

OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA SUPRIR OMISSÃO DE DECISÃO JUDICIAL QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO

THE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO TO SUPPRESS OMISSION OF JUDICIAL DECISION AS TO GROUNDING

MARCEL MORAES MOTA⁶⁰

RESUMO

Propomo-nos, neste artigo, a investigar os embargos de declaração para suprir omissão de decisão judicial quanto à fundamentação. A exigência de motivação judicial é relevante tanto por razões políticas, como por razões jurídicas. Portanto, um sistema jurídico democrático deve prover as partes de meios, de modo que possam impugnar decisão judicial sem adequada motivação. Inicialmente, exploramos os fundamentos constitucionais dos embargos de declaração. Em seguida, estudamo-los à luz da teoria geral dos recursos. Depois, examinamos os embargos de declaração no contexto do Código de Processo Civil brasileiro. Antes de lançarmos os olhos sobre o §1º do artigo 489 do Código brasileiro, consideramos interessante desenhar um quadro da estrutura lógica da decisão judicial. Temos também algo a dizer sobre a motivação da decisão judicial envolvendo colisão de princípios. Concluimos que os embargos de declaração são instrumento processual apto a controlar o poder de decidir, que contribui para expurgar decisões judiciais nulas, como são aquelas que violam o dever de motivação.

PALAVRAS-CHAVE:

Embargos de declaração. Omissão. Fundamentação.

ABSTRACT

We propose, in this article, to investigate the embargos de declaração to suppress omission of judicial decision as to grounding. The requirement of judicial motivation is relevant both for legal and policy reasons. Therefore, a democratic legal system should provide means to parties, so they can challenge a judicial decision without proper justification. Initially, we explore the constitutional grounds of the embargos de declaração. Then we study them in the light of general theory of impugnation remedies. Next we examine the embargos de declaração in the context of Brazilian Code of Civil Procedure. Before we take a look at §1º of article 489 of Brazilian Code, we found interesting to draw a picture of judicial decision's logical framework. We also have something to say about motivation of judicial decision involving collision of principles. We concluded that embargos de declaração are a suitable instrument to control the power of deciding, that it contributes to eliminate void judicial decisions, such as those which violate the duty of motivation.

KEYWORDS:

Embargos de declaração. Omission. Grounding.

60 Professor de Direito Civil, Direito Processual Civil, Hermenêutica Jurídica e Conceitos Jurídicos Fundamentais do Centro Universitário Farias Brito. Doutorando em Ciências Jurídicas, na especialidade de Ciências Jurídico-Civis, pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil. Bacharel em Direito pela UFC. Advogado.

INTRODUÇÃO

Propomo-nos, neste artigo, a investigar os embargos de declaração para suprir omissão de decisão judicial quanto à fundamentação.

A exigência de motivação das decisões judiciais tem raiz constitucional e decorre de princípios caros ao estado de Justiça. Em uma democracia constitucional é inaceitável que sejam proferidas decisões sem fundamentação. Além disso, é necessário conhecer os fundamentos da decisão, a fim de que se possa impugná-la.

Por essas razões, é importante examinar os embargos de declaração. Ademais, é indispensável estabelecer o que se deve entender por decisão não fundamentada.

Assim, inicialmente, apresentamos os fundamentos constitucionais dos embargos de declaração, o que depende da apreciação de princípios que compõem a dimensão substancial do estado de Direito.

Para a adequada compreensão dos embargos declaratórios, consideramos relevante situá-los no âmbito da teoria geral dos recursos. Em seguida, procederemos ao estudo da referida espécie recursal em consonância com as disposições do Código de Processo Civil brasileiro.

Posteriormente, cuidaremos da estrutura lógica da decisão judicial, noção que nos parece imprescindível à definição do que é decisão omissa.

Em seguida, analisaremos as hipóteses do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, que explicitam alguns casos de decisão sem fundamentação.

Exploraremos ainda o disposto no §2º do artigo 489 do CPC, que trata da decisão envolvendo colisão de normas.

Finalmente, em caráter sintético, enunciaremos as conclusões desta pesquisa.

1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Nas democracias constitucionais, o exercício dos poderes públicos deve respeitar os limites materiais e formais traçados pela Constituição e pelas leis.

Destacamos a importância do princípio do estado de Direito, cujo sentido material pode ser compreendido como estado de Justiça (*Gerechtigkeitsstaat*), que pressupõe a vedação do arbítrio e a observância dos direitos fundamentais da pessoa humana.⁶¹

Consoante Gomes Canotilho, são componentes do estado de Direito os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. De acordo com o primeiro princípio, os atos de poder devem ser fiáveis, claros e racionais. Em conformidade com o segundo princípio, às pessoas deve ser assegurada a possibilidade de calcular os efeitos jurídicos de suas ações.⁶²

Notamos que os apontados princípios são compatíveis com a noção apresentada de estado de Justiça, já que podemos justificar, a partir dos textos das Constituições democráticas, os direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela da confiança.

Parece-nos que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, assim como o referido conceito de estado de Justiça, encontram fundamento, na ordem jurídica brasileira, no *caput*

61 ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTEMBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005. p. 95.

62 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

artigo 1º da Constituição Federal de 1988, segundo o qual a República Federativa do Brasil constitui-se em estado democrático de Direito.

Convém salientar a eficácia dos mencionados princípios na seara processual civil, como decorrência da supremacia das normas constitucionais. Nessa linha, em tom didático, determina o artigo 1º do Código de Processo Civil que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Em virtude do princípio constitucional da segurança jurídica, a decisão judicial deve ser digna de confiança, inteligível e racionalmente justificada. Dessa maneira, são proibidas decisões arbitrárias, voluntaristas.

Enfatizamos a importância do dever de fundamentação das decisões judiciais, que é imposto pelo inciso IX do artigo 93 da Constituição, assim como pelo artigo 11 do Código de Processo Civil. É precisamente por meio do exame da motivação da decisão judicial que temos condições de avaliar se o pronunciamento pode ser reputado correto à luz do Direito.

O imperativo da decisão judicial fundamentada, ademais, está relacionado ao princípio do contraditório.⁶³ O direito ao contraditório tem base jusfundamental no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com efeito, podemos identificar três dimensões do direito fundamental ao contraditório: ciência, reação e influência.⁶⁴ No processo, as partes devem ter o direito de tomar conhecimento dos atos e fatos processuais, iguais oportunidades de apresentar suas razões, de forma a colaborar, concretamente, na construção dialética da decisão judicial.

Na Parte Geral do Código de Processo Civil, observamos o cuidado do legislador em relação ao contraditório, o qual é tutelado pelos artigos 7º, 9º e 10, cuja interpretação resulta no estabelecimento de normas fundamentais do processo civil.

De acordo com o artigo 7º, assegura-se às partes a paridade das armas, que consiste na projeção do princípio da igualdade no âmbito processual.⁶⁵ Como decorrência da garantia de tratamento isonômico, de que trata o inciso I do artigo 139 do Código de Processo Civil, compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório, de modo que as partes tenham as mesmas oportunidades de influência no conteúdo da resolução judicial. Desempenha o contraditório, dessa maneira, “função heurística”⁶⁶, que conduz ao estabelecimento da decisão judicial.

Por sua vez, o artigo 9º enuncia o direito a ser ouvido. Considerando-se os interesses de autor e réu, impõe-se a bilateralidade da audiência.

63 Sobre o processo como procedimento em contraditório, v. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001. p. 82 e ss.

64 Nessa linha, v. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015b. v. 1. p. 502, “Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. Significa participar no processo e influir nos seus rumos. Isso é: direito de influência”. Itálico no original.

65 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004a. p. 188.

66 CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006. p. 321. Traduzimos. No original: “fonction heuristique”. Sobre a eficácia do princípio do contraditório no processo civil francês, v. LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007. p. 190-192.

Já o artigo 10 estabelece a proibição de decisão surpresa, que é derivada do direito à influência.⁶⁷

Conforme leciona de José de Albuquerque Rocha, decorre do princípio do contraditório o direito “que têm as partes de participar, dialeticamente, das atividades processuais, vez que são os destinatários de seus efeitos”⁶⁸.

Ressaltamos que levar a sério o direito fundamental das partes ao contraditório é condição indispensável ao cumprimento das responsabilidades do ofício jurisdicional, que têm natureza jurídica, social e política.⁶⁹

O respeito ao contraditório depende de diálogo efetivo e concreto com os argumentos trazidos pelas partes ao processo, as quais devem ter a chance de contribuir, em condições isonômicas, para o estabelecimento da solução jurídica adequada ao caso.

Conferindo efetividade ao direito à influência, a decisão judicial, proferida em harmonia com as demais exigências do devido processo legal, será considerada legítima.⁷⁰

Desempenha, como já tivemos oportunidade de mencionar, papel decisivo a justificação da decisão judicial, que deve, por meio dos argumentos nela concatenados, alcançar aceitabilidade racional⁷¹.

