberal, e não a das Constituições, própria do Estado Democrático do Direito. É o que Streck chama de “ocultamento/velamento” do sentido do ser do direito e que pode ser detectado, no Brasil, de várias maneiras: “crise da justiça, a morosidade e o problema do acesso à justiça, a não implementação dos direitos sociais etc”⁵⁵⁶.

A essa relação, meramente enumerativa, pode ser acrescentado o artificioso argumento de aperfeiçoamento das decisões judiciais⁵⁵⁷, função a que, segundo a doutrina majoritária, se prestaria o recurso de embargos declaratórios, que Streck chama de “pequeno gnosiológico”⁵⁵⁸. Trata-se, também, de um modo de ocultamento da Constituição Federal, de um esquecimento, no sentido de obscurecimento, pelo “pensamento dogmático-objetificador”,

⁵⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396.

⁵⁵⁶ Id. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 269.

⁵⁵⁷ Há quem vá além para dizer que a esse “processo” se dá o nome de “purificação dos vícios de fundamentação”, a exemplo de FERNANDES, José Henrique Lara (*A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 81-95).

⁵⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 396.

que deve ser denunciado⁵⁵⁹. Afinal de contas, há ou não um direito (fundamental) que assegura que a Constituição Federal seja cumprida? Essa a pergunta que se coloca no centro do debate quando a questão é interpretação e aplicação judicial do direito.

De fato, o dever de fundamentar as decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, da Constituição Federal, é lido a partir do CPC, que diz que decisões omissas ou deficientemente fundamentadas podem ser corrigidas por meio dos declaratórios, um modo de proceder que impede a visibilidade da norma constitucional em vitrina. Por outro lado, é como se a presença dos embargos significasse um ranço das posturas objetivistas, já que, ao funcionarem com um instrumento de ‘fechamento’ do sistema, seriam um legado da metafísica clássica aplicado no direito.

Transportar para a decisão judicial a mesma ideia de fechamento do sistema representado pelo positivismo jurídico primevo nos casos de eventual lacuna da lei, eis o ponto. Como é do conhecimento geral, o sistema jurídico, ainda sob o paradigma do positivismo exegético, era, em caso de lacunas, integrado, alcançando seu ápice, pelos princípios gerais e a analogia, dentre outros critérios. Ora, levada essa ideia para a decisão judicial, é como se ela só alcançasse completude (aperfeiçoamento) com o manejo dos embargos de declaração, que funcionariam como um método de integração da norma no caso concreto (decisão judicial).

Em síntese, com base em Lenio Streck, inspirado em Heidegger⁵⁶⁰, pode-se dizer que se trata de um esquecimento que corrompe a atividade interpretativa, sendo o resultado de tudo isso “o predomínio do método, do dispositivo, da tecnicização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer”⁵⁶¹. Não seria exagero, pois, dizer que a cruzada na qual Streck se lançou em defesa do rigoroso cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais, um dos princípios estruturantes da Teoria da Decisão Judicial que vem propondo, não deixa de ser uma espécie de denúncia *daquilo* que caiu no esquecimento por força de uma nuvem de fumaça que atende pelo nome de embargos de declaração e que permanece parada sobre ele como a lha aprisionar os sentidos. Guardadas as devidas proporções, trata-se de algo comparável à denúncia do esquecimento do *ser* a partir de Platão e Aristóteles que Heidegger

⁵⁵⁹STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 264.

⁵⁶⁰HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013.

⁵⁶¹STRECK, op. cit., p. 216.

faz nas primeiras páginas do primeiro capítulo de *Ser e tempo*⁵⁶² e que, em seguida, procura resgatar.

Na verdade, se o pensamento dogmático (doutrina e jurisprudência) continuar refém do sentido comum teórico (o véu encobridor e ensurdecador do sentido do ser do direito, da filosofia da consciência e do paradigma da subjetividade que a representa e do esquema *sujeito-objeto*); se os sentidos do direito, que são temporais, continuarem sendo bloqueados; se não se entender que os embargos de declaração, incorporados na dogmática jurídica com o jeitinho malandro de *Macunaíma* e o mito formado em torno dele – o de que “aperfeiçoam as decisões judiciais” –, expressão-síntese da função *retórica*⁵⁶³ do sentido comum teórico asfixiante de qualquer possibilidade de se interpretar o art. 93, IX, como deve ser interpretado – são um óbice ao *acontecer* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais; se não se der conta de que os embargos precisam ser extintos, se ocorrer tudo isso, eles continuarão impedindo, como um barramento, “o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador”⁵⁶⁴, no caso específico o direito/dever inscrito no inciso IX do art. 93 da CF/88.

Reflita-se sobre isso e promova-se um movimento de descolamento (libertação) do *habitus dogmaticus* e de posturas *fatalistas* ou então se reconheça que há a necessidade de um *Zeus* para pôr fim ao reinado dos embargos de declaração, extinguindo-os e enviando-os, imediatamente, ao limbo (tártaro) jurídico. Parafraseando, no fecho desta parte, o gênio de *Pauliceia desvairada*, é preciso ter a coragem de, enfim, dizer, sobre os embargos de declaração: acabou. “Tem mais não”⁵⁶⁵.

⁵⁶² HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 37 e seguintes.

⁵⁶³ *Sentido comum teórico*, na concepção de WARAT, Luiz Alberto (*Introdução Geral ao Direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 13) é um conjunto de crenças (ou “verdades jurídicas”) seguido pelos juristas como se fossem verdades científicas. “De uma maneira geral, a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. Trata-se de um neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”. STRECK, Lenio Luiz (*Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 323), com base em Warat, esclarece que são quatro as funções do sentido comum teórico dos juristas: *normativa* (atribui significação aos textos legais e disciplina a ação dos próprios juristas); *ideológica* (atribui socialização, homogeneizando valores sociais e jurídicos, silenciamento do papel social e histórico do direito e da projeção e legitimação axiológica por meio de conceitos éticos e socialmente necessários aos deveres jurídicos); *retórica* (complementa e efetiva a função anterior); e *política* (derivativa das demais e expressa pela tendência do saber acumulado de reassegurar as relações de poder).

⁵⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 216.

⁵⁶⁵ É com essa construção que Mário de Andrade, no epílogo, encerra a rapsódia.

6 CONCLUSÕES

Afirmou-se, na introdução da presente pesquisa, que no Brasil a dogmática jurídica – representada pela legislação, jurisprudência e doutrina – se faz refém de um sentido comum teórico paralisante dos sentidos. Este senso comum teórico se alimenta, dentre outros equívocos, do mito de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento das decisões judiciais, sem dizer – sintoma da gravidade do problema – que há quem neles vislumbre a função constitucional de concretizar o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, como se para esse *acontecer* fosse imprescindível submeter as decisões judiciais desfundamentadas, mal fundamentadas ou deficientemente fundamentadas a um rito de purificação. Isso não passa de uma falácia, como demonstrado neste estudo, desenvolvido na perspectiva contrária à ideia de que esse tipo de recurso seja um meio imprescindível de impugnação das decisões judiciais e da desconstrução do referido mito, que povoa o imaginário da dogmática jurídica.

