XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, ARTE E LITERATURA

DANIELA MESQUITA LEUTCHUK DE CADEMARTORI

LUCIANA COSTA POLI

REGINA VERA VILLAS BOAS

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito arte e literatura [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, Luciana Costa Poli, Regina Vera Villas Boas– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-047-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Arte. 3. Literatura. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO, ARTE E LITERATURA

Apresentação

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: CONTRIBUIÇÕES PARA OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO DO MILÊNIO

APRESENTAÇÃO DO GRUPO DE TRABALHO DIREITO, ARTE E LITERATURA

É com grande alegria que as Coordenadoras Professoras Doutoras Regina Vera Villas Bôas, Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori e Luciana Costa Poli apresentam os artigos que foram expostos no Grupo de Trabalho (GT- 18)Direito, Arte e Literatura, o qual compôs, juntamente com quarenta e quatro Grupos de Trabalho, o rico elenco de textos científicos oferecidos no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, que recepcionou a temática Direito, Constituição e Cidadania: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio, realizado na cidade de Aracaju (Sergipe), nos dias 03, 04, 05 e 06 de junho de 2015.

OXXIV Encontro Nacional do CONPEDI propiciou ampla e preciosa integração educacional, ao recepcionar escritos de autores oriundos de distintas localidades do território nacional e, também,de outras nações, aproximando suas culturas e filosofias. Incentivou estudos, pesquisas e discussões sobre os Direitos Humanos e Fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil, a Cidadania, buscando contribuir com os objetivos de desenvolvimento do milênio. Para tanto, recepcionou artigos que se referiam, notadamente, à problemática social contemporânea, envolvente de temas jurídicos importantes e atuais,o que foi revelado por cada conteúdo expresso nos artigos científicos exibidos nos variados Grupos de Trabalhos, durante o período de realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI.

A presente Coordenação acompanhou a exposição dos artigos junto ao Grupo de Trabalho (GT-18), o qual selecionou textos que trouxeram aos debates relevantes discussões sobre o Direito, a Arte e a Literatura. Aos temas abordados nas pesquisas foram trazidos ao mundo jurídico, a partir de clássicos do cinema, da poesia, do teatro, da música e de obras literárias, notadamente. Os artigos expostos apontaram polêmicas de uma sociedade pós-moderna, complexa, líquida e insegura, apresentando, em algumas ocasiões, caminhos de solução, ou pelo menos de possibilidade de conhecimento transformador das realidades do mundo, desafiando a efetividade dos direitos humanos e fundamentais, no contexto da sociedade contemporânea.

Foram abordadas disciplinas e matérias relevantes que trouxeram à baila temas sócio-jurídicos atuais e de interesse social, entre os quais:construção da solidariedade social; direitos da mulher; direito à liberdade; direito à liberdade de expressão; direito humano à dignidade; instrumentos de controle social; políticas públicas de desenvolvimento social.

Pode-se afirmar que os textos selecionados foram construídos a partir de bases filosóficas seguras, as quais permitiram amplas reflexões a respeito da necessidade de o homem contemporâneo se preocupar com a busca dos valores de sua essência, a partir da concepção do conceito de dignidade que envolva o respeito ao seu semelhante, e não semelhante, valorando o homem, o meio ambiente, a sustentabilidade e a preservação da natureza para a presente e as futuras gerações. Valores clássicos e contemporâneos como a igualdade, a liberdade, e a fraternidade, entre outros, foram recordados no contexto da valoração da vida saudável e da constatação das sociedades dos riscos e das violências.