Impõe-se, portanto, o exame do conteúdo da decisão judicial, para fins endoprocessuais e extraprocessuais.⁷² No primeiro caso, releva a fundamentação, por exemplo, para o exercício do direito ao recurso. Do ponto de vista extraprocessual, destacamos a submissão da decisão ao controle social.

Ora, as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração dizem respeito, precisamente, ao conteúdo do ato judicial decisório.

Deveras, em consonância com o disposto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, são cabíveis embargos de declaração, em face de qualquer decisão judicial, a fim de esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão ou corrigir erro material.

No Código de Processo Penal, verificamos a previsão dos embargos de declaração no artigo 382⁷³, que se refere às sentenças, bem como no artigo 619, que trata dos acórdãos. Em ambos os casos, apontam-se como hipóteses de cabimento: ambiguidade⁷⁴, obscuridade, contradição ou omissão.

67 Nesse sentido, v. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1. p. 78 e ss.

68 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 90.

69 Sobre a tipologia da responsabilidade judicial, v. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 35 e ss.

70 Com respeito à jurisdição constitucional, sustenta-se que os juízes devem cumprir a representação democrática por meio da fundamentação. Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 163, que trata da “representação argumentativa”. Consideramos a ideia útil também para a jurisdição civil.

71 Quanto à aceitabilidade racional, v. AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987. p. 188-193.

72 Sobre as concepções endoprocessual e extraprocessual da motivação, v. TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 315 e ss.

73 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 686.

74 Como destaca TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 600, “Embora o art. 619 fale também em ambiguidade, entende a doutrina que se trata de superfetação, pois acórdão ambíguo é acórdão equívoco, obscuro, anfibológico”.

Por sua vez, na Consolidação das Leis do Trabalho, o cabimento dos embargos de declaração é traçado pelo artigo 897-A, que alude expressamente aos casos de omissão e contradição.⁷⁵

Apresentam-se, por conseguinte, os embargos declaratórios como técnica processual apta ao controle das resoluções judiciais, de modo que as partes e demais legitimados tenham a possibilidade de pugnar por uma decisão judicial clara, coerente, completa e escorreita.

Concluimos que os princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança, da isonomia e do contraditório justificam o direito constitucional básico a decisões judiciais fundamentadas. Trata-se, portanto, de direito fundamental.

Caso a decisão seja omissa quanto à sua fundamentação, cabível a impugnação por meios de embargos declaratórios.

2. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA TEORIA GERAL DOS RECURSOS

Sob o prisma do sistema processual brasileiro, os recursos são meios voluntários de impugnação da decisão judicial, que se interpõem na mesma relação processual em que pronunciado o ato decisório questionado. Não se confundem, portanto, com as ações autônomas de impugnação, que instauram nova relação processual, como é o caso da ação rescisória.⁷⁶

Nessa linha, sustenta José de Albuquerque Rocha que o recurso pode ser definido como “um meio de impugnação que se caracteriza por ser interposto e decidido dentro do processo que foi proferida a decisão impugnada”⁷⁷.

Parece-nos que o recurso, no ordenamento jurídico brasileiro, tem a natureza jurídica de prolongamento do direito de ação.⁷⁸ Porque permite, na mesma relação processual, a instauração de nova fase procedimental, que é a recursal. Identificamos, assim, fundamento constitucional do direito ao recurso no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional.

Sob o prisma constitucional, também consideramos importante salientar que os recursos são técnicas processuais que visam a controlar o poder de decidir, de modo a proteger as partes contra decisões equivocadas, que tenham vícios de fundamentação, que resultem de arbitrariedade, ou que padeçam de outra ilegalidade. No estado de Direito, o direito das pessoas não deve submeter-se ao alvedrio ou aos erros do julgador, de modo que o direito ao recurso, em princípio, deve ser assegurado.

75 Consoante LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 11. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 357, os embargos declaratórios são cabíveis, no processo do trabalho, “para suprir omissão do julgado, espancar contradições, ou afastar obscuridade (...)”.

76 Observamos que a definição de recurso deve levar em conta o quadro do Direito positivo. No Direito português, por exemplo, o Código de Processo Civil prevê recursos contra decisões transitadas em julgado, denominando-os recursos extraordinários (artigo 627º, nº 2), a saber, o recurso para uniformização de jurisprudência e a revisão, que possuem semelhanças funcionais, respectivamente, com os embargos de divergência e a ação rescisória do sistema brasileiro. Para uma investigação teórica sobre os recursos civis no sistema português, com interessantes elementos de comparação jurídica, v. PINTO, Rui. *O recurso civil*. Uma teoria geral: noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 21-120.

77 ROCHA, José de Albuquerque. ob. cit. p. 293.

78 No mesmo sentido, v. NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004b. p. 232-234.

Conferem, ademais, natureza jusfundamental ao recurso os incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal brasileira. Por certo, o direito de recurso compõe a dimensão substancial do devido processo legal, que pode ser compreendida como direito ao processo constitucionalmente justo.⁷⁹ De resto, o direito ao recurso decorre também dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.⁸⁰

Por meio do recurso, o legitimado pode buscar reformar a decisão judicial, invalidá-la, esclarecê-la ou completá-la.

A reforma, por exemplo, pode ser pedida em face de sentença que julga improcedente o pedido de indenização por danos morais. Nesse caso, por meio de apelação, o recorrente busca acórdão que acolha sua pretensão, que substitua a decisão impugnada. A invalidação, por sua vez, não tem a ver com o mérito da causa, diz respeito a erros de natureza formal, como é o caso de descumprimento de regra processual sobre competência absoluta.

Convém notar que os embargos de declaração não têm a finalidade de reformar a decisão judicial. Prestam-se, primordialmente, ao aperfeiçoamento da decisão judicial, têm o condão, em suma, de esclarecê-la ou de completá-la. A possibilidade de efeito modificativo, ou infringente, de que tratam o §2º do artigo 1.023 do Código de Processo Civil e o §2º do artigo 897-A da Consolidação das Leis do Trabalho, tem caráter excepcional.

Em conformidade com Teresa Arruda Alvim, “os embargos de declaração se prestam a levar a que o juiz faça o que já deveria ter feito”⁸¹.

Parece-nos que a autora tem razão. Os embargos de declaração podem ser opostos pelo interessado, a fim de que seja respeitado o direito, de raiz constitucional, a decisões judiciais claras, coerentes, completas e sem erros materiais. Verificamos, assim, a possibilidade de o recorrente contribuir para o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, conferindo ao juiz ensejo para afastar, v.g., obscuridade ou omissão.

Segundo o artigo 1.023 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração serão opostos, no prazo de cinco dias, em petição dirigida ao juiz. Dessa maneira, a interposição deve ocorrer perante o próprio órgão jurisdicional a quo, que é aquele que proferiu a decisão impugnada, o qual examinará os embargos quanto à admissibilidade e ao mérito. No processo penal e no processo do trabalho, aplica-se a mesma forma de interposição.

O exemplo dos embargos declaratórios bem serve para chamar a atenção para a dissociabilidade, no sistema processual brasileiro, dos conceitos de recurso e duplo grau de jurisdição.⁸²

Como destaca Flávio Cheim Jorge, “Não faz parte da essência do conceito de recurso que seu julgamento seja realizado por um órgão de hierarquia superior e distinta daquele que proferiu a decisão recorrida”⁸³.

79 Sobre a fórmula do “processo justo”, v. MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011. p. 104-106. A respeito do perfil constitucional do “processo justo” no Direito italiano, v. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004. p. 11-94.

80 Nessa linha, v. MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 102.

81 ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 38.

82 Sobre a distinção entre recursividade e duplo grau de jurisdição, v. PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 103 e ss.

83 JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017. p. 43.

Realmente, no Direito brasileiro, o recurso pode ser submetido à apreciação do próprio órgão tomador da decisão recorrida, ou pode ser dirigido ao órgão jurisdicional superior.⁸⁴

Verificamos interessante discussão sobre a compatibilidade entre a garantia da imparcialidade do juiz e a competência atribuída ao órgão jurisdicional para reapreciar a correção de sua própria decisão.⁸⁵

Argumenta-se que o juiz, instado a pronunciar-se sobre sua resolução, teria sua objetividade comprometida. No caso dos embargos de declaração, o magistrado, em seu íntimo, teria dificuldades de reconhecer o vício apontado pelo embargante, o que poderia, no limite, dar azo a imposição de multas indevidas ao recorrente.

Por outro lado, parece-nos que a previsão legal dos embargos de declaração favorece a efetividade dos princípios da economia processual e da duração razoável do processo, já que confere ao legitimado oportunidade de atacar, no plano horizontal, decisões nulas.

Por essa razão, pensamos que a instituição dos embargos declaratórios oferece vantagens processuais que superam eventual risco à imparcialidade judicial. De resto, não é demais lembrar que a função jurisdicional pública deve ser exercida em harmonia com o Direito, não se trata de instrumento de satisfação pessoal.