Assim como não seria exagero dizer que há um evidente desprezo pelo dever de fundamentar as decisões judiciais e os embargos evidenciam essa postura, irreparável também é a constatação de que se trata de um instituto de reconhecida má reputação, ainda que grande parte da dogmática jurídica lhe teça injustificadas loas. De toda sorte, corre-se aqui o risco de dizer que é possível extrair dos juízes um compromisso de se construir decisões judiciais livres do paradigma da filosofia da consciência, desde que no meio do caminho não se interponham os embargos de declaração.

Ainda a título de aportes finais, e antes que se listem os resultados desta pesquisa, deve ficar claro não haver dúvida de que o caráter dos embargos, tal qual em Macunaíma, de Mário de Andrade, é múltiplo, o que acaba resultando em nenhum, a não ser o encobrimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, enevoado por tantas modalidades que surgem como fruto de uma adaptação *darwiniana* e da sua inesgotável capacidade de mutação toda vez que se vislumbra uma possibilidade de se desvelar o (real) sentido do mencionado dever. Um bom exemplo disso é o caso do erro material, acerca do qual sempre se disse que poderia ser corrigido de ofício ou mediante simples requerimento da parte interessada, a qualquer tempo ou grau de jurisdição. No entanto, como forma de contribuir para a institucionalização das decisões mal fundamentadas, a jurisprudência criou mais uma modalidade de embargos (absolutamente desnecessária) ao admitir que um erro material seja corrigido por meio de embargos, postura recentemente reverenciada pelo legislador. Com efeito, a Câmara Federal aprovou um novo Código de Processo Civil, que incorpora ao direito

positivo – momento sublime da institucionalização das decisões mal fundamentadas de que fala Lenio Streck – o erro material como modalidade de embargos de declaração que, dentre tantas, nada mais é que um produto de farto criacionismo judicial.

A gravidade do problema reside no fato de que, sendo os embargos de declaração um ser mutante, cada modalidade que surge – mesmo no anunciado Código de Processo Civil não há nenhuma garantia que desestimule a sua reprodução descontrolada – reforça a ideia de que eles, dentre tantas (dis)funções, reinterpretem o dever de fundamentar as decisões judiciais. Esse é, sem dúvida, um dos resultados desta pesquisa.

Os portugueses, como é sabido, não conseguiram emplacar nem mesmo o nome do novo continente como homenagem a Colombo. Em contrapartida, foram exímios em legar uma administração colonial autoritária, paternalista, *ad hoc* e baseada, essencialmente, no patronato. A liberdade na reinterpretação da lei, precursora do jeitinho jurídico, foi outra herança lusitana, como pode ser visto no subitem 2.3, em que, com base em Rossen, ficou dito que as raízes do jeito, de que os embargos de declaração são um subproduto, se encontram nas profundidades do passado ibérico, cujas influências no Brasil ainda hoje se fazem sentir. Procurou-se, ali, demonstrar uma ligação direta entre misturas de raças, mestiçagem, cordialidade, malandragem, jeitinho brasileiro e embargos de declaração.

Veja-se por que se diz – e isso não é mera insistência – que o instituto dos embargos de declaração se assemelha a uma virose epistêmica (expressão cunhada por Lenio Streck) com altíssima capacidade de mutação que ataca de forma letal qualquer tipo de ato judicial. Como são mutantes, ora podem ser apresentados na forma escrita, ora na oral; interrompem, mas também podem apenas suspender, o prazo para a interposição do recurso principal. Aliás, o prazo – ou, se preferir, do período de incubação – já sofreu variações entre 48 horas e 10 dias, sendo atualmente o mais comum concentrar-se em cinco dias, embora haja legislação que estabeleça três dias, como o Código Eleitoral Brasileiro. Ademais, ora são chamados de recurso, ora de mero meio de impugnação.

No princípio, surgiram para corrigir julgados suprindo omissões, eliminando contradições, aclarando obscuridades, e em determinados casos, ainda não terminais, prestam-se a esclarecer dúvidas, como nos Juizados Especiais Cíveis e no Código Eleitoral Brasileiro, podendo, no futuro, corrigir erro material. Às vezes eles modificam julgado, às vezes não, sem dizer dos pré-questionadores, que funcionam como uma catapulta.

Embalados por novas conquistas – a oficialização, no futuro CPC, do erro material como requisito de admissibilidade e da possibilidade de se invocar o da fungibilidade – alimentam o sonho de um dia servirem também para eliminar contradições externas ou até

mesmo para – literalmente – colocar o pingo nos *is*. É que se trata de uma espécie de mordomo do sistema processual brasileiro, que serve a todo tipo de interesse, já indo longe o tempo em que passou de expediente excepcional para corriqueiro. Símbolo da banalização da litigância de má-fé, a presença dos embargos de declaração no dia a dia forense é tão forte que praticamente tem a força de inaugurar mais uma fase processual.

Replicam-se, ainda, em progressão geométrica – uma estatística diz que para cada decisão há pelo menos um recurso de embargos de declaração – e sua carga viral é tão intensa que a prescrição de antibióticos, função que exercem as multas aplicadas em caso de uso abusivo, para o combate da reprodução descontrolada e a abusividade não tem produzido os efeitos desejados, tudo indicando que o tratamento do problema não pode mais ser clínico, porém cirúrgico, mediante a sua expunção. Mas, enquanto isso não acontece, um bom começo – já se disse – seria extrair dos juízes o compromisso, jurado em conjunto, de se construir decisões judiciais no Brasil livres do paradigma da filosofia da consciência.

É certo que antes da Constituição Federal de 1988 já se dizia da necessidade de se fundamentar as decisões judiciais, o que pode ser comprovado por qualquer reconstrução histórico-institucional do direito no Brasil. Isso sempre esteve presente na tradição. Não menos certo é que, somente após a promulgação da atual Constituição, culminou-se com a pena de nulidade as decisões não fundamentadas, mal fundamentadas ou deficientemente fundamentadas. Todavia, a julgar pela práxis forense e pela absurda quantidade de embargos de declaração interpostos diariamente, é como se não tivesse ocorrido nenhuma mudança, e o velho modo de ser age sobre o novo modo de ser, que sequer tem chance de mostrar a que veio, de tão nublado que é pelo velho que, como diz Lenio Streck, é tão forte que impede qualquer possibilidade do novo se revelar por alguma fresta de sentido. O novo, como no poema *Parada do velho novo*, de B. Brecht⁵⁶⁶, permanece aprisionado a ferros e só se o exhibe como velho.

Enfim, é como na alegoria, lembrada por Lenio Streck, do hermeneuta que, ao desembarcar numa ilha constatou, perplexo, que as pessoas desprezavam a cabeça e o rabo

⁵⁶⁶ “*Eu estava sobre uma colina e vi o Velho se aproximando, mas ele vinha como se fosse o Novo. Ele se arrastava em novas muletas, que ninguém antes havia visto, e exalava novos odores de putrefação, que ninguém antes havia cheirado. A pedra passou rolando como a mais nova invenção, e os gritos dos gorilas batendo no peito deveriam ser as novas composições. Em toda parte viam-se túmulos abertos vazios, enquanto o Novo movia-se em direção à capital. E em torno estavam aqueles que instilavam horror e gritavam: Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós! E quem escutava, ouvia apenas os seus gritos, mas quem olhava, via pessoas que não gritavam. Assim marchou o Velho, travestido de Novo, mas em cortejo triunfal levava consigo o Novo e o exhibia como Velho. O Novo ia preso em ferros e coberto de trapos; estes permitiam ver o vigor de seus membros. E o cortejo movia-se na noite, mas o que viram como a luz da aurora era a luz de fogos no céu. E o grito: Aí vem o Novo, tudo é novo, saúdem o Novo, sejam novos como nós! seria ainda audível, não tivesse o trovão das armas sobrepujado tudo”.*

dos peixes, mesmo diante da grande escassez de alimentos. Depois de investigar, reconstruindo a história dessa tradição, descobriu que, na época do povoamento da ilha, os peixes, por serem muito grandes e abundantes, não cabiam nas frigideiras, tinham a cabeça e o rabo cortados. Com o tempo, os peixes foram escasseando e reduzindo de tamanho a ponto de se tornarem menor que os utensílios domésticos utilizados na fritura, mas, ainda assim, os ilhéus não modificaram o costume de cortar-lhes a cabeça e o rabo antes de levá-los ao fogo. Ao perguntar a um dos moradores o porquê disso, ouviu, como resposta, “não sei... as coisas sempre foram assim por aqui!”.