A seguir,relaciona-se os nomes dos Autores e dos títulos dos Artigos científicos apresentados no evento alguns deles produzidos em coautoria todos tratando da temática abordada no Grupo de Trabalho (GT 18) Direito, Arte e Literatura.Brilhantes autores levaram excelentes textos científicos ao XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, merecendo todos eles os cumprimentos pelas exibições. Todos os textos aqui assinalados compõem Obra Coletiva, a ser disponibilizada eletronicamente, com a finalidade de ampliar as reflexões sobre os temas apresentados no evento:

NOMES DOS AUTORES E DOS RESPECTIVOS TÍTULOS DOS TEXTOS EXIBIDOS NO GRUPO DE TRABALHO (GT 18) DIREITO, ARTE E LITERATURA

1 Na tercia Sampaio Siqueira

Rafael Marcílio Xerez (ausente no evento)

A concretização do direito como arte: harmonizando Apolo e Dionísio

2 - Margareth Vetis Zaganelli

Miriam Coutinho de Farias Alves

A dialética do corpo na narrativa de Clarice Lispector: a feminilidade e os direitos da mulher na via crucis do corpo

3 - Virna de Barros Nunes Figueiredo

A relevância da literatura na construção da solidariedade social à luz do pensamento de Richard Rorty

4 - Ivan Aparecido Ruiz

Pedro Faraco Neto (ausente no evento)

Análise da música Construção: forte crítica à alienação humana e à (ideológica) Teoria do Mínimo Existencial

5 - Arthur Ramos do Nascimento

Análise jurídica dos contratos de submissão (e dominação): considerações sobre os direitos de liberdade e dignidade da pessoa humana o direito contratual em Cinquenta Tons de Cinza

6 - Frederico de Andrade Gabrich

Arte, storytelling e direito

7 - Luciana Pereira Queiroz Pimenta Ferreira

Cândice Lisbôa Alves (ausente no evento)

Da Capitu machadiana às Capitus do século XXI: o lugar da mulher no intercâmbio entre direito e literatura, à luz do romance Dom Casmurro

8 - Francielle Lopes Rocha

Valéria Silva Galdino

Da transfobia e do estupro corretivo no filme Meninos Não Choram

9Caroline Christine Mesquita

Daniela Menengoti Ribeiro (ausente no evento)

Discrímen Razoável frente à Relativização da Justiça Humana: análise do filme Deus da Carnificina

10 - Sergio Nojiri

Roberto Cestari

Interdisciplinaridade: o que o direito pode aprender com o cinema

11 - Queila Rocha Carmona dos Santos

Alexandre Bucci(ausente no evento)

Interfaces entre direito, filosofia e cinema: uma análise jurídico-filosófica da ética em Kant sob a perspectiva do filme Concorrência Desleal de Ettore Scola

12 - Juliana Ervilha Teixeira Pereira

Intermitências da Morte: a dignidade da pessoa humana, a autonomia e o dever de viver

13 - Marcos José Pinto

Laranja Mecânica (o filme): análise discursiva do controle social sobre o indivíduo à luz de Michel Foucault, Pierre Bourdieu e Enrique Marí

14 - Juliana Cristine Diniz Campos

O Brasil de Peri e o advento da República: a construção da ideia política de nação pela literatura brasileira do século XIX

15 - Marcelo Dias Ponte

Zaneir Gonçalves Teixeira(ausente no evento)

O centenário da seca do Quinze: reflexões sobre a obra de Rachel de Queiroz no contexto das políticas públicas de desenvolvimento regional

16 - Isabela Maria Marques Thebaldi

Iana Soares de Oliveira Pena

O filme A Pele que Habito e os limites da autonomia privada nos atos de modificação corporal: uma análise à luz do princípio da dignidade humana

17 - João Luiz Rocha do Nascimento

Reflexões sobre a equivocada aposta da dogmática jurídica na manutenção o dos embargos de declaração, o Macunaíma do direito brasileiro

18 - José Antonio Rego Magalhães

Lívia de Meira Lima Paiva (ausente no evento)

Representação e interrupção: uma discussão entre direito e teatro a partir de Walter Benjamin e Bertold Brecht

19 - Anne Greice Soares Ribeiro Macedo

Seres de Papel figuras e rasuras ou quando o direito bate às portas da arte

19 - Renato Duro Dias

Séries de animação: diálogos entre direito, arte e cultura popular

20 - Douglas Lemos Monteiro dos Santos

Um olhar jurídico sobre as relações intersubjetivas em A Hora da Estrela: quando o direito vem em socorro de Macabéa

21 - Leyde Aparecida Rodrigues dos Santos

Daisy Rafaela da Silva(ausente no evento)