Conforme já destacamos, os embargos declaratórios devem ser interpostos perante o mesmo órgão que proferiu a decisão atacada, a fim de que, se for o caso, sejam afastados os vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material.

Já que os embargos de declaração se prendem ao objetivo de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, são recurso de fundamentação vinculada, de sorte que o recorrente deve justificar, na petição recursal, o cabimento de uma ou mais das hipóteses elencadas nas leis processuais de regência.

Segundo o artigo 1.026 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são desprovidos de efeito suspensivo automático, logo não impedem, por si sós, a eficácia da decisão. O embargante poderá obter o efeito suspensivo, desde que satisfaça os requisitos delineados no §1º do artigo mencionado, que dizem respeito à probabilidade do provimento do recurso, ou à relevância da fundamentação associada ao perigo na demora. Ademais, implicam a interrupção do prazo para a interposição de outros recursos⁸⁶. Trata-se de soluções normativas, em nosso entendimento, que também devem ser adotadas nos demais ramos do Direito Processual.

O efeito interruptivo faz todo o sentido, tendo em vista que, em caso de provimento dos embargos declaratórios, é necessário conhecer o teor da decisão aclarada ou completada, para que se possa manejar o recurso cabível.

84 No Direito alemão, o conceito de recurso, ou Rechtsmittel, é reservado ao meio de impugnação que possibilita a devolução do conhecimento da matéria à instância superior. A respeito, v. LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006. p. 369, GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. 12. ed. München: Luchterhand, 2006. p. 186.

85 A respeito, v. PINTO, Rui. *ob. cit.*, p. 34, nota 71.

86 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3. p. 309.

Possuem efeito translativo, porquanto, permitem que o juiz, sem provocação das partes, conheça de matérias de ordem pública. Em todo caso, antes de decidir, deve respeitar o princípio do contraditório, que assegura, como vimos, o direito de influência.

Destinam-se, ainda, a fins de pré-questionamento de questão de direito federal infraconstitucional e de questão de direito constitucional, que constituem requisito de admissibilidade, respectivamente, do recurso especial e do recurso extraordinário.⁸⁷

Em síntese, os embargos declaratórios são espécie recursal que permitem ao órgão jurisdicional reapreciar a própria decisão, a fim de que seja respeitado o direito do legitimado a decisões claras, coerentes, completas e escorreitas. Logo, devem ser interpostos perante o mesmo órgão que proferiu a decisão impugnada. A fundamentação dos embargos de declaração tem ligação estreita com a finalidade apontada, o que nos permite também afirmar a excepcionalidade do efeito infringente. Da mera oposição dos embargos de declaração não decorre efeito suspensivo. Ademais, são dotados de efeitos interruptivo e translativo. Podem ser manejados para atender ao requisito do pré-questionamento dos recursos excepcionais.

3. OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Examinemos as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração elencadas no Código de Processo Civil brasileiro.

Conforme o já citado artigo 1.022 do CPC, cabem embargos declaratórios 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”.

A obscuridade é a falta de clareza da decisão. Nas palavras de Moacyr Amaral Santos, “Ocorre obscuridade sempre que há falta de clareza na redação do julgado, tornando difícil dele ter-se a verdadeira inteligência ou exata interpretação”⁸⁸.

Em linhas gerais, a obscuridade resulta da expressão inadequada do pensamento, seja por vacilação quanto ao seu conteúdo, seja por falta de domínio das palavras. Consideramos que a primeira hipótese está presente, por exemplo, quando o magistrado não está seguro quanto à correção de seu julgamento.

Ao decidir, o julgador deve levar em consideração o conjunto de pessoas a que se dirige, ou seu auditório⁸⁹. Parece-nos relevante a avaliação dos membros da comunidade jurídica quanto à clareza do julgado.⁹⁰ O dever de clareza, dessa forma, não se limita à perspectiva dos demais sujeitos do processo.

A contradição do julgado é vício de natureza lógica. Trataremos da estrutura lógica da decisão

87 Conforme o enunciado 98 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório”.

88 SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 155. Itálico no original.

89 PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 22, definem auditório como “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação”. Itálico no original.

90 Sobre a comunidade de direito como destinatária da argumentação judicial, v. MOTA, Marcel Moraes. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006. p. 27-28.

judicial adiante.⁹¹ Neste momento, basta-nos indicar que a contradição resulta da incompatibilidade entre os passos do raciocínio jurídico construído no discurso judicial, o qual deve apresentar, como conclusão, a solução normativa para as questões admitidas em juízo.

Assim, por exemplo, verificamos contradição, quando a conclusão não decorre das premissas fáticas e jurídicas apresentadas. Está claro, portanto, que a contradição do julgado deve ser aferida sob o prisma interno do pronunciamento judicial recorrido.

Conforme salientam Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha,

Os embargos de declaração não são cabíveis para corrigir uma contradição entre a decisão e alguma prova, argumento ou elemento contido em outras peças constantes dos autos do processo. Não cabem, em outras palavras, embargos de declaração para eliminação de contradição externa. A contradição que rende ensejo a embargos de declaração é a *interna*, aquela havida entre trechos da decisão embargada.⁹²

Afigura-se-nos útil e apropriada a distinção mencionada. Determinamos a contradição interna a partir do exame do conteúdo da decisão judicial, que contém afirmações logicamente inconciliáveis. Já a contradição externa é verificada na incompatibilidade entre o julgado e elementos que lhe são extrínsecos, como é o caso, por exemplo, de precedentes, dispositivos de lei ou elementos probatórios. Apenas a afirmação de contradição interna permite a admissibilidade dos embargos declaratórios.⁹³

A título de ilustração se entende que uma sentença é contrária à lei, à jurisprudência ou às provas coligidas, o recurso cabível é a apelação, que se presta a reformar a decisão atacada. Não devem os embargos declaratórios ser opostos com a finalidade precípua de modificar o teor do julgado, sob pena de desnaturação da referida espécie recursal, que tem a função primordial de esclarecer ou integrar a decisão impugnada.

Servem os embargos declaratórios para suprir omissão em relação a ponto ou questão sobre que se devia pronunciar o órgão jurisdicional de ofício, ou mediante requerimento.

Em virtude do artigo 141 do Código de Processo Civil, o juiz deverá decidir “o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas cujo respeito à lei exige iniciativa da parte”. Trata-se de concretização legal do princípio da ação, ou princípio da demanda, segundo o qual cabe à parte desencadear o exercício da função jurisdicional.⁹⁴ Consequentemente, veda o artigo 492 ao juiz “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”. Identificamos, então, o princípio da adstrição, por força do qual são proibidas as sentenças *ultra petita*, *citra petita* e *extra petita*.⁹⁵

91 Item 4.

92 DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. ob. cit., p. 289.

93 STJ, 2ª Turma, REsp 1.674.216/SC, rel. Min. Herman Benjamin, j. 5.9.2017, DJe 9.10.2017.

94 Nesse sentido, ver, por exemplo, CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 57.

95 PORTANOVA, Rui. ob. cit., p. 234, “O juiz deve julgar nos termos do pedido tal como posto pela parte, nem mais (*ultra petita*), nem menos (*citra petita*) e nem fora (*extra petita*) do que foi pedido”. Para MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015c. v. 2. p. 449, trata-se da “regra da congruência”.

Suponhamos que o autor propõe ação de reparação civil, formulando, na petição inicial, pedidos de indenização por danos materiais e danos morais. O juiz, na sentença, aprecia apenas o pedido de reparação dos danos patrimoniais. Há, claramente, no caso aventado, omissão, a sentença é *citra petita*, de modo que são cabíveis embargos de declaração, a fim de integrar o pronunciamento decisório.

Uma vez ajuizada a ação, com suporte em norma legal, o juiz se pronunciará, independentemente da iniciativa das partes, a respeito de determinadas matérias. São as matérias cognoscíveis de ofício. São, por exemplo, objeções de direito material, como decadência e prescrição, ou objeções processuais, a exemplo dos pressupostos processuais e das condições da ação.⁹⁶ Tendo em vista o princípio do contraditório, do qual decorre o direito à influência, não é demais lembrar que deve ser dada oportunidade às partes de apresentar suas razões, antes de que o julgador tome a decisão, ainda que o fundamento seja matéria de que conheceu *ex officio*.

Teresa Arruda Alvim sustenta que o inciso II do artigo 1.022 do Código de Processo Civil “deve ser interpretado restritivamente: o legislador disse mais do que queria (...) Do contrário, o âmbito de abrangência desse dispositivo permitiria, por exemplo, o reexame de provas, o que descaracterizaria inteiramente a finalidade do recurso”⁹⁷.

Consideramos a observação pertinente. Devemos ter em mente que os embargos declaratórios são instrumento processual destinado, em síntese, a esclarecer ou completar uma decisão judicial. A hipótese do aludido inciso II diz respeito à complementação do julgado. A reavaliação das provas pode ser alcançada por meio de apelação.