Noutras palavras, as velhas concepções resistem e se posicionam diante do intérprete como uma cortina de fumaça que o impede de ver o novo. Vinte e cinco anos se passaram, mas a Constituição continua sendo lida a partir da legislação ordinária. A capitulação ao fatalismo é tão paralisante que não se percebe que o direito é um conceito interpretativo e temporais são os seus sentidos, o que implica dizer deve ser interpretado em sua melhor luz possível atribuindo-se às práticas jurídicas o melhor sentido para o direito de uma determinada comunidade.

Fechado o parêntese aberto para essa alegoria, frise-se que o presente estudo que ora se conclui foi desenvolvido com base na formulação do problema em estudo, sintetizado na pergunta em que medida o rigor na observância do cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais pode, a um só tempo, (i) *contribuir* para a desconstrução do mito de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento dos julgados? (ii) *significar* uma prescindibilidade como meio de impugnação de decisão judicial? (iii) *constituir-se*, não obstante a equivocada aposta da dogmática jurídica na sua manutenção, como condição de possibilidade para a expunção do instituto da ordem jurídica brasileira, em face, dentre outras razões, de sua indisfarçável disfuncionalidade? Assim, elegeu-se como objetivo geral demonstrar que – a partir de uma leitura crítica da aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração e da desconstrução do mito de que esse instrumento se presta ao aperfeiçoamento da decisão judicial – o cumprimento do dever fundamental dos juízes de justificar as decisões, como estabelecido na Constituição Federal, constitui-se uma condição de possibilidade para a sua extinção, no sistema recursal brasileiro, dado que decisão judicial omissa, contraditória ou obscura não configura ato judicial adequadamente fundamentado e, por essa razão mesma, é, desde a origem, nulo. Ademais, cumprem os embargos de declaração uma função despistadora, que esconde o real sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e o impede de acontecer.

O cumprimento do desiderato perseguido se deu em quatro etapas distintas, obtendo-se, ao final, resultados que podem ser assim sintetizados:

1. Os embargos de declaração são o mais autêntico representante da malandragem jurídica nacional e um dos maiores responsáveis pelo estado de natureza hermenêutico em que se encontra mergulhado o direito no Brasil, podendo-se dizer, numa comparação com o protagonista da rapsódia de Mário de Andrade, que se trata do *Macunaíma* do sistema recursal brasileiro, um herói processual sem nenhum caráter, eis que serve aos mais diferentes propósitos, tanto dos juízes – que, ainda presos ao paradigma subjetivista, relativizam o dever de fundamentar, conscientes ou não de que, no fundo, sempre haverá um embargo pronto para “salvar” ou “purificar” uma decisão desfundamentada, mal fundamentada ou deficientemente fundamentada – quanto de advogados – que não titubeiam em lançar mão desse jeitinho jurídico para obter uma vantagem (indevida, na maioria das vezes) não possível pelas vias normais. Trata-se de práticas que banalizaram o instituto pelo mau uso que, por força de um abastardamento sem limites, o transformou num instrumento *ad hoc*, uma verdadeira panaceia jurídica de uso contínuo que, com sentido despistador, turva o sentido do dever de fundamentar as decisões judiciais. É que, como se demonstrou ao longo desta pesquisa, uma das suas (dis)funções é desviar a atenção pela atribuição de um sentido equivocado ao art. 93, inc. IX, da Constituição Federal, encobrindo o autêntico sentido do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

2. A equivocada aposta da dogmática jurídica na manutenção dos embargos de declaração – como se o instituto fosse o único meio de se extrair uma decisão judicial fundamentada nos termos da Constituição Federal – no ordenamento jurídico, agora revitalizados pelo futuro Código de Processo Civil, que incorpora novas modalidades, fragiliza a ordem constitucional, reduzindo-lhe a força normativa à medida que contribuem para a reprodução do sentimento de baixa constitucionalidade. Na verdade e entre outros motivos, o efeito da ação encobridora do sentido do *ser* impede o acontecer do dever fundamental de justificar as decisões judiciais nos termos do art. 93, inc. IX, da Constituição.

3. Não há dúvida de que há uma grave disfuncionalidade nos embargos de declaração como meio de impugnação de decisão judicial e que o estado patológico do instituto é resultado de uma virose epistêmica cujos maiores sintomas são o seu uso abusivo e repetitivo e a sua extrema capacidade de mutação, tudo alimentado por um combustível bem brasileiro, o conhecido *jeitinho* (jurídico). Com efeito, na prática forense, quando se pensa na lei do menor esforço, no empurrãozinho, na malandragem jurídica ou na esperteza, o primeiro nome que vem à lembrança é, certamente, o dos embargos de declaração, cuja disfunção tem o claro

significado de desserviço ao direito, sem esquecer que as desordenadas transformações pelas quais passaram e os seus subprodutos, decorrentes do criacionismo judicial, são reflexos de decisões judiciais (omissas, contraditórias ou obscuras) ainda presas à filosofia da consciência.

4. A ideia, cotidianamente reproduzida pelo *habitus dogmaticus*, de que os embargos de declaração se prestam ao aperfeiçoamento das decisões judiciais e que, por essa razão mesma, possuem a função constitucional de contribuir para o aprimoramento da prestação jurisdicional como se condição de possibilidade fosse para o cumprimento do dever de fundamentar, trata-se de um mito aqui desconstruído. Na verdade, quem advoga essa tese faz uma leitura rasa da Constituição a partir da legislação ordinária, o que é um equívoco, dado que não passam de meros álibis teóricos que contribuem para reforçar a institucionalização da possibilidade de as decisões judiciais serem mal fundamentadas. Isso, como diz Lenio Streck, é o maior problema do instituto, pois provoca o efeito de levar ao esquecimento o fato de que o próprio dispositivo constitucional já oferece a solução (a nulidade da decisão não fundamentada (omissa) ou má fundamentada (obscura ou contraditória)), não sendo os embargos declaratórios que, em momento posterior, irão restabelecer a fundamentação do compreendido, condição de possibilidade de qualquer decisão judicial.

5. Entre dizer, para se livrar de uma encruzilhada tautológica, que os embargos de declaração existem porque as decisões judiciais são ora *não fundamentadas*, ora *mal fundamentadas*, ou são assim porque esses embargos existem, opta-se, sem receio de errar, pela segunda alternativa, porquanto somente nessa perspectiva é que se pode compreender o fenômeno da reprodução descontrolada e estimulada, pelo jeitinho brasileiro, desse recurso na prática diária dos tribunais e serventias judiciais, uma irracionalidade sem parâmetro algum no direito comparado.