O Leitor e O Juri: análise jurídica da sétima arte

COORDENADORES DO G.T. DIREITO, ARTE e LITERATURA

Regina Vera Villas Bôas

Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade deCoimbra/Ius Gentium Conimbrigae.Graduada em Direito, Mestre em Direito Civil, Doutora em Direito Privado e Doutora em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica deSão Paulo. Professora e Pesquisadora nos Programasde Mestrado em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos do UNISAL- Lorena (SP)e nos Programas de Graduação ede Pós-Graduação- lato estricto sensu em Direitos Difusos e Coletivos e em Direito Minerário, ambos da PUC/SP. Contato: regvboas@terra.com.br

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori

Graduada em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Maria RS (1984; 1986), mestrado e doutorado pela Universidade Federal de Santa Catarina (1993;2001) e pós-doutorado pela UFSC (2015). Atualmente é professora da graduação e pós-graduação em Direito da Unilasalle (Canoas RS). Contato: daniela.cademartori@unilasalle.edu.br

Luciana Costa Poli

Professora visitante no programa de mestrado na UNESP. Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUME/MG. Bacharela em Direito pela PUC/MG

REFLEXÕES SOBRE A EQUIVOCADA APOSTA DA DOGMÁTICA JURÍDICA NA MANUTENÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, O MACUNAÍMA DO DIREITO BRASILEIRO

REFLEXIONS OVER A FLAWED BET ON JUDICIAL DOGMATIC IN MAINTAINING OF THE AMENDMENT OF JUDGMENT, THE MACUNAÍMA OF THE BRAZILIAN LAW

Joao Luiz Rocha Do Nascimento

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar que a aposta da dogmática jurídica na manutenção do instituto dos embargos de declaração, o Macunaíma do direito brasileiro, é equivocada, bem como o de reconhecer que o cumprimento do dever fundamental dos juízes de justificar suas decisões diretamente vinculado ao direito fundamental à obtenção de uma resposta correta tal como estabelecido na Constituição Federal constitui em condição de possibilidade para a extinção, no sistema recursal brasileiro, dos embargos de declaração, dado que decisão judicial omissa, contraditória ou obscura não configura ato judicial adequadamente fundamentado que, por essa razão mesma, é, desde a origem, nulo. Assim, a plena maximização da diretriz constitucional prevista no artigo 93, IX, esvazia todo e qualquer sentido de existência dos embargos de declaração, o que justifica a necessidade da extinção desse instituto de notória disfunção que, nos atuais contornos, somente se prestam a agravar a baixa efetividade da Constituição Federal.

Palavras-chave: Decisões judiciais: fundamentação obrigatória, Resposta adequada, Baixa efetividade. embargos de declaração: macunaíma, Disfunção, Desnecessidade, Extinção.

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to demonstrate that the legal doctrine commitment in maintaining the Institute of request for clarification, the Macunaíma of the brazilian law, is wrong, as well as to recognize that compliance with the fundamental duty of judges to justify their decisions - directly linked to the fundamental right to obtain a correct answer - as stipulated in the Constitution is in a condition of possibility for extinction in the Brazilian appeal system, the request for clarification, since judicial missing, unclear or contradictory judicial act does not set properly reasoned, for that very reason , is from the origin, invalid. So, the full maximization of constitutional directive under Article 93, IX, empties all sense of existence of a motion for clarification, which justifies the need of extinction this institute notorious dysfunction that in present contours, only lend themselves to aggravate low effectiveness of the Federal Constitution.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: judgments: mandatory motivation; appropriate response, Low effectiveness. requests for clarification: macunaíma, Dysfunction; unnecessary, Extinction.

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 artigo, de uma falácia e de uma postura fatalista própria de quem se encontra preso ao *habitus dogmaticus*. Desconstruir esse mito é um dos objetivos deste artigo, no 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.

---

[1]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.

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 *fórceps* 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 8.046/2010[2], que institui o novo Código de Processo Civil (CPC), recentemente aprovado e sancionado, 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 novo CPC, 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 amesquinhamento da ordem constitucional, que expressamente determina que todas as decisões devem ser fundamentadas.