Dispõe o parágrafo único do mencionado artigo 1.022 que se considera omissa a decisão judicial 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”.

As teses firmadas em casos repetitivos decorrem dos julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, bem como dos acórdãos proferidos em incidentes de resolução de demandas repetitivas, conforme preceitua o artigo 928 do Código de Processo Civil. Observamos que a valorização das teses firmadas em casos repetitivos, assim como daquelas fixadas em sede de incidente de assunção de competência, harmoniza-se com o dever imposto aos tribunais de uniformização de sua jurisprudência, bem como de mantê-la estável, íntegra e coerente, em consonância com o artigo 926 do CPC. Dessa maneira, são favorecidos os princípios da tutela da confiança, da segurança jurídica e da igualdade.

Ora, casos semelhantes devem ser tratados de forma semelhante. O atual Código de Processo Civil tem o mérito de reforçar, por meio de suas disposições, a importância da jurisprudência como fonte do Direito no sistema jurídico brasileiro.⁹⁸ Como já acenamos, trata-se de solução legal alinhada a princípios de estatura constitucional.

96 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: RT, 2015a. p. 215.

97 ALVIM, Teresa Arruda. *ob. cit.*, p. 42.

98 Sobre a jurisprudência como fonte do Direito, v. REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 169 e VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 187.

Da omissão quanto ao dever de fundamentar, de que trata o §1º do artigo 489 do CPC, cuidaremos adiante.⁹⁹ Por ora, basta-nos indicar que uma decisão sem fundamentação pode ser impugnada por meio de embargos de declaração, a fim de que seja suprida a apontada omissão, em atenção aos princípios constitucionais do contraditório e da vedação do arbítrio.

Em caso de erro material, são cabíveis embargos de declaração, conforme prescreve o inciso III do artigo 1.022 do Código de Processo. Oportuno lembrar que a hipótese de erro material permite que o órgão jurisdicional, de ofício ou mediante provação, corrija a sentença já publicada, haja vista o disposto no inciso I do artigo 494 do CPC.

Erro material é aquele de fácil constatação, que se revela à primeira vista, dispensando maior indagação. Evidencia-se pelo descompasso objetivo entre a decisão e os elementos presentes nos autos.¹⁰⁰ Como exemplos, citam-se a indicação errônea do nome das partes, do número do processo, ou do resultado do julgamento.¹⁰¹

Havendo erro material, portanto, o juiz pode corrigi-lo, seja por sua iniciativa, seja mediante simples requerimento, seja em razão da oposição de embargos declaratórios.

Examinadas as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração, parece-nos oportuno chamar a atenção para a distinção entre os juízos de admissibilidade e de mérito, que obviamente também se aplica à especial recursal de que tratamos.

Para que os embargos declaratórios sejam admitidos, devem ser preenchidos os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. Classificamos as hipóteses legais de cabimento dentro os requisitos de admissibilidade intrínsecos, já que sua verificação depende do exame do conteúdo da decisão judicial.

Uma vez superada a fase de admissibilidade do recurso, passa-se ao julgamento do mérito da medida de irrisignação, em que se definirá se a pretensão recursal deve ser acolhida, parcialmente acolhida ou rejeitada. Caso o recurso seja admitido, afirma-se que o órgão jurisdicional conheceu do recurso. Se decide que o recorrente tem razão, dá-se provimento ao recurso.

Barbosa Moreira, sobre a praxe judiciária brasileira, relata que se adota para os embargos de declaração terminologia distinta: “Costuma-se dizer, simplesmente, que o tribunal ‘acolheu’ ou ‘rejeitou’ os embargos. Nada justifica o emprego dessas outras expressões, que passam ao largo da distinção entre os dois juízos”¹⁰².

Trata-se de crítica, em nossa avaliação, fundada. De fato, é importante, também do ponto de vista prático, distinguir adequadamente os juízos de admissibilidade e de mérito na apreciação jurisdicional dos embargos de declaração. Somente embargos admissíveis devem produzir o efeito interruptivo de que trata o caput do artigo 1.026 do Código de Processo Civil.

99 Item 5.

100 BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 698.

101 GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 895.

102 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 287.

Dessa maneira, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, basta ao recorrente alegar que a decisão impugnada é obscura, contraditória, omissa, ou padece de erro material. Se, efetivamente, o vício está presente, cabe ao julgador corrigir o defeito apontado, proferindo decisão hígida, em virtude do julgamento do mérito do recurso.

4. ESTRUTURA LÓGICA DA DECISÃO JUDICIAL

Os argumentos que compõem a decisão judicial devem ser encadeados de forma lógica. As premissas do discurso jurídico hão de ser expostas e justificadas, de modo que a solução normativa adotada se imponha, racionalmente, como a mais correta para o caso examinado.

Pensamos que a estrutura lógica da decisão judicial não difere daquela empregada em petição inicial, em petição de recurso, ou mesmo em parecer. Em todos esses casos, cuida-se de estabelecer qual deve ser a solução jurídica para determinado problema. Mudam apenas os papéis de quem profere o discurso jurídico.¹⁰³

Com efeito, a elaboração racional de uma solução para uma questão jurídica, real ou hipotética, pode ser feita na forma de silogismo¹⁰⁴ jurídico¹⁰⁵, que é o discurso que parte das premissas fáticas e normativas, a fim de que se chegue à conclusão, por meio da subsunção, a qual nada mais é do que o encaixe da premissa fática, ou premissa menor, na premissa normativa, ou premissa maior.

Salientamos que o caminho a ser trilhado no discurso jurídico não se resume a operações de lógica formal, porquanto, a argumentação jurídica se desenvolve justamente em âmbito no qual atua a lógica material.¹⁰⁶

A fim de que se cumpram as imposições decorrentes do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e do artigo 11 do Código de Processo Civil, o órgão jurisdicional deve apresentar e justificar os passos de sua argumentação, cumprindo, ademais, o dever de diálogo com as razões sustentadas pelas partes, tendo em vista o princípio do contraditório.

É certo que o silogismo final, que determina a solução jurídica para o caso discutido em juízo, representa apenas o momento culminante do processo interpretativo. Logo, é importante a

103 No mesmo sentido, v. COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 77.

104 ARISTÓTELES. *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005. p. 347, “O silogismo é um discurso argumentativo no qual, uma vez formuladas certas coisas, alguma coisa distinta destas coisas resulta necessariamente através delas pura e simplesmente”. Dessa forma, por meio do silogismo, deduz-se uma conclusão a partir das premissas estabelecidas. Na síntese de COPI, Irving M.; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14. ed. Upper Saddle River: Prentice Hall, 2011. p. 205, “um silogismo é um argumento dedutivo no qual a conclusão é inferida de duas premissas”. Traduzimos. No original: “**a syllogism is a deductive argument in which a conclusion is inferred from two premises**”. Mantivemos o negrito original.

105 PERELMAN, Charles. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999. p. 3, “há sempre meio de transformar uma argumentação qualquer em um silogismo, acrescentando-se uma ou várias premissas suplementares”. Traduzimos. No original: “il y a toujours moyen de transformer une argumentation quelconque en un syllogisme, en ajoutant une ou plusieurs premisses supplémentaires”.

106 Como afirmamos em outra oportunidade “A argumentação judicial pode ser reconstruída com o auxílio de silogismos, mas isso não significa que a decisão judicial é obtida através de um procedimento mecânico, da mesma forma como o é aquele empregado pela lógica formalista”, v. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 29. Nessa linha, sustenta-se que a concreção da experiência jurídica vai além da lógica formal, v. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 284-287. A lógica jurídica não se reduz à lógica formal, pode ser compreendida como lógica material, v. PERELMAN, Charles. ob. cit., p. 5.

decomposição, tão detalhada quanto possível, das premissas do raciocínio judicial justificativo, em consonância com o princípio da vedação do arbítrio. A motivação deve ser completa.¹⁰⁷

As premissas fáticas estabelecem qual a versão dos fatos que deve prevalecer no processo. Nesse aspecto, mostram-se da maior relevância as regras processuais concernentes à distribuição do ônus probatório. Dessa forma, os fatos não são considerados em si mesmos. Aplicam-se os fatos como devem ter ocorrido, à luz das normas jurídicas pertinentes.

Outro aspecto que consideramos importante destacar quanto às premissas fáticas é a atenção ao caso concreto. Os casos jurídicos devem ser resolvidos conforme suas peculiaridades. Assim, por exemplo, a aplicação dos precedentes requer o detido exame das circunstâncias fáticas do caso submetido à apreciação jurisdicional, de modo que seja respeitado o princípio da igualdade, que reclama soluções semelhantes para casos semelhantes.