6. À luz das práticas nos tribunais, pode-se deduzir que os embargos de declaração, sobretudo pela absurda quantidade de seu manejo diário, são um sinal de que há algo errado na (re)construção da história institucional do direito de que resulta a decisão judicial, tratando-se, portanto, de uma forte evidência de que essas decisões ainda se vinculam, no Brasil, ao paradigma da filosofia da consciência e de que não há o compromisso jurado em conjunto pelos juízes de se construí-las como se escrevessem em cadeia um único romance, nem preocupação com o controle da discricionariedade judicial. Em sentido contrário, se o dever de fundamentar, como forma de blindagem contra posturas subjetivistas, passar por um rigoroso cumprimento, a integridade do direito restará preservada e a resposta correta, nos

termos da Constituição Federal, não será possibilidade, mas *acontecimento*, o que, ao fim e ao cabo, resultaria na absoluta dispensabilidade dos embargos de declaração.

7. Tudo isso traz à reflexão um problema inquietante, que é a falta de uma teoria que estabeleça parâmetros de controle das decisões judiciais, de sorte que possam ser superadas tanto posturas subjetivistas quanto objetivistas, o que implica preocupação com o modo como devem decidir os juízes e tribunais. É que, segundo Lenio Streck, isso é uma questão de democracia e não uma proibição de interpretar, razão pela qual propõe uma Teoria da Decisão Judicial, estruturada num conjunto mínimo de cinco princípios que, em verdade, são posturas a serem adotadas pelo juiz no ato de julgar, destacando-se entre eles o dever fundamental de justificar as decisões e o correspondente direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

8. Na perspectiva do modelo de Estado Democrático de Direito, abraçado pela Constituição Federal, e do paradigma da filosofia da linguagem, as decisões judiciais devem ser necessariamente fundamentadas porque, no Brasil, a) os juízes, tanto quanto os integrantes do Legislativo e do Executivo, são agentes políticos que, para bem exercerem a função estatal que lhes foi reservada (jurisdição), precisam legitimar-se perante a sociedade, objetivo somente alcançado com a entrega da prestação jurisdicional devidamente justificada na Constituição Federal, uma verdadeira condição de possibilidade; b) o exercício da função jurisdicional implica a assunção de responsabilidade política, como ocorre com qualquer agente estatal, que se traduz no dever (decorrente diretamente da responsabilidade política) fundamental de fundamentar as decisões judiciais, forma que assume o dever do juiz de prestar contas de seus atos (*accountability*) perante a sociedade organizada; c) o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais corresponde à *contraface* iluminada do direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta devidamente adequada à Constituição Federal. É que, no paradigma da intersubjetividade, não há espaço para a atribuição de sentidos arbitrários, sendo por isso possível a obtenção de respostas hermeneuticamente corretas, no sentido de adequadas à Constituição, dado que o juiz, como intérprete privilegiado do direito, não pode, com essas balizas, atribuir aos direitos fundamentais os significados que bem entender.

9. Em termos de justificação das decisões judiciais, *fundamentação* (no sentido de justificar e explicitar o compreendido) não é sinônimo de *motivação*, posto que esta expressão abre possibilidade de o intérprete e aplicador do direito invocar razões de ordem pessoal, religiosa, política ou de outra natureza metajurídica, não sendo, pois, o termo o mais idôneo para justificar uma decisão judicial. Fundamentação, por outro lado, é bem mais preciso, já

que se percebe que o juiz, decidindo conforme sua consciência, não deixa de motivar a decisão, o que não significa, à luz do paradigma da intersubjetividade e do Estado Democrático de Direito, fundamentar.

10. O significado de decisão judicial fundamentada – que diz do estrito cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões judiciais – pode ser condensado no enunciado *construção compartilhada ou participada*, expressão reveladora de que: i) a decisão foi produzida no interior – e sendo com ele compatível – do modelo do Estado Democrático do Direito, dentro do qual o processo jurisdicional constitucional democrático deve ser entendido como *procedimento em contraditório* no sentido forte – e não mais na vetusta ideia de instrumento da jurisdição – no qual os sujeitos do processo se encontram descentralizados e numa relação de simétrica paridade; ii) a recepção do giro ontológico-linguístico ocorreu e foi proferida em conformidade com o paradigma da intersubjetividade, em cujo interior o sentido da fundamentação ou explicitação do compreendido se dá num contexto intersubjetivo e não mais no subjetivo, proporcionador de práticas solipsistas.

11. A decisão judicial fundamentada como expressão de construção participada há que ser lida a partir de uma necessária aproximação entre substancialismo e procedimentalismo, cuja relação tem no combate ao protagonismo judicial o seu objetivo comum, sem prejuízo de achar-se atravessada pelas seguintes ideias: a) exigência do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais; b) necessidade da produção da resposta correta e adequada à Constituição; c) ruptura da concepção de processo como instrumento da jurisdição para tomá-lo como procedimento em contraditório no qual as partes, que ocupam um espaço policentrista, contribuem efetivamente para a construção de um provimento jurisdicional que se dá participada e não *monologicamente*, destacando-se que é no direito fundamental do cidadão à obtenção de uma resposta adequada à Constituição, como resultado da soma de esforços procedimentalistas e substancialistas, que reside o principal ponto de convergência entre as duas teorias.

12. A garantia de que as decisões judiciais se deem de forma participada começa por exigir do juiz a obrigação de não exarar sentenças omissas, contraditórias ou obscuras, o que já representa grande avanço, na medida em que se evitam milhares de processos inúteis, razão por que o momento é de pugnar, como defende Lenio Streck, pela radical aplicação do art. 93, inc. IX, da CF/88. É que a plena maximização dessa diretriz constitucional esvazia de qualquer sentido a existência dos embargos de declaração e lhe justifica a extinção, pois o cumprimento do dever fundamental dos juízes de justificar as decisões como estabelecido na Constituição Federal é – eis a contribuição especial do presente estudo – uma condição de

possibilidade para o seu alijamento do sistema recursal brasileiro, dado que decisão judicial omissa, contraditória ou obscura não configura ato judicial adequadamente fundamentado, sendo, por isso, nula desde a origem, sem dizer que, à luz da norma constitucional retromencionada, sequer viram-se recepcionados pela Constituição Federal, o que os torna tecnicamente inconstitucionais.

13. Não obstante a manutenção do instituto dos embargos de declaração no Código de Processo Civil projetado, é forçoso reconhecer que, se aprovado definitivamente nos termos em que foi votado na Câmara Federal, importantes passos foram dados, porquanto a) o processo civil deverá ser interpretado conforme as normas da Constituição Federal, o que acaba com a prática (atual) no sentido contrário; b) incorpora a ideia de um processo jurisdicional constitucional democrático; c) consagra o contraditório no sentido forte; e d) estabelece em que condições uma decisão judicial não se considera fundamentada, fulminando-a com a nulidade, em caso de ausência de fundamentação, o que reforça, em caráter inédito na legislação infraconstitucional, o dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais.