Esses, pois, os contornos delimitadores deste estudo, que se posiciona contra esse estado de arte e se centra na defesa da extinção dos embargos de declaração na ordem jurídica brasileira.

---

[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.

1 DE COMO E PORQUE OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO SE TORNARAM O MACUNAÍMA DA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

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 Veloso: "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" (VELOSO, 2012, p. 54).

Oswald de Andrade não viveu o suficiente para ver suas ideias concretizadas. Logo depois de 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, pois, de dois dos poucos exemplos emblemáticos de canibalismo cultural à brasileira[3], ou seja, 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 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

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

autêntica deglutição pós-metabolização, devolvida como algo no mínimo criativo, sem se cogitar aqui do mérito quanto à sua adequação ou não. 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 Alexy, 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 totalmente descontextualizadas, retiram elas do direito toda a facticidade, numa desconsideração ao caso concreto[4].

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.

A referência é, no caso, à presença (ainda) do instituto dos embargos de declaração na ordem jurídica brasileira, mesmo em tempos de um anunciado e novo código de processo civil. Os embargos de declaração, como se demonstrará adiante, chegaram ao Brasil com as primeiras caravelas. Sua origem não é romana, germânica, canônica, muito menos anglo-saxônica, mas se trata de uma invenção portuguesa, embora, atualmente, nem mesmo 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 desfigurados[5] por um ritual antropofágico que certamente desagradaria Oswald de Andrade e que ainda prossegue, porquanto a cada dia surgem novas tentativas de se criar mais um subproduto[6]. Ora, de um instituto que mais preste 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 deste breve estudo. Demonstrar que a aposta

---

[4] As duas ocorrências podem ser conferidas em Clarissa Tassinari (*Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013) e em Lenio Streck (*O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013).

[5] As sucessivas transformações legislativas por que passaram os embargos de declaração, aliado às variadas criações judiciais de novas modalidades do instituto, não guardam qualquer relação com a sua origem.

[6] Veja adiante o relato da proposta de criação de mais uma modalidade de embargos de declaração, voltada para eliminar *contradições externas*, ou seja, aquelas verificadas entre acórdãos de turmas de um mesmo tribunal cujas decisões são opostas, ainda que diante da apreciação de idêntica matéria.

(equivocada) da dogmática jurídica na sua manutenção fragiliza a ordem constitucional em vigor à medida que relativiza e empurra para debaixo do tapete 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 Federal, se apresenta como verdadeira condição de possibilidade de sua a extinção em razão de uma disfuncionalidade que produz consequências negativas para o direito, razão pela qual o que se propõe aqui é a extinção dos embargos de declaração em razão mesmo da obrigação do juiz de fundamentar as decisões que prolata.

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*. Esse é o sentimento nutrido pelo advogado quando quer ganhar tempo ou se acha surpreendido com uma decisão desfavorável, e também pelo juiz quando, premido pelas metas 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 de declaração. 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, 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 a Raul Bopp, com o poema

antropofágico *Cobra Norato* (BOPP, 1976*)*, e a Mário de Andrade, com *Macunaíma, o herói sem nenhum caráter* (ANDRADE, 1974), o papel de materializar as ideias do programa *oswaldiano*.

Na *web* há um conhecido site[7] 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 *Acossado*, 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 Literatura[8], 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 sentimentos[9], com a agravante de que, sem um caráter definido[10], 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.

---

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

[8] 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.

[9] Há algum tempo atrás, 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.

[10] Lembre-se que durante muito tempo travou-se a seguinte discussão: trata-se de recurso ou de incidente?

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 seja a maior contribuição *andradiana* para a cultura brasileira, o mesmo não pode ser dito do seu correspondente no Direito, os embargos 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"[11] em que vive o direito no/do Brasil, de que é exemplo contundente o uso abusivo e repetitivo, quase sem limites, pois, de embargos de declaração a partir de uma mesma matriz decisória, como no caso do Recurso Extraordinário nº 222.752 trazido à colação por Lenio Streck no artigo *Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios* (STRECK, 2013, p. 89-97) onde se registra nada menos do que 05 (cinco) embargos de declaração num mesmo processo.