A definição das premissas normativas aplicáveis ao caso requer interpretação dos textos normativos. Com efeito, as normas jurídicas resultam da interpretação das disposições legais e constitucionais pertinentes.¹⁰⁸ Na atividade de determinação da norma aplicável, desempenham, ademais, funções de relevo a jurisprudência e a doutrina.¹⁰⁹

Entendemos que a determinação das premissas fáticas e normativas deve desenvolver-se por meio de influências recíprocas, em caráter dialético. Os fatos devem ser compreendidos em face das normas, assim como as disposições normativas devem ser interpretadas a partir dos fatos.¹¹⁰

O estabelecimento da correção material das premissas fáticas e normativas consiste em atividade de justificação externa (*externe Rechtfertigung*).¹¹¹ A passagem das premissas à conclusão, por sua vez, vem a ser a justificação interna (*interne Rechtfertigung*).¹¹²

Por meio da justificação externa, afirma-se qual deve ser o conteúdo das premissas fáticas e jurídicas do discurso jurídico. Trata-se de atividade que se realiza no domínio da argumentação jurídica.¹¹³

107 Sobre a completude da motivação, v. TARUFFO, Michele. ob. cit., 2015. p. 374-376.

108 As normas jurídicas são entidades semânticas, v. GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio*: lezioni. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006. p. 29.

109 Sobre as condições restritivas do discurso jurídico, v. ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001. p. 307-335.

110 Nessa linha, v. TARUFFO, Michele. *Sui confini*: scritti sulla giustizia civile. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 197, “a escolha da norma aplicável e a determinação do seu significado ocorrem em direta conexão dialética com a individuação dos fatos juridicamente relevantes; de outra parte, esta determinação dos fatos ocorre em função da norma que o juiz considera aplicável e do significado (“guiado” pela referência aos fatos) que à norma é atribuído”. Traduzimos. No original: “la scelta della norma applicabile e la determinazione del suo significato avvengono in diretta connessione dialettica con l’individuazione dei fatti giuridicamente rilevanti; d’altra parte, questa determinazione dei fatti avviene in funzione della norma che il giudice ritiene applicabile e del significato (‘guidato’ dal riferimento ai fatti) che alla norma viene assegnato”.

111 ALEXY, Robert. ob. cit., 2001. p. 283.

112 Ibidem, p. 273.

113 Nesse sentido, v. ALEXY, Robert. *Die logische Analyse juristischer Entscheidungen*. In: ALEXY et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003. p. 12.

Já a justificação interna é regida pela lógica formal.¹¹⁴ Não há silogismo jurídico sem raciocínio formalmente lógico.

A diferença fundamental, por conseguinte, entre a justificação interna e justificação externa reside no caráter necessário da primeira, ao passo que a segunda se insere no terreno do plausível.¹¹⁵ Com o auxílio da terminologia aristotélica, compreendemos que o silogismo jurídico pode ser classificado como dialético¹¹⁶, porque suas premissas não se baseiam em verdades como correspondência, mas em afirmações convincentes.

Portanto, no exame da justificação racional da decisão judicial, devemos levar em consideração as contribuições teóricas sobre argumentação jurídica e sobre a lógica formal.

Cuida dos elementos essenciais da sentença o artigo 489 do Código de Processo Civil, cujos incisos se referem ao relatório, aos fundamentos e ao dispositivo. São as partes que compõem a sentença.

De acordo com o inciso I do mencionado dispositivo, é elemento essencial da sentença “o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo”.

Como leciona Barbosa Moreira, “O relatório é uma narração e, como tal, deve revestir-se, tanto quanto possível, de caráter objetivo. O juiz não deve dar aí nenhuma pista de como vai decidir, da opinião que formou a respeito das questões”¹¹⁷.

Em nossa visão, o trecho citado merece acolhida. Não se deve confundir o relatório com o início da tomada de posição quanto às questões a serem decididas. Na primeira parte da sentença, deve-se cuidar apenas da exposição, em caráter objetivo, da síntese dos acontecimentos relevantes do processo.

Conforme o inciso II do artigo 489 do CPC, são elementos essenciais da sentença “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Trata-se da fundamentação da sentença.

Na fundamentação, cabe ao órgão jurisdicional resolver as questões de fato e de direito.¹¹⁸

114 Como esclarece ALVES, Alaôr Caffê. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 113, “a Lógica Formal cuida da relação (ou ordem) entre as premissas para verificar se ela (a relação) é ou não correta do ponto de vista puramente formal. A correção dá-nos a validade do argumento; a incorreção, a invalidade do argumento”. Itálico no original.

115 ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002. p. 50-51, “A justificação interna é apenas questão de lógica dedutiva, mas, na justificação externa, é preciso ir além da lógica em sentido estrito”.

116 ARISTÓTELES, ob. cit., p. 348, “O silogismo dialético é aquele no qual se raciocina a partir de opiniões de aceitação geral”. Sobre os fundamentos filosóficos da dialética, v. BUZAID, Aidê. *Introdução à lógica jurídica: fundamentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 169-173.

117 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 119. A respeito do excerto citado, SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 236, obtempera: “Sem pretensão de discordar frontalmente do trecho acima, o questionamento que surge é: será mesmo que essa objetivação do relato não artificializa a construção argumentativa que vai ocorrer posteriormente na fundamentação? Aliás, querer crer que o relatório seria completamente neutro, e a motivação, aí sim, daria algo de jurídico ao que foi relatado, não contribui para a ideia de uma subsunção entre fatos (relatório) e direito (fundamentação)? Não seria ideal que a redação de ambos ocorresse conjuntamente?”. Pensamos que a resposta para as questões formuladas é: não. Se bem cuidamos, o relatório não é o momento adequado para dar início ao deslinde das questões. Importante ressaltar, ainda, que a justificação das premissas fáticas deve ocorrer na fundamentação. De resto, a subsunção, no discurso judicial, deve ser a etapa final do raciocínio jurídico.

118 Nessa linha, v. MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 118.

É precisamente nesta parte que o juiz deve demonstrar respeito pelo contraditório, debatendo os argumentos trazidos pelas partes, por meio de seus advogados, ao processo. Não basta, como será examinado adiante¹¹⁹, a motivação das razões prevalecentes, devem ser superados os argumentos que sustentam solução oposta.

Ao motivar a sentença, o juiz deve expor, da forma mais detalhada possível, as premissas da sua argumentação, de modo que possam ser claramente identificados os silogismos empregados.

Consoante o inciso III, o terceiro elemento essencial da sentença é “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem”.

Tecnicamente, convém indicar, como já o fizemos, que o juiz resolve as questões na fundamentação. No dispositivo, como afirma Barbosa Moreira, verifica-se o momento da “ilação final”¹²⁰.

A declaração do resultado do silogismo final, ou dos silogismos finais, que se baseiam nas razões fáticas e jurídicas sustentadas na fundamentação, deverá ocorrer no dispositivo. Cuida-se do momento em que o juiz, se for o caso, julga o pedido formulado, ou os pedidos formulados, devendo decidir quem tem razão de acordo com o Direito.

E quais são as consequências jurídicas da ausência dos elementos essenciais da sentença?

Faltando o relatório, a sentença será nula.¹²¹ A mesma solução se impõe, se faltar a fundamentação, por força do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal e do artigo 11 do Código de Processo Civil. Ausente o dispositivo, porém, o vício é mais grave, a sentença é inexistente.¹²²

Elaborada a sentença em consonância com o dever jurídico de fundamentação das decisões judiciais, as partes terão a oportunidade de examinar as premissas dos silogismos jurídicos realizados, identificando todos os passos da argumentação, encadeados logicamente, nos aspectos formal e material, até o pronunciamento, sendo o caso, quanto aos pedidos deduzidos em juízo.

Em caso de omissão quanto ao dever de fundamentar, a decisão judicial será nula. A correção do referido vício poderá ser provocada por meio da oposição de embargos de declaração.

5. AS HIPÓTESES DO §1º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A ausência de fundamentação da decisão judicial viola frontalmente os princípios do contraditório e da vedação do arbítrio, de maneira que o ato decisório deverá ser considerado nulo. É da maior importância, portanto, a definição do que se deve considerar como decisão judicial omissa quanto à fundamentação.

Esclarecemos, por oportuno, que a fundamentação insuficiente equivale à ausência de fundamentação.¹²³

119 Item 5.

120 MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 118.

121 Nesse sentido, v. ALVIM, Teresa Arruda. ob. cit., p. 183.

122 Conforme MOREIRA, José Carlos Barbosa. ob. cit., 2004. p. 123, o dispositivo “é o coração da sentença, sem o qual ela não existe”.

123 Cfr. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2. p. 326.

O Código de Processo Civil, por meio do §1º do artigo 489, veicula hipóteses de decisões judiciais não fundamentadas, o que constitui inovação em relação ao Código anterior.

Interessante observar que é bem menos complexa a tarefa de apontar o que se entende por decisão insuficientemente fundamentada do que a de estabelecer, com a devida profundidade, o que se considera uma decisão judicial bem fundamentada.¹²⁴

Parece-nos que andou bem o legislador brasileiro ao instituir o mencionado §1º na lei processual. O estabelecimento legal do que não se considera decisão judicial fundamentada otimiza a tutela da confiança e a segurança jurídica, conferindo-se maior concretude ao mandamento constitucional da fundamentação dos pronunciamentos judiciais decisórios. Em um estado de Justiça¹²⁵, o direito das pessoas não deve depender da vontade do julgador, deve resultar de justificação racional em conformidade com as normas constitucionais e legais, com os precedentes judiciais e com os argumentos da doutrina.