14. Apesar desses reconhecidos avanços, a opção pela extinção dos embargos de declaração representaria a emancipação do sentido comum teórico. No entanto, apostou-se na sua manutenção e até revitalização, uma vez que o projeto do CPC incorpora modalidades de declaratórios criadas pela jurisprudência dos tribunais e não é com uma postura assim, refém do mito do aperfeiçoamento das decisões judiciais, mas com uma adequada compreensão da Constituição Federal, que se concretizará o efetivo reforço do dever fundamental de fundamentar as decisões, cujo momento sublime seria alcançado com a expunção desse recurso da legislação processual, eis que incompatível com a ordem constitucional e um alibi destinado a salvar decisões nulas, porque não fundamentadas completamente, o que se extrai a partir de um simples cotejo entre o dispositivo constitucional de regência e a legislação infraconstitucional que o disciplina.

15. Qualquer um dos vícios ensejadores de embargos de declaração (omissão, contradição e obscuridade) significam e podem ser resumidos em um só: ausência de fundamentação – o maior deles e que absorve os demais. Isso reforça a ideia da prescindibilidade dos embargos e da necessidade de decretação da nulidade pura e simples quando violado o dever de fundamentar, não havendo justificativa, como faz grande parte da doutrina, para fazer distinção entre sentença não fundamentada e sentença mal fundamentada, insuficientemente fundamentada ou deficientemente fundamentada. É que estas não deixam de ser uma forma (dis)simulada de ausência de fundamentação encobridora do dever de

fundamentar, garantia cujo sentido que lhe deve ser atribuído é aquele que se lhe dê a máxima eficácia, mesmo porque pode-se dizer, com Streck, que no interior de um constitucionalismo democrático não há que se falar em decisão judicial mais ou menos fundamentada, meio fundamentada ou meio legitimada.

16. Via de consequência, cai por terra o ponto de vista, sustentado por parte dos estudiosos do direito, de que a proposta de extinção dos embargos de declaração, que cederia lugar à declaração de nulidade do julgado, só encontra explicação para os casos de decisões omissas, não se estendendo às hipóteses de contradição e obscuridade, em relação às quais não se aplicaria a cominação contida no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal. Aliás, não está em jogo saber o que fazer com as decisões declaradas nulas, para o que certamente será encontrada uma solução, mas fazer valer a adequada compreensão do sentido da Constituição, conferindo-lhe força normativa e máxima eficácia, especificamente no dever de fundamentar as decisões judiciais sem cair nas armadilhas dos sentidos despistadores dos sentidos.

17. Assim como, para a mitologia grega, a história de Cronos é a da negação do tempo, no direito a história dos embargos de declaração é a da negação do sentido do *ser* da norma constitucional que trata do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, pois engolem qualquer tentativa de mudança que lhe represente uma ameaça e, por extensão, levam ao encobrimento do ser, como ocorreu com o projeto de lei do Senado Federal, que os extinguiu. O projeto do Código de Processo Civil, já aprovado na Câmara Federal, evitou o acontecer das decisões justificadas, fazendo do presente um tempo estéril porque o sentido do *ser* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais caiu no esquecimento, como se os embargos produzissem um efeito paralisante e congelante dos sentidos.

18. Com efeito, as condições de possibilidade para que o intérprete compreenda a Constituição Federal implicam a existência de uma pré-compreensão do seu significado, em decorrência do que sua força normativa dependerá de uma adequada interpretação, que se constitui em condição de possibilidade do acontecer da Constituição e que não ocorrerá se essa pré-compreensão do sentido da Constituição for conformada por pré-juízos inautênticos, o que resultará na sua ineficácia, o efeito mais grave que os embargos de declaração provocam no direito positivo brasileiro. Estes, ao induzir uma “baixa compreensão” do sentido constitucional do dever de fundamentar puxam, por via de consequência, para baixo a aplicação do inciso IX do artigo 93 da CF.

19. Uma das consequências da baixa compreensão da Constituição, que lhe fragiliza a força normativa, reside na insistência, pelos intérpretes do direito, de olhar o novo com os

olhos do velho. Assim, o art. 93, IX, da Constituição Federal, é lido a partir do Código de Processo Civil em vigor, que diz que as decisões omissas ou deficientemente fundamentadas podem ser corrigidas por meio dos declaratórios, o que equivale a impedir a visibilidade da norma constitucional – numa espécie de resistência à Constituição Federal, a que se confere um papel secundário, como se a era vivida fosse ainda a das codificações do modelo de Estado Liberal e não a das Constituições, urdida no seio do Estado Democrático de Direito. Trata-se, portanto, de um modo de ocultamento da Constituição Federal.

20. É preciso entender que o pensamento dogmático não pode continuar refém do sentido comum teórico, da filosofia da consciência, do paradigma da subjetividade que a representa e nem do esquema *sujeito-objeto* que a sustenta. Urge que se compreenda que, como os sentidos do direito são temporais e não podem continuar bloqueados por posturas fatalistas. Deve-se defender, com denodo, a ideia de que os embargos de declaração evitam o *acontecer* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais e, por essa simples razão, faz-se necessária a sua extinção, caso contrário permanecerão impedindo “o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador”. Isso significa dizer que a garantia de que trata o inciso IX do artigo 93 da Constituição tem o (duplo) significado de ser um dever sem deixar de ser um direito.

Por fim, parafraseando Warat, pode-se concluir que, além dos resultados já listados, esta é uma pesquisa com vários pontos finais. É possível que se continue sucumbindo ao fatalismo triunfante e triunfador, que o velho continue a se impor sobre o novo, que se permaneça enredado nas teias do senso comum teórico e o sentido do dever de fundamentar as decisões judiciais mantenha-se encoberto pelo mito de que os embargos de declaração se prestam a aperfeiçoar as decisões judiciais, único modo, segundo seus defensores, de se extrair a completa fundamentação de uma decisão.

Mas há um ponto, em especial, que requer um relevo e que precisa de novas palavras não para alimentar ou vestir ilusões (Warat), mas para reforçar as expectativas de que é possível extrair dos juízes um compromisso jurado em conjunto de se construir decisões judiciais como quem escreve em cadeia um único romance. Trata-se de um compromisso de cumprir rigorosamente o dever de fundamentar as decisões judiciais numa espécie de cruzada antisolipsista que garanta a preservação da integridade, a coerência e a autonomia do direito, hipótese em que a resposta correta nos termos da Constituição Federal, mais que possibilidade, será *acontecimento*. Isso, ao fim e ao cabo, resultaria na absoluta dispensabilidade dos embargos de declaração, não lhe restando outro destino senão o esquecimento, pela via da extinção.

Somente assim ocorrerá emancipação e se ficará livre de exercícios tautológicos que levem a indagar se as decisões são desfundamentadas porque existem os embargos de declaração ou se os embargos de declaração existem porque as decisões são desfundamentadas. Enquanto isso não ocorre, deve-se continuar a constranger, hermenêutica e epistemologicamente, como no trabalho da chuva fina que, imperceptivelmente, irriga o *ser* que foi encoberto, penetra o seio profundo da terra, remove-lhe os sulcos e lhe revolve o chão batido, tornando-a fofa, revirada e pronta para ser (pela palavra) lavrada.

É que, como foi dito no início desta pesquisa, o herói sem caráter (Macunaíma) de Mário de Andrade sempre existirá, e deverá mesmo existir, no imaginário das pessoas, pois bem ou mal faz parte de uma tentativa de construção de uma identidade nacional através da arte. O mesmo destino, contudo, não se deseja para o seu correspondente no Direito, os embargos de declaração, que devem ser expurgados da ordem jurídica pátria.