São, pois, os embargos de declaração revestidos de um caráter *macunaímico,* no seu sentido mais perverso e danoso, o que, segundo Lenio Streck, impedem o "acontecer" (STRECK, 2013, p. 89-97) mesmo 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.

[11] 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.

2 REFLEXÕES ACERCA DE UM HERÓI SEM NENHUM CARÁTER

Segundo a dicção da norma cravada no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal (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 imposto ao juiz sempre fez parte da tradição jurídica, eis que presente na legislação a partir mesmo do período colonial, nas chamadas Ordenações Filipinas (NOJIRI, 1999, p. 28). Mas, foi com a Norma Fundamental promulgada em 04.10.1988, e isso é fato incontroverso, que a obrigação de justificar as decisões judiciais adquiriu os contornos atuais e ganhou a grandeza constitucional de que hoje é detentora.

Fundamentar significa justificar, explicitar, legitimar (como, quem, quando, por que e de que modo se decide). Dizendo de outro modo, 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, dialogada, dialética e entrecruzada das teses, normalmente contrárias, desfiadas pelos sujeitos que estão no centro do conflito de interesses, as quais devem ser enfrentadas de forma exaustiva 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 confirmada (STRECK, 2012, p. 107).

Ainda segundo a lição do jurista gaúcho (STRECK, 2012, p. 219), que defende uma radical aplicação do comando inscrito no artigo 93, IX, da Constituição Federal, "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 não é levada a sério, não. Para Streck, 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 (STRECK, 2012, p. 412).

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, pois, da proclamação da independência. Com efeito, a par da existência do dever fundamental de fundamentar estabelecido do art. 93, IX, da CF, somente no atual e ainda vigente CPC[1] (e limitando-se a esse digesto, sem prejuízo do que dispõem no mesmo sentido o CPP e a CLT) é possível localizar pelos menos três dispositivos (artigos 131, 165 e 458) que tratam da matéria.

Ainda assim, não é o bastante. Em terras brasileiras, na maioria das vezes, se faz 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, quanto aos seus variados e inconfessáveis propósitos, inclui-se a função de atuar como *remendo*, para, no dizer de Lenio Streck, "esquentar" decisões inadequadas (STRECK, 2013, p. 12), funcionando não somente como um *tampão*, mas também como um *fórceps* jurídico para extrair a fundamentação de uma decisão.

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

A despeito do dever fundamental de justificar as decisões, previsto na CF 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) 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 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 juízes[2] – que raramente admitem qualquer espécie de "aperfeiçoamento" em suas decisões – dirão que os embargos na sua grande maioria têm o caráter meramente protelatório. Verdade ou não, as estatísticas demonstram que 90% deles

---

[1] A Lei n. 13.105, de 16.03.2015, que institui o novo CPC, nos termos do artigo 1.045, somente entrará em vigor no prazo de 01 (um) ano após a sua publicação no DOU, que ocorreu em 17.03.2015.

[2] Sem prejuízo daqueles que apostam numa espécie de loteria. Julgam *assim* ou *assado*, certos de que qualquer coisa haverá sempre uns embargos de declaração que darão oportunidade para corrigir eventuais falhas decisórias.

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, passou por várias transformações e adaptações (VIVEIROS, 2011, p. 191-207). No princípio, eles serviam à declaração de uma omissão, contradição, obscuridade e dúvida, com caráter meramente devolutivo e apenas suspendendo o prazo do chamado 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 toda sorte de 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 limite, daí que se repetem, havendo registros que superam meia dúzia deles a partir de (ou contra) uma mesma decisão.

Não bastasse, há até quem defenda o seu uso inclusive para combater uma *contradição externa*[3]. Recentemente, o *Conjur*[4], conhecido portal da *web*, noticiou 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 (CANÁRIO, 2012).

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

---

[3] Veja-se o artigo: "*A contradição externa como vício capaz de ensejar os embargos de declaração*", 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 28.12.2012. Nele, 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!