Porque o mencionado §1º tem a finalidade de promover o âmbito jurídico protegido por normas constitucionais, concluímos que enumera rol exemplificativo de decisões que não se consideram fundamentadas.¹²⁶

Como é evidente, o dever jurídico de fundamentação da decisão judicial alcança todas as decisões jurisdicionais, sejam elas sentenças, decisões interlocutórias, decisões monocráticas no âmbito dos órgãos colegiados, ou acórdãos. Por essa razão, dispõe o aludido §1º que não se considera fundamentada “qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão”. A enunciação normativa dos atos decisórios é claramente exemplificativa, já que as decisões monocráticas nos tribunais também, como já afirmamos, devem ser fundamentadas.

Conforme o inciso I do §1º do artigo 489 do CPC, não se considera fundamentada decisão judicial que “se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida”.

Otávio Verdi Motta sustenta que a finalidade do referido dispositivo “é impedir a falsa fundamentação que, ao transcrever o texto normativo, esconde as verdadeiras escolhas interpretativas”¹²⁷.

A nosso ver, o autor tem razão. A Constituição e o CPC impõem ao juiz o dever de motivação das decisões judiciais, a fim de que as escolhas interpretativas sejam expostas e justificadas.

Como destacamos no item anterior, a estrutura lógica da decisão judicial tem a forma final de silogismo dialético. Há duas premissas que embasam a conclusão: a premissa maior, ou normativa, e a premissa menor, ou fática. Observamos que o estabelecimento dessas premissas deve ocorrer em conjunto.

124 Nessa linha, GUERRA, Marcelo Lima. Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006. p. 533, apresenta uma “versão modesta” da norma que resulta da interpretação do inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal nos seguintes termos: “os juízes devem proferir decisões não equivocadamente fundamentadas”. Itálico no original.

125 Item 1.

126 Nesse sentido, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. ob. cit., p. 327. Conforme esclarece CUNHA, Leonardo Ferreira da. Dos elementos e dos efeitos da sentença. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. Breves comentários ao novo código de processo civil. São Paulo: RT, 2015. p. 1232, “O §1º do art. 489 estabelece, na verdade, parâmetros e orientações, dando exemplos de como deve ser fundamentada a sentença e, de resto, qualquer decisão judicial”.

127 MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015. p. 152.

Logo, é claramente insuficiente a mera referência ao texto normativo, em sua literalidade ou por meio de paráfrase, para a justificação externa da premissa maior. O estabelecimento da norma aplicável requer a apreciação das circunstâncias do caso concreto. O juiz tem o dever de justificar por que o dispositivo legal invocado é aplicável ao caso, para isso, tem de examinar sua relação com a causa, ou a questão decidida.

Deveras, como já afirmamos, a norma jurídica resulta da interpretação do texto normativo. Em tese, o enunciado normativo admite pluralidade de sentidos. A norma jurídica, como entidade semântica, não existe independentemente de uma situação concreta. A interpretação do texto normativo vem a ser sua aplicação ao caso. Como salienta Gadamer, “o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são atos separados, mas um processo unitário”¹²⁸.

Assim, ao proferir a decisão, o órgão jurisdicional junte-se à incumbência de individualizar o sentido a partir do texto, tendo em vista as peculiaridades da causa, de modo que reste motivada a construção normativa adotada.

Em conformidade com o inciso II do §1º do artigo 489 do CPC, a decisão judicial não será considerada fundamentada, se “empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

Parece-nos, como adverte Eros Grau, problemática a expressão conceitos jurídicos indeterminados. A ideia de conceito pressupõe determinação. Se são conceitos, são determinados. Preferimos, então, fazer referência a termos jurídicos indeterminados.¹²⁹

Diante da impossibilidade de prever, em toda sua riqueza, as situações de fato, o legislador insere, no texto legal, termos indeterminados, que serão preenchidos pelo intérprete caso a caso. Por certo, os termos indeterminados empregados nos textos normativos somente podem ser compreendidos em face das peculiaridades de determinado contexto fático.¹³⁰

A técnica legislativa dos termos jurídicos indeterminados, portanto, favorece a flexibilidade da interpretação jurídica, na medida em que permite a adaptação do dispositivo legal às circunstâncias do caso concreto.¹³¹

É o que ocorre, por exemplo, tendo em vista §1º do artigo 96 do Código Civil, que define as benfeitorias voluptuárias como as de “mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor”. Em que consiste o mero deleite

128 GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 463. Versando sobre a hermenêutica jurídica gadameriana, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 198, reafirma: “A tarefa da interpretação consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação”.

129 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 224-225.

130 Como destaca SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 307, “Os conceitos indeterminados só podem ser compreendidos e aplicados através de uma concretização pela qual se ajuíza o que neles é integrável e o que deles está excluído”. Sobre a matéria, v. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I. p. 773-778.

131 Nessa linha, ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2016. p. 597, sustenta: “A possibilidade de fixação de caso para caso confere ao direito aquela maleabilidade que uma determinação completa pela lei por natureza excluiria”.

ou recreio? A construção de piscina em residência pode afigurar-se como benfeitoria voluptuária, já não podemos dizer o mesmo quanto à instalação do referido equipamento em clube de natação.¹³²

Justamente porque a técnica legislativa dos termos indeterminados acentua a maleabilidade da interpretação jurídica, torna-se ainda mais importante a atenção às particularidades do caso, razão pela qual o aludido inciso II impõe ao juiz a motivação concreta da incidência do termo no caso discutido nos autos.

Teresa Arruda Alvim defende que o II do §1º do artigo 489 do CPC também alcança as decisões baseadas em princípios jurídicos.¹³³

Realmente, a aplicação dos princípios implica dificuldades adicionais em relação às regras.¹³⁴ Em geral, resultam os princípios da interpretação de textos normativos de elevadas vaguidade e abstração. Ademais, as normas principiológicas veiculam razões *prima facie* para decidir, que podem ser superadas por razões em sentido oposto, a depender da situação concreta em análise.

Por esses fundamentos, estamos de acordo com a interpretação segundo a qual o mencionado inciso II abrange a aplicação judicial das normas principiológicas.

Assim, por exemplo, não basta mencionar que a medida atende ao melhor interesse da criança e do adolescente. É obrigatória, sob pena de nulidade da decisão, a indicação contextualizada dos motivos segundo os quais o referido princípio impõe a solução adotada.

Pensamos que o §2º do artigo 489 do Código de Processo Civil, do qual trataremos posteriormente¹³⁵, foi concebido para aplicação dos princípios, que não raro entram em rota de colisão. Verificamos, dessa maneira, o cuidado do legislador processual com a motivação das decisões judiciais envolvendo princípios.

Na hipótese de a decisão judicial “invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão”, também não se considera cumprido o dever jurídico de fundamentação, como declara o inciso III do §1º do artigo 489 do CPC.

O dispositivo veda a decisão judicial amparada em fundamentos genéricos. O mínimo que se espera de uma decisão judicial é que examine o caso debatido no processo, de forma que não satisfazem fórmulas padronizadas, que se aplicariam a sem-número de situações distintas.

Barbosa Moreira, com respeito a decisões baseadas em referências genéricas, relata:

Exemplo de erro muito comum é o de afirmações como “indefiro a liminar por falta dos pressupostos legais”. Dizer isso ou nada dizer é praticamente a mesma coisa. Cumpre justificar o asserto de que os pressupostos legais não estão presentes. A mera alusão à respectiva falta não é satisfatória. Decisão desse teor não está motivada.¹³⁶

132 Trata-se de exemplo apresentado por GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1. p. 314.

133 ALVIM, Teresa Arruda. *ob. cit.*, p. 217, “Há, na verdade, razões tão ou mais relevantes para que este dispositivo oriente o modo como deve ser a fundamentação da decisão judicial que se apoia em princípios jurídicos, quanto às que levam à necessidade de que a fundamentação seja mais densa quando se trata de aplicar ao caso uma cláusula geral, para embasar a parte decisória da sentença”.

134 Já tivemos oportunidade de tratar da distinção entre princípios e regras em MOTA, Marcel Moraes. *ob. cit.*, 2011. p. 49-53.

135 Item 6.

136 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *ob. cit.*, 2004. p. 121.

