

O DEVER DE MOTIVAR E O “LIVRE CONVENCIMENTO” (CONFLITO OU FALSO EMBATE?): BREVE ANÁLISE DO TEMA A PARTIR DE DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E COM OS OLHOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ⁰

Rodrigo Reis Mazzei

Pós-doutorado (UFES), Doutor (FADISP) e Mestre (PUC/SP). Professor (graduação e mestrado) da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Vice-presidente do Instituto dos Advogados do Estado do Espírito Santo (IAEES). Presidente da Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB/ES)

RESUMO: O ensaio tem como objeto examinar os contornos que o *dever de fundamentar* as decisões deve alcançar, tema que (ao menos aparentemente) é tratado de forma conflituosa no âmbito dos Tribunais, utilizando-se aqui - como palco de análise - algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Dever de fundamentação. Livre convencimento. Fundamentação decisória.

1. OBJETO DO ESTUDO

O ensaio tem como objeto examinar tema que (ao menos aparentemente) é tratado de forma conflituosa no âmbito dos Tribunais, utilizando-se aqui - como palco de análise - algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Estamos nos referindo à compreensão dos contornos que o *dever de fundamentar* as decisões deve alcançar, eis que vários julgados adotam o posicionamento de que o órgão judiciário não está obrigado a *‘rebater todas as questões trazidas pelas partes’*¹, ao passo que outras decisões adotam a trilha de que, pelo dever

0- O presente ensaio tem como raiz nossa tese de doutoramento (Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012), cuja publicação da versão comercial está prevista para 2015 (já atualizada com o NCPC).

1- No sentido (entre vários): “(...) a jurisprudência desta Corte anuncia que o Magistrado não é obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos deduzidos pelas partes, quando o acórdão recorrido analisa com clareza as questões essenciais à solução da controvérsia e há razão suficiente para sua manutenção, mesmo

da motivação, ‘os julgamentos devem explicitar – de forma fundamentada – os temas suscitados pelas partes’².

Embora os limites horizontais de nosso labor não sejam tão amplos, seguindo o corte anunciado (análise da problemática a partir de algumas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça), não resta dúvida que a temática é atual e merece ser analisada.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARTIGO 93, IX E X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O sistema processual atual, norteado por um modelo democrático de direito (próprio de um Estado Democrático – artigo 1º da atual Carta Magna), não admite decisão desprovida de fundamentação³ (seja no âmbito judicial, seja no espectro administrativo). A base para tal garantia, como é de trivial sabença, está firmada nos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal de 1988, pois tais dispositivos determinam que *as decisões judiciais e administrativas deverão ser motivadas, não se admitindo as sem fundamentação*.

É de bom alvitre notar que a pena de *nulidade* cominada no inciso IX do artigo 93, da Constituição Federal, em relação às decisões sem fundamentação, não tem campo de atuação apenas judicial, sendo, pois, aplicável também às decisões no âmbito administrativo (embora o inciso X do artigo 93 seja omissivo no sentido)⁴. Isso porque deve prevalecer interpretação

que exposta de forma sucinta (EDcl nos EDcl no AgRg no REsp. 1.237.906/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 03.10.2011; AgRg no Ag. 1.402.701/RS, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 06.09.2011)” (STJ, AgRg no Ag 1344344/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, j. em 08/11/2011, DJe 16/11/2011); “Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007” (STJ, AgRg no AREsp 6.612/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, j. em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

2- No sentido (entre vários): “Infringência ao artigo 535, II, do CPC. Em sede de embargos de declaração, se o Tribunal *a quo*, ao rejeitar os embargos, queda omissivo, não se manifestando acerca de tema *sub judice*, afronta o disposto no artigo 535, II, do CPC. Precedentes” (STJ, REsp 616.729/PE, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, j. em 25/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 550); “Incide em violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil o órgão julgador que, instado a se pronunciar sobre questões relevantes, permanece silente, causando prejuízo ao embargante” (STJ, REsp 486.022/SC, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2005, DJ 13/02/2006, p. 792). No sentido: STJ, REsp 1196422/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, j. 02/09/2010, DJe 22/09/2010.

3- No mesmo sentido: Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010, p. 128). Confira-se ainda: Hermes Zaneti Jr. (*Processo constitucional*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 03-11).

4- Vale conferir as redações citadas (de acordo com a Emenda Constitucional 45/04): Artigo 93: (...) IX

que prestigia os cânones de um Estado Democrático de Direito em descarte a uma hermenêutica puramente literal da Carta Magna, pois a motivação decisória (qualquer que seja o ambiente que for proferida a decisão) faz parte de orquestra mais completa, regida pelo *due process of law*⁵⁶.

Aliás, ainda que por breve registro, deve ficar cravado que o dever de fundamentar decorre de feixe de exigências de cunho múltiplo, já que permite verificar no caso concreto a *imparcialidade do julgador* (que deve decidir de forma objetiva e neutra), bem assim exercitar o *controle da legalidade* do ato decisório (só com os fundamentos se poderá se perquirir sobre o acerto ou desacerto do julgador) e, finalmente, aferir a *efetividade de garantia de defesa* (se houve análise por parte do julgador dos fundamentos que foram postos pelas partes).⁷ Tal estrutura escora não apenas as decisões judiciais, mas também as decisões administrativas, sendo, assim, inviável interpretação estanque dos incisos IX e X do artigo 93 da Constituição Federal, já que ambos estão atrelados à mesma diretriz constitucional (tão somente com fixações distintas no plano espacial).

todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; X as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

5- No sentido: “A motivação das decisões judiciais reclama do órgão julgador, a pena de nulidade, explicitação fundamentada quanto aos temas suscitados, mesmo que o seja em embargos declaratórios, sendo insuficiente a simples afirmação de inexistir omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Elevada a cânone constitucional, apresenta-se como uma das características incisivas do processo contemporâneo, calcado no ‘due process of law’, representando uma ‘garantia inerente ao estado de direito’” (STJ, REsp 102445/ES, Rel. Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª. Turma, DJ 22/06/1998, p. 84).