[4] Consultor Jurídico, revista eletrônica disponível em :http://www.conjur.com.br/.

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 embargos de declaração. Que tal a criação, por via oblíqua, certamente, de mais uma modalidade de embargos de declaração? Não que eu concorde com Crátilo[5] (PLATÃO, 2012), visto que não vejo no instituto qualquer tipo de essência, muito menos com Hermógenes[6], mas, de qualquer modo, e sem rigor em termos de compromisso, vou atribuir um nome à cereja do bolo: *embargos de declaração fungíveis ou de fungibilidade* Na verdade, a aplicação do princípio da fungibilidade dos recursos aos embargos de declaração é o que defende Melissa Silva Pinto em monografia disponível em revistas e portais na internet. Com efeito, a articulista postula aberta e *darwinianamente* a criação de mais uma espécie de embargos de declaração, a que "*cratiloniamente"* denominei *embargos de declaração fungíveis ou de fungibilidade*, acrescentando assim mais um nome no já extenso rol. A justificativa da autora 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 fungibilidade recursal a ele" (PINTO, 2007).

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 que resultou na Lei 13.105/15 e instituiu o novo Código de Processo Civil, 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 (nem tudo está

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

[6] Ver nota acima.

perdido!) 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 existiu sim um projeto de lei nesse sentido. Refiro-me ao Projeto de Lei nº 138/2004 que tramitou no Senado Federal, mas 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 Federal[7]. Não é de estranhar que tenha sido arquivado e que isto tenha ocorrido na mesma legislatura em que foi encaminhado também ao mesmo Senado o anteprojeto de lei do novo Código de Processo Civil, convertido no Projeto de Lei 166/2010, ali aprovado e encaminhado à Câmara dos Deputados, onde tramitou com o nº 8046/2010. Aprovado com modificações na Câmara Federal, retornou ao Senado que o aprovou definitivamente, dando origem à Lei 13.105/15, sancionada em 16.03.2015 e publicada no Diário Oficial da União em 17.03.2015. Incompatível com o projeto que resultou no 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 concebido ficou a meio caminho. Com efeito, a rigor, o que propunha o referido PL era simplesmente, mal comparando, algo parecido com a troca de guarda no Palácio de *Buckingham*. Noutro modo de dizer: a proposta era de 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 aqui uma expressão bem a gosto de Streck, eis que, como lembra Cristina Reindolff da Motta (MOTTA, 2012), 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 CCJ, e gerou um substitutivo de iniciativa do governo federal, que excluíam 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-C[8].

---

[7]http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/Consulta.asp?STR_TIPO=PLS&TXT_NUM=138&TXT_ANO=2004&Tipo_Cons=6&IND_COMPL=&FlagTot+1. Acesso em 31 jan.2013.

[8] Ver a íntegra do PL nº 138/2004 no site acima indicado.

Registre-se, contudo, pelo menos, dois avanços na 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.

Como, porém, já foi asseverado, o PL que resultou no novo CPC passou o rolo compressor por cima do PLS 138/2004. De fato, o novo CPC recentemente aprovado e sancionado continua ignorando a presença na Constituição Federal do artigo 93, IX.

Com efeito, os embargos de declaração são regulados nos artigos 1.022 e seguintes:

> Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:
> I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;
> II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;
> III - corrigir erro material.
> Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:
> I - deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;
> II - incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.
> Art. 1.023. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz, com indicação do erro, obscuridade, contradição ou omissão, e não se sujeitam a preparo.
> § 1º Aplica-se aos embargos de declaração o art. 229.
> § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.
> Art. 1.024. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias.
> § 1º Nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto, e, não havendo julgamento nessa sessão, será o recurso incluído em pauta automaticamente.
> § 2º Quando os embargos de declaração forem opostos contra decisão de relator ou outra decisão unipessoal proferida em tribunal, o órgão prolator da decisão embargada decidi-los-á monocraticamente.
> § 3º 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 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.
> § 4º 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 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

> § 5º 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. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.
> Art. 1.026. 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, se 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 da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final.
> § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios.