Notamos que o problema persiste na praxe judiciária, o que se evidencia também em litígios de massa, bem como nos julgamentos de embargos de declaração.¹³⁷

As decisões apoiadas em afirmações genéricas não revelam vínculo com o caso concreto, logo, não procedem à justificação externa das premissas fática e normativa, de maneira que a decisão judicial não poderá ser considerada motivada.¹³⁸

Ora, não basta afirmar que estão presentes, ou que não estão presentes, os pressupostos legais. Somente poderá ser considerada motivada a decisão que exponha, concretamente, os motivos pelos quais estão, ou não, configurados os requisitos da medida pleiteada. Para isso, é imprescindível que as circunstâncias particulares do caso sejam levadas em consideração.¹³⁹

Como preceitua o inciso IV do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil tampouco se considera fundamentada a resolução judicial que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Verificamos, no dispositivo legal acima citado, detalhamento em virtude da eficácia jurídica do princípio do contraditório, que confere às partes o direito de influência.

Impõe-se ao juiz o dever de diálogo com as razões apresentadas dialeticamente no processo, de modo que a decisão judicial resulte de efetiva apreciação dos argumentos sustentados pelos legitimados.

Para além do contraditório, o aludido inciso IV decorre do princípio da cooperação¹⁴⁰, já que esta norma estabelece, entre outros, o dever de esclarecimento dos pronunciamentos judiciais.¹⁴¹

Não basta, por conseguinte, que o magistrado adira a uma das teses defendidas no processo. Deve justificar por que razões não foi acolhida a tese que conduziria a decisão em sentido diverso.

Para Leonard Ziesemer Schmitz, o referido enunciado legal determina a “fundamentação-resposta”, que “é a atividade hermenêutica que rebate, um a um, os argumentos trazidos pela parte que sucumbiu em um julgamento”¹⁴².

Com a devida vênia, não nos parece correto sustentar que a decisão judicial deve consistir em resposta a quaisquer argumentos levantados pela parte sucumbente.

Pensamos que o mencionado dispositivo prescreve que devem ser rebatidos apenas os

137 Cfr. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. ob. cit., p. 302-303.

138 No mesmo sentido, v. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 152.

139 NERY JUNIOR, Nelson. ob. cit., 2004a. p. 219, assevera que “O ministro, desembargador ou juiz tem necessariamente de dizer por que entendeu presentes ou ausentes os pressupostos para a concessão ou denegação da liminar, isto é, ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não limitar-se (sic) a repetir os termos da lei, sem dar as razões de seu convencimento”.

140 Nesse sentido, v. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro. In: SILVA, João Calvão et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 332.

141 Sobre os deveres de cooperação, que abrangem os de proteção, de esclarecimento e de lealdade, v. CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015. p. 604-608. A respeito do dever de esclarecimento judicial, DIDIER JR., Fredie. ob. cit., 2015. p. 128, destaca que “O dever de esclarecimento não se restringe ao dever de o órgão jurisdicional esclarecer-se junto das partes, mas também o dever de esclarecer os seus próprios pronunciamentos para as partes”.

142 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. ob. cit., p. 303.

argumentos capazes de sustentar decisão judicial diversa.¹⁴³ Como diz a lei, aqueles “capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”.

Logo, como sustenta Rodrigo da Cunha Lima Freire, “não está o juiz obrigado a enfrentar argumentos objetivamente irrelevantes ou impertinentes”¹⁴⁴.

Salientamos que não basta ao juiz afirmar que o argumento é irrelevante, ou impertinente. Deve justificar por que assim o reputa. Do contrário, o efetivo diálogo com as razões da parte ficaria prejudicado, bem como seria menoscabado o dever de esclarecimento da resolução judicial. Dessa maneira, apresentados os motivos pelos quais o argumento é irrelevante, ou impertinente, é desnecessário que o magistrado examine a alegação a fundo.

Conforme o inciso V do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, não se considera fundamentada decisão judicial que “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”.

Consoante esclarecemos quanto à estrutura lógica da decisão judicial, cabe ao juiz justificar as premissas do raciocínio desenvolvido, o que requer o preenchimento das premissas normativa e fática. Os precedentes e os enunciados de súmula, no silogismo judiciário, são relevantes para justificação externa da premissa maior.

De outra parte, a definição do precedente ou do enunciado de súmula aplicáveis depende do exame das circunstâncias do caso. É preciso, portanto, justificar concretamente a pertinência dos elementos jurisprudenciais empregados na resolução judicial.

Mais uma vez, temos oportunidade de realçar que as premissas normativa e fática do silogismo judicial devem ser elaboradas em conjunto. A consideração dos fundamentos determinantes do precedente ou do enunciado de súmula, que é imposta pela lei sob pena de nulidade da decisão judicial, somente pode ser satisfeita mediante a análise dos elementos fáticos juridicamente relevantes.

Para a aplicação de precedente judicial, é necessário determinar sua *ratio decidendi*. Em seguida, impende confrontar as circunstâncias fáticas do caso posterior com o caso anterior, a fim de verificar se há semelhanças relevantes, que justificam a incidência a solução jurídica estabelecida no precedente.¹⁴⁵

Com respeito aos enunciados de súmula, tanto persuasiva como vinculante, importa verificar os casos que deram origem ao verbete. Desse modo, será possível determinar, com segurança, os fundamentos determinantes da jurisprudência sumulada. Posteriormente, deve ocorrer o mesmo procedimento argumentativo de aplicação dos precedentes, que pressupõe o cotejo das circunstâncias fáticas, em ordem a determinar similitudes expressivas, que confirmem a pertinência do enunciado invocado.

Absolutamente insuficiente, portanto, a mera referência da ementa do precedente, ou do

143 Na mesma linha, v. ALVIM, Teresa Arruda. ob. cit., p. 219, “Vê-se, portanto, que, segundo este dispositivo, o juiz deve proferir decisão afastando, repelindo, enfrentando elementos que poderiam fundamentar conclusão diversa”. Itálico no original.

144 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. ob. cit., p. 335.

145 A respeito, v. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 200-204.

enunciado da súmula. Tem o mencionado inciso V o claro intuito de afastar essa prática, que pode ser cunhada de ementismo.¹⁴⁶

De acordo com o inciso VI do §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, também não se considera fundamentada decisão judicial que “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”.

O dispositivo acima referido bem pode ser compreendido como a outra face, ou a “*continuação*”¹⁴⁷ do anterior. Subjazem a ambos os preceitos os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, que impõem soluções jurídicas semelhantes para casos semelhantes.

Caso o juiz entenda que os elementos jurisprudenciais invocados pela parte não se aplicam ao caso, deve assumir a carga do argumento, justificando por que o enunciado de súmula, o precedente ou a jurisprudência não são pertinentes.

Em consonância com os motivos elencados na lei para afastar o elemento jurisprudencial alegado pela parte, o magistrado deve seguir as técnicas da distinção (*distinguishing*) ou da superação (*overruling*).

Consoante a primeira técnica, justifica-se a não aplicação do precedente ou do verbete, porque o caso sob exame apresenta peculiaridades, de modo que não deve seguir a mesma *ratio decidendi* dos casos anteriores. Trata-se, portanto, da distinção dos casos.¹⁴⁸

Para a correta aplicação da técnica da distinção, não basta, obviamente, a mera diferença entre os casos, já que não há dois casos idênticos. A diferença apontada deve ser relevante, apta a justificar a imposição de solução jurídica diversa.

Por sua vez, a técnica da superação permite o afastamento do precedente, por meio da construção de outra *ratio decidendi*. Devem ser apresentados argumentos que justifiquem o acolhimento da nova tese jurídica.

A mencionada técnica confere caráter dinâmico à jurisprudência, o que permite o desenvolvimento do Direito, seja em razão das transformações sociais, seja em decorrência de elementos internos do ordenamento jurídico.¹⁴⁹

Em caso de alteração da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais superiores, ou daquela decorrente do julgamento de casos repetitivos, prescreve o §3º do artigo 927 do Código de Processo Civil que poderá haver modulação dos efeitos do câmbio jurisprudencial amparada no interesse social e no da segurança jurídica.

Portanto, além de requerer motivação adequada e específica, convém ressaltar que a mudança jurisprudencial não deve prejudicar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade.

146 FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. ob. cit., p. 336.

147 DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. ob. cit., p. 340.

148 V. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 204-206.

149 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. ob. cit., 2015c. p. 616, “*A superação de um precedente (overruling) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica*”. Itálico no original.

É possível, ainda, que a *ratio decidendi* não seja de todo superada, mas estreitada, ou ampliada. Chama-se a referida técnica de *overriding*.¹⁵⁰ Pensamos que o VI do §1º do artigo 489 também se aplica à técnica acima mencionada, já que se trata de superação parcial do precedente judicial.

Além das hipóteses §1º do artigo 489 do Código de Processo Civil, interessa-nos indagar se é compatível com o dever de fundamentação das decisões judiciais a chamada fundamentação *per retationem*, ou referencial, que consiste na adoção de razões expendidas em outra peça processual.