Deixe-se, pois, o espírito malandro e o jeitinho esperto restrito a Macunaíma, de Mario de Andrade. Nisso, o direito não tem que aprender com a literatura.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVIM, J. E. Carreira. Diversas faces dos embargos de declaração. *Revista de processo*, São Paulo, v. 30, n. 130, p. 11-18, dez. 2005.
- ANDRADE, Mário de. *Macunaíma: o herói sem nenhum caráter*. São Paulo: Martins Fontes, 1974.
- BARBOSA, Livia. *O Jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual do que os outros*. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2006.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional do processo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008, p. 131-148.
- BATH, Sérgio. *Brasil brasileiro: reflexões sobre o caráter nacional*. Brasília: Saga, 1994.
- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BORGES, Laryssa. Barbosa: é ‘tradição’ concluir processo após 2º julgamento. *Veja*, São Paulo, 9 out. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/barbosa-e-tradicao-concluir-processo-apos-2jul-gamento>>. Acesso em: 25 out. 2013.
- BOSI, Alfredo. Situação de Macunaíma. In: _____. *Céu, inferno: ensaios de crítica literária e ideológica*. São Paulo: Livraria Duas Cidades; Ed. 34, 2003.
- BRANDÃO, Junito de Souza. *Mitologia grega*. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. v. 1.
- BRASIL. Constituição (1891). *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 jul. 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10. dez. 2013.
- BRASIL. *Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.
- BRASIL. *Decreto-Lei n.5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. *Lei n.4.737, de 15 de julho de 1965*. Institui o Código Eleitoral. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 25 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 204272-3/MG*. 2ª Turma. Agravante: Partido da Frente Liberal - PFL. Agravados: Avay Miranda; Joel da Cruz Santos. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Diário da Justiça, Brasília, DF, n. 58, 26 de mar. 1999. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDecisao.asp?numDj=58&dataPublicacao=26/03/1999&incidente=3516433&capitulo=5&codigoMateria=3&numeroMateria=8&texto=635372>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 163074/PR*. 2ª Turma. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Aramis Domingos Cavichiolo. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, Diário da Justiça, Brasília, DF, 08 de mar. 1996. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=163047&classe=AI-AgR-ED>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 103.412/SP*. 1ª Turma. Impetrante: Sandro Tadeu de Moraes Leitão. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Rosa Weber. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 166, 22 de ago. 2012. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3862656>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no ArRg no AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RE nº 222752/SP*. 2ª Turma. Agravante: Viação Santa Brígida Ltda. Agravado: União. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília, Diário da Justiça, Brasília, DF, 9 de jun. 2005. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28222752.NUME.+OU+222752.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m9lsvwr>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDv nos EDcl no Recurso Extraordinário nº 202097/SP, Decisão do Plenário*. Embargante: Federação Nacional dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo. Embargado: Federação Nacional dos Empregados em Postos de Serviços de Combustíveis e Derivados de Petróleo. Relator: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça, Brasília, DF, n. 166, de 27 de ago. 2004. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=166&dataPublicacaoDj=27/08/2004&incidente=3698101&codCapitulo=5&numMateria=24&codMateria=1>>. Acesso em: 7 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n. 4.335-5/AC. Tribunal Pleno. Voto-vista do Min. Eros Grau*. Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 19 de abr. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.268/MG, 2004. Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 98*. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no ARE no RE nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 970.879/GO*. Embargante: Gilberto George de Castro Barbo. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Gilson Dipp. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, de 9 de abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200701732371>. Acesso em: 10 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no ARE no RE nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl nos EDcl no REsp nº 790.879/GO*. Corte Especial. Embargante: Gilberto George de Castro Barbo. Embargado: Banco do Brasil S/A. Relator: Min. Gilson Dipp. Brasília, DF, 3 de abr. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1221095&num_registro=200701732371&data=20130409&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *EDcl no AgRg no REsp 279889/AL*. Primeira Turma. Embargante: Fazenda Nacional. Embargados: Pedro Lourenço Wanderley e outros. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 16 de ago. 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=42169&num_registro=200000986119&data=20010924&formato=PDF>. Acesso em: 23 jul. 2014.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *EDcl no RR nº 6443/89*. 1ª Turma. Relator: Min. Fernando Damasceno. Diário da Justiça da União, Brasília, DF, 15 de fev. 1991.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Turma Recursal. Seção Judiciária Federal do Rio Grande do Sul. *Decisão no Recurso Cível nº 5003352-50.2011.404.7111*. Recorrente: Edemilson de Moraes. Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Relator: Juiz Federal Luiz Clovis Nunes Braga. Porto Alegre, 18 de set. 2012. Disponível em: <https://eproc.jfrs.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=711348750710533831130000003080&evento=711348750710533831130000001057&key=a5c26594e0b5ceb059a82bf0641a896f1c2e430bf82fd2ea55e0d7dbd172e05d>. Acesso em: 23 jul. 2014.

CALLIGARIS, Contardo. *Hello, Brasil!*: notas de um psicanalista europeu viajando no Brasil. São Paulo: Escuta, 1991.

CANÁRIO, Pedro. Advogada recorre de decisão para corrigir acentuação. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 28 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-dez-17/advogada-recorre-decisao-favoravel-corriger-erro-acentuacao>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO NETO, Menelick. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito: um ensaio de teoria da interpretação enquanto teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47-78.

_____. Processo e Jurisdição Constitucional. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 447-467.

_____. Ronald Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? In: TRINDADE, André Karan; GUBERT, Roberta Magalhães; COPETTI NETO, Alfredo (Org.) *Direito e Literatura: ensaios críticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 21-37.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; PEDRON, Flávio Quinaud. O que é uma decisão judicial fundamentada? Reflexões para uma perspectiva democrática do exercício da jurisdição no contexto da reforma processual civil. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Coord.). *Reforma do processo civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 125-126.

COPETTI SANTOS, André Leonardo. A incompatibilidade das decisões do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri com o Estado Democrático de Direito: uma interpretação da legitimidade das decisões judiciais a partir de uma interseção entre a filosofia e o direito. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 30-46, jan./jun. 2011. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/8990>. Acesso em: 10 jul. 2014.

COSTA, Moacyr Lobo da. *Origem dos embargos no direito lusitano*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

DUJARDIN, Édouard. *Os loureiros estão cortados*. Porto Alegre: Brejo, 2005.

DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *Uma questão de princípio*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Embargos de declaração: importância e necessidade de sua reabilitação*. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329185235.pdf>. Acesso em: 28 set. 2013.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FERNANDES, José Henrique Lara. *A fundamentação das decisões judiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. A motivação: conceitos fundamentais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro (Org.). *Argumentação e Estado constitucional*. São Paulo: Ícone, 2012. p. 433-467.

FUX, Luiz. *A Reforma do processo civil: comentários e análise crítica da reforma infraconstitucional do Poder Judiciário e da reforma do CPC*. Niterói: Impetus, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 2. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013, v. 1.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 6. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013, v. 2.

GARCIA, José Ailton; OLIVEIRA, Paulo Rogério de. Embargos de declaração e suas alterações no projeto do novo código de processo civil. *Revista SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 38, p. 39-60, dez. 2013.