Uma leitura atenta desses dispositivos conduz às seguintes conclusões: a) há 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, porque as partes o têm de obter do juiz uma decisão adequadamente fundamentada e é dever, pois é obrigação do juiz de fundamentar/justificar suas decisões; b) há também 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 1.022/1.026), o artigo 11 reproduz o teor do art. 93, IX, da CF, que consagra o dever de fundamentar as decisões judiciais; c) há incorporação do criacionismo judicial, ao se admitir expressamente que qualquer decisão pode ser objeto de embargos e com efeitos modificativos; d) há resolução, de certo modo, da problemática do prequestionamento, o que alivia a tensão, à medida 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, caso o tribunal superior considere existentes omissão, contradição ou obscuridade; e) há uma

limitação à repetição de embargos se estes forem considerados protelatórios, tal como disposto nos §§ 3ºe 4º do art. 1.026.

Nas ciências médicas e biológicas, quando determinado organismo está funcionando de forma regular, diz-se que fisiologicamente ele não apresenta nenhuma disfunção e, assim, tem funcionamento normal. 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, no jeitinho ou na esperteza insolente e *macunaímica*, 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 extinguia os embargos malogrou, embora sua proposta representasse nada mais do que uma troca de *seis por meia dúzia*. Por essa mesma razão, talvez se explique a aposta do novo CPC na manutenção da presença dos embargos declaratórios. Dizer então que os embargos se prestam ao aperfeiçoamento do julgado não passa de uma falácia velada e, no mais das vezes, deslavada, o que faz desse 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, que seja o mais evidente sintoma, o agente propagador e a própria patologia do sistema jurídico nessas terras de nem tantas palmeiras mais.

Assim, medidas paliativas como as propostas de reformas da legislação processual não vão resolver o problema. Não basta 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 começo seria o de começar a exigir do juiz o estrito e rigoroso cumprimento do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais, hipótese em que, desde que efetivamente ocorra, conduziria os embargos de declaração ao esquecimento.

Enquanto isso não ocorre, todas as disfunções aqui mencionadas fazem com que os embargos de declaração sejam uma espécie de *macunaíma* do sistema processual brasileiro, ou seja, um herói sem nenhum caráter, porque serve aos mais diferentes propósitos: do simples ócio criativo à mais refinada chicana. Na verdade, sem caráter definido.

Estefânia Viveiros (VIVEIROS, 2011, p. 192), 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 que resultou no 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 a 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 que, correlato ao dever fundamental, há o correspondente direito fundamental a uma decisão judicial ajustada à Constituição Federal; *iii*) estabelecer que à luz do que dispõe o artigo. 93, IX, da CF, o referido instituto sequer foi recebido pela Constituição; *iv*) sustentar 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 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 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 requer combate.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Luis Alberto Warat, ao tratar das *Verdades Malandras* (WARAT, 2000, p. 126), conta que certa feita, "enganando o tédio" e no mesmo bar[1] em que Vinícius de Moraes cobriu com seu machismo o corpo da mulher carioca, um amigo lhe apresentou Bakhtin[2]. Relata que nessa conversa, mas sem lembrar completamente das circunstâncias, 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" (WARAT, 2000, p. 126).

O antropólogo maranhense-amazonense Manuel Nunes Pereira reproduz, naquela que é considerada a sua principal obra (PEREIRA, 1967) uma lenda indígena chamada *Mito de Macunaíma, o desobediente* (PEREIRA, 1967, p. 73), *s*egundo a qual Macunaíma ainda criança foi advertido por seus irmãos para que nunca olhasse o sexo de uma mulher que, por ser horrível e perigoso, dele deveria fugir. Desobediente e teimoso como era, 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 se virou formiga é que alcançou seu 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, quando então sopraram sobre ele, que acordou rindo, rindo.

A referência aqui 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 comparticipada 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 20 anos e em pleno paradigma do Estado Democrático de Direito, do giro linguístico e do constitucionalismo contemporâneo, a

---

[1] O estabelecimento a que se refere se trata, evidentemente, do tradicional Bar *Garota de Ipanema*, que leva o mesmo nome da famosa composição de Antonio Carlos Jobim Brasileiro e Vinicius de Moraes.