Consideramos que, no caso da fundamentação *per relationem*, o juiz não cumpre, de forma satisfatória, o dever de diálogo com os argumentos trazidos pelas partes ao processo. Não nos parece suficiente, com toda a clareza, a mera adesão aos motivos invocados em uma das peças do processo, como o parecer do órgão ministerial. É imprescindível que o julgador justifique, concretamente, por que as razões citadas merecem acolhimento.¹⁵¹

Em vista do exposto, podemos concluir que não se considera fundamentada a decisão judicial a que falte o efetivo diálogo com as razões fáticas e jurídicas sustentadas pelas partes. Toda resposta jurisdicional deve ser construída a partir da interação dialética dos argumentos, levando-se em consideração as especificidades da situação concreta posta em juízo.

6. A COLISÃO ENTRE NORMAS DO §2º DO ARTIGO 489 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O ordenamento jurídico é composto por regras e princípios.¹⁵² Importa-nos, neste momento, lembrar que os argumentos baseados em princípios consistem em razões *prima facie*, que são superáveis, ao passo que as regras ensejam razões definitivas.¹⁵³

Uma vez determinada a regra aplicável, opera-se a subsunção. Já a aplicação dos princípios, não raro, envolve a ponderação. Assim, na hipótese de colisão de princípios, importa verificar qual deve prevalecer, tarefa indispensável para a justificação externa da premissa normativa do silogismo jurídico.

Parece-nos oportuno salientar que o reconhecimento da normatividade dos princípios implica a flexibilidade da interpretação jurídica, o que favorece a reaproximação entre Direito e Justiça.

Por outro lado, a aplicação dos princípios envolve riscos consideráveis. Destacamos, nesta oportunidade, a possibilidade de enfraquecimento da normatividade diante das concepções morais do julgador. A indevida manipulação dos princípios corrói a limitação jurídica do poder de decidir.

É certo que o estado de Justiça não se coaduna com o arbítrio judicial. Urge que as posturas decisionistas sejam repelidas. Os princípios não devem servir de pretexto para a imposição, velada ou explícita, da vontade do julgador.

Por essa razão, em boa hora dispõe o §2º do artigo 489 do atual Código de Processo Civil que “No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

150 A respeito, v. MOTTA, Otávio Verdi. ob. cit., p. 206.

151 Na mesma linha, v. FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. ob. cit., p. 339-340.

152 ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 117-125.

153 Nesse sentido, v. HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997. p. 118.

Recordamos que a colisão dos princípios deve ser resolvida por meio da proporcionalidade, que pode ser compreendida como procedimento jurídico-argumentativo de controle das limitações jurídicas das normas com estrutura de princípio.¹⁵⁴

Assim, em nosso entendimento, a decisão envolvendo choque de princípios deve justificar, de modo preciso, os critérios normativos da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Apresenta-se, portanto, a ponderação como terceira etapa do teste procedimental da proporcionalidade.

Decisiva importância tem o contexto fático em uma situação de colisão de princípios. Neste ponto, parece-nos útil lembrar o conceito de princípio como mandado de otimização (*Optimierungsgebot*), proposto por Robert Alexy, como norma que determina que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas.¹⁵⁵

Ora, a decisão judicial sobre colisão de princípio somente poderá ser considerada fundamentada, se justificar, a partir das circunstâncias do caso concreto, as possibilidades fáticas e jurídicas do bem protegido pelo princípio, o que depende do procedimento da proporcionalidade.

Dessa forma, não basta afirmar, por exemplo, que, feita uma ponderação entre os direitos à informação e à privacidade, deve prevalecer este ou aquele. É obrigatório justificar por que, concretamente, um ou outro há de ser preponderante.

Caso a decisão judicial não justifique os critérios de solução da colisão de princípios, cabem embargos de declaração para suprir a omissão.

CONCLUSÃO

Nas democracias constitucionais, verificamos que os princípios constitucionais da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia justificam o direito fundamental a decisões judiciais claras, coerentes, completas e escorreitas.

Como recurso, os embargos de declaração servem, justamente, para o esclarecimento ou a complementação de decisões judiciais, de modo que constituem técnica processual baseada nos princípios acima mencionados, que compõem o sistema jurídico de um estado de Justiça.

Sob o prisma do Direito brasileiro, destacamos que os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada, que devem ser opostos perante o próprio órgão jurisdicional que proferiu a decisão, a fim de que, sendo o caso, seja sanado o vício apontado. Em regra, não possuem efeito modificativo, nem suspensivo. São dotados de efeito interruptivo e translativo.

A oposição dos embargos de declaração permite o controle do dever de fundamentação das decisões judiciais, já que decisões sem fundamentação, ou com fundamentação deficientes, são consideradas omissas.

Examinando-se a estrutura lógica das decisões judiciais, que podem ser reconstruídas na forma de um silogismo jurídico, chamamos a atenção para a importância da justificação externa das premissas fáticas e normativas adotadas. Ademais, deve haver a justificação interna, que consiste na passagem das premissas à conclusão.

154 A respeito, v. MOTA, Marcel Moraes. ob. cit., 2006. p. 116-127. Ainda sobre o teste da proporcionalidade, v. KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 8-10.

155 Alexy, Robert. ob. cit., 1994. p. 75-76.

O Código de Processo Civil apresenta rol exemplificativo de decisões judiciais não fundamentadas, que ensejam o cabimento de embargos de declaração. Em linhas gerais, observamos que são decisões que apresentam fundamentos genéricos, que não enfrentam as peculiaridades da causa, tampouco levam a sério o princípio do contraditório.

Como exemplo de decisão omissa, discutimos ainda sobre a colisão de princípios que é proferida sem apresentar, concretamente, as razões pelas quais um princípio deve prevalecer diante de outro.

Em suma, podemos concluir que os embargos de declaração constituem instrumento processual apto a promover o controle do poder de decidir, contribuindo para o expurgo de decisões nulas, como são aquelas que descumprem o dever de fundamentação.

REFERÊNCIAS

- AARNIO, Aulis. *The rational as reasonable: a treatise on legal justification*. Dordrecht: D. Reidel, 1987.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Die logische Analyse juristischer Entscheidungen. In: ALEXY et al. *Elemente einer juristischen Begründungslehre*. Baden-Baden: Nomos, 2003.
- _____. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- _____. *Theorie der juristischen Argumentation: die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
- ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação, elementos para o discurso jurídico*. 5. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.
- ARISTÓTELES. *Órganon: categorias, da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofisticas*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2005.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. refundida, 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2016.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BUZAID, Aidê. *Introdução à lógica jurídica: fundamentos filosóficos*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CADIET, Loïc; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*. 5. ed. Paris: Litec, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Tradução de Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del "giusto processo"*. Torino: Giappichelli, 2004.
- COPI, Irving M.; COHEN, Carl; MCMAHON, Kenneth. *Introduction to logic*. 14. ed. Upper Saddle

River: Prentice Hall, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. 6. reimp. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. *Tratado de direito civil: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral*. 4. ed. ref. e atual. Coimbra: Almedina, 2017. v. I.

CUNHA, Leonardo Ferreira da. *Dos elementos e dos efeitos da sentença*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. *Breves comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 1.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017. v. 3.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8. ed. Padova: CEDAM, 2001.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. *O dever de fundamentação das decisões judiciais no CPC brasileiro*. In: SILVA, João Calvão et al. *Processo civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 1.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRUNSKY, Wolfgang. *Zivilprozessrecht*. 12. ed. München: Luchterhand, 2006.

GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio: lezioni*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2006.

GUERRA, Marcelo Lima. *Notas sobre o dever constitucional de fundamentar as decisões judiciais* (CF, art. 93, IX). In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006.

HAGE, Jaap C. *Reasoning with rules: an essay on legal reasoning and its underlying logic*. Dordrecht: Kluwer, 1997.

JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 8. ed. São Paulo: RT, 2017.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

LEFORT, Christophe. *Procédure civile*. 2. ed. Paris: Dalloz, 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2005.

LÜKE, Wolfgang. *Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung*. 9. ed. München: Beck, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO. *Novo código de processo*

- civil comentado*. São Paulo: RT, 2015a.
- _____. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: RT, 2015b. v. 1.
- _____. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: RT, 2015c. v. 2.
- MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MOTA, Marcel Moraes. *Direitos fundamentais e antecipação da tutela*. Fortaleza: Omni, 2011.
- _____. *Pós-positivismo e restrições de direitos fundamentais*. Fortaleza: Omni, 2006.
- MOTTA, Otávio Verdi. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: RT, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2004a.
- _____. *Teoria geral dos recursos*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004b.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PERELMAN, Charles. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1999.
- PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. Trad. de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PINTO, Rui. *O recurso civil. Uma teoria geral: noção, objeto, natureza, fundamento, pressupostos e sistema*. Lisboa: AAFDL, 2017.
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed., rev. e atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*. Coimbra: Almedina, 2016.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- TARUFFO, Michele. *A motivação da sentença civil*. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- _____. *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.
- ZIPPELIUS, Reinhold; WÜRTENBERGER, Thomas. *Deutsches Staatsrecht*. 31. ed. München: Beck, 2005.