GIHISLENI FILHO, João et al. A necessidade de repensar os embargos de declaração. *Justiça do Trabalho*, Porto Alegre, n. 328, p. 7-18, abr. 2011.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 2013.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *O homem cordial*. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mário de Salles. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

KELLEMEM, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões no direito processual democrático*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITE, Dante Moreira. *O caráter nacional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Pioneira, 1983.

LEMO, Tayara Talita et. al. Mutações constitucionais e democracia: uma (des)construção hermenêutica do problema da intervenção do Senado em sede de controle difuso de constitucionalidade. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2011, Curitiba. Anais eletrônicos... Curitiba: ABD Const., 2011. Disponível em: <<http://www.abd-const.com.br/revista3/franca.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTIUS, Carl F. Von. *Como se deve escrever a história do Brasil*. Dissertação oferecida ao Instituto Histórico e Geográfico do Brasil. Disponível em: <<http://pt.scrib.com/doc/36119344/Como-se-deve-escrever-a-história-do-Brasil>>. Acesso em: 12 nov. 2013.

MATTA, Roberto da. *O que faz o Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

_____. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

_____. *Relativizando: uma antropologia social*. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

MILLER, Cristiano Simão. A “contradição externa” como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3109, 5 jan. 2012. Disponível em: <<http://jus.co.br/revista/texto/20793/a-contradição-externa-como-vicio-capaz-de-ensejar-a-oposição-de-embargos-de-declaração>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

MILMAN, Fábio. *Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MINAS GERAIS. Município de Sete Lagoas. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal do Juizado da Infância e Juventude de Sete Lagoas. *Processo nº 222.942-8/06*. Sete Lagoas, 12 de fev. de 2007. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-out-23/cnj_avalua_decisao_tachou_lei_monstrengo_tinhoso?imprimir=1>. Acesso em: 23 jul. 2014.

MIRANDA, Vicente. *Embargos de declaração no processo civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MOTTA, Cristina Reindolff da. *A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Ativismo judicial como conceito natimorto para consolidação do Estado Democrático de Direito: as razões pelas quais a justiça não pode ser medida pela vontade de alguém. In: DIDIER JR., Fredie et al. *Ativismo Judicial e Garantismo Processual*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 525-546.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Dierle. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. Novo CPC consagra concepção dinâmica do contraditório. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 out. 2013. Disponível em: <[www.conjur.com.br/2013-out/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio?](http://www.conjur.com.br/2013-out/dierle-nunes-cpc-consagra-concepcao-dinamica-contraditorio)>. Acesso em: 10 out. 2013.

OLIVEIRA, Francisco de. Jeitinho e jeitão – uma tentativa de interpretação do caráter brasileiro. *Revista Piauí*, São Paulo, ed. 73, out. 2012. Disponível em: < <http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-73/tribuna-livre-da-luta-de-classes/jeitinho-e-jeitao>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na Filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. *Theoria e pratica dos embargos*. Rio de Janeiro: Typ. Revista dos Tribunais, 1918.

OMMATI, José Emílio Medaur. O positivismo jurídico na prática jurisprudencial brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto. *Teoria do direito neoconstitucional*. São Paulo: Método, 2008. p. 247-265.

OS EMBARGOS não servem para arrependimento, ministro. *Jornal o Globo*, Rio de Janeiro, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/os-embargos-nao-servem-para-arrependimento-ministro9575-441>>. Acesso em: 18 ago. 2013.

OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.

PEREIRA, Manuel Nunes. *Moronguêta: um Decameron indígena*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1967.

PIAUI. Município de Floriano. Tribunal de Justiça. 1ª Vara da Comarca de Floriano. *Ação de Usucapião nº 0000101-63.2009.8.18.028*. Autor: Loja Maçônica Fraternidade e Justiça Florianense nº 6. Ré: Maria Madalena Cordeiro. Disponível em: <http://www.tjpi.jus.br/themis_consulta/processo/177902009>. Acesso em: 23 jul. 2014.

PINTO, Melissa Silva. A aplicação do princípio da fungibilidade recursal nos embargos de declaração. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1642, 30 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10798/a-aplicacao-do-principio-da-fungibilidade-recursal-nos-embargos-de-declaracao/5>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

PLATÃO. *Crátilo*. São Paulo: Instituto Piaget, 2012.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 4. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Motivações ideológicas da sentença*. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PORTUGAL. Ordenações e leys do reyno de Portugal. *Ordenações Afonsinas*: livro III. [S.l., 2013?]. Reprodução *fac-símile*. Disponível em: <<http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afo-nsinas/>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

PRADO, Paulo. *Retrato do Brasil: ensaio sobre a tristeza brasileira*. São Paulo: eBookLibris/eBooksBrasil, 2008. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/pauloprado.html>>. Acesso em: 30 ago. 2013.

PRADO JUNIOR, Caio. *História econômica do Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1945.

PROENÇA, M. Cavalcanti. *Roteiro de Macunaíma*. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1987.

RAMOS, Guilherme Frederico. Os Embargos de declaração como instrumento de aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 51, p. 100-106, jun. 2007.

RIO DE JANEIRO. Município de Campos dos Goytacazes. Tribunal de Justiça. 2º Juizado Especial Cível. *Ação de Indenização nº 0010122-50.2008.8.19.0014 (2008.014.010008-2)*. Autor: Edesio Germano. Réus: Samsung; Casas Bahia Comercial Ltda. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consulta/ProcessoWebV2/consulta/Proc.do?v=2&FLAGNOME=&back=1&tipoConsulta=publica&numProcesso=2008.014.010008-2>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

RIO DE JANEIRO. Município de Pavuna. Tribunal de Justiça. 25º Juizado Especial Cível de Pavuna. *Ação de Indenização nº 0010336-32.2008.8.19.0211 (2008.211.010323-6)*. Autor: Carlos Almir da Silva Baptista. Réu: Jornal Meia Hora de Notícias. Processo nº 2008.211.010323-6 – TJ/RJ.

RIO GRANDE DO NORTE. Município de Patu. Tribunal de Justiça. Vara Única da Comarca de Patu. *Despacho de mero expediente no Processo nº: 0100222-69.2014.8.20.0125*. Autor: Francisco Sales Oliveira e Souza. Réu: Estado do Rio Grande do Sul. Patu, 24 de março de 2014. Disponível em: <<http://esaj.tjrj.jus.br/cpo/pg/search.do;jsessionid=57D698CD8DB583DA0685D7303DB467F4.appsWeb3?paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=125&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0100222-69.2014&foroNumeroUnificado=0125&dePesquisaNuUnificado=0100222-69.2014.8.20.0125&dePesquisa=#>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

RIO GRANDE DO SUL. Município de Porto Alegre. Tribunal de Justiça. 1ª Vara Criminal do Foro Regional Tristeza. *Denúncia nº 0279198-26.2012.8.21.0001 (001/2.12.0089261-3)*. Autor: Justiça Pública. Réu: Felipe Cardoso. Porto Alegre, 06 de março de 2013. Disponível em: <http://www3.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_doc1g_oracle.php?id_comarca=porto_alegre&ano_criacao=2013&cod_documento=688278&tem_campo_tipo_doc=S>. Acesso em: 23 jul. 2014.

RICOUER, Paul. *O justo I: a justiça como regra moral e como instituição*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROCHA, Manoel António Lopes. *A motivação da sentença. Gabinete de Documentação e Direito Comparado*. Disponível em: <www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7576-c.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2013.