[2] Mikhail Mikhailovich Bakhtin, filósofo e pensador russo.

ordem jurídica brasileira ainda se vê obrigada a conviver com esse instituto, insigne representante, quem sabe o maior, da malandragem jurídica brasileira.

Com efeito, os embargos de declaração incorporam o mito e o espírito de Macunaíma, o manhoso desobediente. De fato, não há negar (e aqui relembro de que se trata de uma metáfora) que os 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, são dotados de uma enorme capacidade de transformação[3], de sorte alcançar seus intentos, nem sempre nobres. Assim como Macunaíma tem fôlego de sete ou mais vidas, assim os embargos.

Só para lembrar: já se pensou na sua extinção. Foi elaborado, inclusive, um projeto de lei com esse objetivo. Alguém deve ter imaginado que seria o seu fim. Ledo engano. Ficou adormecido durante anos. E aí ocorreu algo parecido com a lenda indígena. Surgiu um novo projeto de lei e este, ao invés de expungi-los, deram aos embargos um novo sopro de vida, fazendo que acordassem rindo, rindo, mais vivos do que nunca, porque agora iriam ganhar maior robustez pela incorporação de formas até então consideradas espúrias.

Porque aqui deste lado ocidental se insiste tanto nos Embargos de Declaração? Vinte e cinco anos de Constituição de 1988 não foram suficientes. As discussões em torno do novo CPC, também não. Seria isso um reflexo da falta (ou da eterna busca) de um significante nacional?[4]

Talvez a aposta (equivocada) da dogmática jurídica na permanência dos embargos de declaração seja mesmo um reflexo da necessidade de criação de uma identidade nacional, de um significante. Enquanto isso persistir, continuaremos a ver (mal compreender) o artigo 93, IX, da CF/88, sob a perspectiva de quem olha algo a partir de um vidro jateado. Sabemos que existe e que está à nossa frente, mas não conseguimos captá-lo em sua completa dimensão. Sobressai-se, apenas, a silhueta: seus contornos (definidos) estão envoltos numa bruma. Algo que também lembra a sensação de quem está na antessala do *acontecer*. Um rito de passagem.

---

[3] Lembre-se que aqui se listaram pelo menos seis modalidades de embargos declaração além daqueles previstos na legislação original.

[4] Contardo Calligaris, nos anos 90, escreveu um livro chamado *Hello Brasil! Notas de um psicanalista europeu viajando ao 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.

Precisamos dele? 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 *o acontecer* do dever fundamental de fundamentar as decisões judiciais. É preciso, pois, desvelá-los. Precisamos 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.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J E Carreira. *Diversas faces dos embargos de declaração*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 30, n. 130, p. 11-18, dez., 2005.

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

BOPP, Raul. *Cobra Norato.*Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

CALLIGARIS, Contardo. *Hello Brasil! Notas de um psicanalista europeu viajando ao 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-corrigir-erro-acentuacao.> Acesso em 28 dez. 2012.

MILLER, Cristiano Simão. *A "contradição externa" como vício capaz de ensejar a oposição de embargos de declaração.* Disponível em: http://jus.co.br/revista/tex to/20793/a-contradição-externa-como-vicio-capaz-de-ensejar-a-oposição-de-embargos-de-declaração. Acesso em 31.01.2013.

MOTTA, Cristina Reinndolff da.. *A Motivação das Decisões Cíveis como condição de Possibilidade para resposta correta/adequada.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

PLATÃO. *Crátilo*. São Paulo: Instituto Piaget, 2012.

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

PINTO, Melissa Silva. *A aplicação do princípio da fungibilidade recursal nos embargos de declaração.* In: Jus Navigandi. 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.

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

_____. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 4. ed. São Paulo: Saraiva, 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.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: limites da atuação do Judiciário.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2013.

TESTES de educação. São Paulo: Educar para crescer, 2013. <http:// educarparacrescer.abril.com.br/testes/>. Acesso em: 20 mai. 2013.

VELOSO, Caetano. *Antropofagia.* São Paulo: Penguin Classics. 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.

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