RODRIGUES, Fernando; SELIGMAN, Felipe. Desfecho do mensalão pode levar até dois anos, diz ministro do STF. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 11 jun. 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/poderepolitica/2013/06/1293063-desfecho-do-mensalao-pode-levar-ate-2-anos-diz-ministro.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2013.

ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

SANTA CATARINA. Município de Chapecó. Juizado Especial Cível Federal. Seção Judiciária Federal de Santa Catarina. *Sentença nos Embargos Declaração na Ação de Cobrança nº 5008083-73.2012.404.7202*. Embargante: Emiliano Bianchi Dornsbach. Embargado: União - Fazenda Nacional. Disponível em: <https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=721361980830804260210000000001&evento=721361980830804260210000000001&key=0a462f6356440c6e9da6be5e69c548d9324f664ae132e3cbe4ccb48a674bcc7c>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SANTA CATARINA. Município de Florianópolis. Tribunal de Justiça. Juizado Especial Cível, Capital, Continente. *Sentença em ação de indenização Proc. nº 0000694-88.2011.8.24.0082 (082.11.000694-3)*. Autor: Antônio Cirtoli. Réu: Komlog Importação Ltda. Florianópolis, 22 de fevereiro de 2012. Disponível

em:<<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/abrirDocumentoVinculadoM ovimentacao.do?processo.codigo=2A0001EQR0000&cdDocumento=4545164&nmRecursoA cessado=Senten%c3%a7a+--+Proced%c3%aancia+parcial+do+pedido>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SÃO PAULO. Município de Franca. 3ª Vara Federal de Franca. Seção Judiciária Federal de São Paulo. *Despacho na Ação Ordinária nº 0005200-12.2009.403.6318*. Autor: Sebastião dos Reis Ribeiro. Réu: Instituto Nacional de Seguro Social - INSS. São Paulo, Diário de Justiça Eletrônico n. 104, 4 de jun. 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/VisualizarDocumento?CodigoTipoPublicacao=6&CodigoOrgao=2&CodigoDocumento=1670&IdMateria=138065>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SÃO PAULO. Município de São Paulo. Tribunal de Justiça. 9ª Vara Criminal de São Paulo. *Queixa Crime nº 936/2007*. Autor: Richarlyson Barbosa Felisbino. Réu: José Cyrillo Júnior. São Paulo, 5 de julho de 2007. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2007-ago-03/juiz_nega_acao_jogador_futebol_macho>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SARNEY, José. *Projeto de Lei nº 8.046/2010 (Origem PLS nº 166/2010)*. Ementa: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B48404B16703CA923DC043A0EC3E26D3.proposicoesWeb1?codteor=831805&filename=PL+8046/2010>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SCHWARCZ, Lilia Katri Moritz. *Complexo de Zé Carioca: notas sobre uma identidade mestiça e malandra*. Disponível em: <www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_03>. Acesso em: 12 nov. 2013.

SHAKESPEARE, William. *Medida por medida*. [S.I.]: Ridendo Castigat Mores. Versão para eBook eBooksBrasil.com, set. 2000. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobe-book/medida.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2014.

SILVA, Antonio Carlos. *Embargos de declaração no Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Beclaute Oliveira. *A garantia fundamental à motivação da decisão judicial*. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. In: FREIRE, Alexandre et al (Org.). *Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 189-204.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma da racionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Ênio. Apresentação. In: KELLEMEM, Peter. *Brasil para principiantes, venturas e desventuras de um brasileiro naturalizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

SIMON, Pedro. *Projeto de lei do Senado nº 138/2004*. Ementa: Acrescenta parágrafo ao artigo 496 da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, limitando a possibilidade de apresentação de recursos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/consulta.asp?Tipo_Cons=6&orderby=6&Flag=1&RAD_TIP=PLS&str_tipo=PLS&radAtivo=S&txt_num=138&txt_ano=2004&btnSubmit=pequisar>. Acesso em: 16 jul. 2014.

SOUZA, Gilda de Mello e. *O tupi e o alaué: uma interpretação de Macunaíma*. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?* Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index-.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Azdak, Humpty Dumpty e os embargos declaratórios. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

_____. *Compreender Direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. De como a dogmática jurídica traiu a filosofia. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Faltam grandes narrativas *no* e *ao* direito. In: STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan (Org.). *Direito e literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 227-231.

_____. Hermenêutica, constituição e processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia”: o contraponto da resposta correta. In: MACHADO, Felipe; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coord.). *Constituição e Processo: a contribuição do processo no constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 153-172.

_____. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. “Não sei... mas as coisas sempre foram assim por aqui”. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 19 set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-19/senso-incomum-nao-sei-coisas-sempre-foram-assim-aqui>>. Acesso em: 20 set. 2013.

_____. O juiz do RN e o tamanho da petição – o Nobel é nosso! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-17/senso-incomum-juiz-rn-tamanho-peticao-nobel-nosso>>. Acesso em: 18 abr. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. O problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. In: BARROS, Flaviane de Magalhães; BOLZAN DE MORAIS, José Luís (Org.). *Reforma do Processo Civil: perspectivas constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 55-74.

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. O que é isto – a verdade real? Uma crítica ao sincretismo jusfilosófico de *terrae brasilis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 921, p. 359-391, jul. 2012.

_____. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAM DE MORAIS, José Luís de (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*: anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado, n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado / São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Por que agora dá pra apostar no projeto do novo CPC! *Consultor Jurídico*, São Paulo, 21 out. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br/2013-out-21/lenio-streck-agora-apostar-projeto-cpc?>. Acesso em: 14 jan. 2014.

_____. Prefácio. In: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 10.

_____. Uma visão hermenêutica do papel da Constituição em países periféricos. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). *Política criminal, estado e democracia: homenagem aos 40 anos do Curso de Direito e aos 10 anos do Curso de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade, LIMA, Martônio Mont’Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. In: *Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/poa/>>. Acesso em: 26 fev. 2014.

STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. Comentário ao artigo 93, inciso IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, Almedina, 2013. p. 1319-1326.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRUCHINER, Noel. Filosofia da Linguagem. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 333-337.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 6. 20 anos de constitucionalismo democrático – E agora? 2008, p. 233-263.

TESTES de educação. São Paulo: Educar para crescer, 2013. <<http://educarparacrescer.abril.com.br/testes/>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, p. 29-46, mar. 2013.

VELOSO, Caetano. *Antropofagia*. São Paulo: Penguin & Companhia das Letras, 2012.

VIVEIROS, Estefânia. Os novos embargos de declaração no Anteprojeto do Código de Processo Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 48, n. 191, p. 191-207, jul./set. 2011.

_____. *Os limites do juiz para a correção do erro material*. Brasília: Galeria Jurídica, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Nulidades do Processo e da Sentença*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WARAT, Luís Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul, RS: Edunisc, 2000.

_____. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994.

XAVIER, Bruno Gadelha. Jeitinho brasileiro e embargos de declaração: por uma análise sociológica do *traum* constitucional de respostas fundamentadas. *Panóptica*, Vitória, v. 8, n.1, 2013. Disponível em:< <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/298>>. Acesso em: 20 nov. 2013.

ZWEIG, Stefan. *Brasil: país do futuro*. Disponível em:< <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/paisdofuturo.pdf> >. Acesso em: 25 nov. 2013.