6- Vale observar que no âmbito do processo administrativo, as leis infraconstitucionais corroboram a ideia apresentada, ou seja, o dever de fundamentar as decisões administrativas em decorrência do respeito ao devido processo legal. A título exemplificativo, tal compreensão encontra-se na Lei nº 9. 784/1999 [Art. 2º, *caput*: A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência; Art. 50, *caput*: Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (...)] e na Lei nº 8.112/1990 (Art. 153: O inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito; Art. 156, *caput*: É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial).

7- Conforme Joaquim Felipe Spadoni (A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 236-237).

De outro giro, é de bom alvitre reavivar o conceito de *decisão fundamentada*, pois a absorção de ideia correta evita afastamento do núcleo pretendido pelo legislador constitucional. Segundo NELSON NERY JUNIOR, “fundamentar significa o magistrado dar as razões de fato e de direito que o convenceram a decidir da questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão”.⁸

As palavras do jurista nos dão apoio para compreender que a *fundamentação decisória* implica não apenas em constar formalmente *motivos* no corpo da decisão, mas sim os *motivos que justificam a decisão*.⁹ Parece sutil, mas há diferença gritante.

8- *Princípios do processo civil na constituição federal*. 9ª. ed.. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2009, p. 286. Semelhante: Eduardo Arruda Alvim (*Direito processual civil*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 131).

9- Com tal ideia, confira-se: “O dever de motivar as decisões implica necessariamente cognição efetuada diretamente pelo órgão julgador. Não se pode admitir que a Corte estadual limite-se a manter a sentença por seus próprios fundamentos e a adotar o parecer ministerial, sendo de rigor que acrescente fundamentação que seja própria do órgão julgante. (...) A mera repetição da decisão atacada, além de desrespeitar o regramento do art. 93, IX, da Constituição Federal, causa prejuízo para a garantia do duplo grau de jurisdição, na exata medida em que não conduz a substancial revisão judicial da primitiva decisão, mas a cômoda reiteração.” (STJ, HC 76.850/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 31/05/2010). Igualmente: STJ, HC 134.788/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2011, DJe 13/06/2011; STJ, HC 91.894/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 23/11/2009; STJ, HC 232.653/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 07/05/2012. Note-se que mesmo quando admitida a chamada ‘motivação *per relationem*’, a decisão deverá indicar os fundamentos de fatos que justificam a decisão. No sentido: “Revela-se legítima, e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, inciso IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação *per relationem*, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário. Precedentes. (MS 25936 ED, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/06/2007, DJe-176 DIVULG 17-09-2009 PUBLIC 18-09-2009 EMENT VOL-02374-01 PP-00168)” (STJ, EDcl no AgRg no Ag 1218725/RS, Rel. Ministro Convocado VASCO DELLA GIUSTINA, SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 13/06/2012). Parecendo adotar posição intermediária: “A reprodução de fundamentos declinados pelas partes ou pelo órgão do Ministério Público ou mesmo de outras decisões atendem ao comando normativo, e também constitucional, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões judiciais. O que não se tolera é a ausência de fundamentação. Precedentes citados: HC 163.547/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 27/09/2010; HC 92.479/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe de 09/03/2009; HC 92.177/RS, 6.ª Turma, Rel. Ministro HAROLDO RODRIGUES - Desembargador convocado do TJCE -, DJe de 07/12/2009; HC 138.191/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe de 07/12/2009; AgRg no REsp 1186078/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 28/06/2011; HC 98.282/RS, 5.ª Turma, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 16/11/2009; RHC 15.448/AM, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJ de 14/06/2004; HC 27347/RJ, 6.ª Turma, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ de 01/08/2005; HC 192.107/TO, 5.ª Turma, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 17/08/2011” (EResp 1021851/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 28/06/2012, DJe 04/10/2012).

Observe-se que ao se perquirir os *motivos que justificam a decisão*, a motivação (*fundamentação*) utilizada pelo julgador deverá ser apresentada de forma *coerente, completa e clara*, capaz de permitir a *identificação da imparcialidade do julgador, o controle da sua legalidade*, assim como *aferir se a garantia de defesa foi exercida*. Por tal passo, não se pode imaginar que a motivação se esgota na existência de fundamentos decisórios, mas na apresentação destes dentro de um gabarito mais amplo, a saber:

(a) *Coerência* - os fundamentos necessitam ser *coerentes*, pois indicam que o julgador decidiu com os versados nos autos e que o resultado poderia ser diferente se fundamentos outros – que não os dos autos - fossem aplicados.

(b) *Completude* - a fundamentação necessita também ser *completa*, eis que não se permite que a não análise de questões importantes possam levar a resultado diferente.

(c) *Clareza* - finalmente, a fundamentação há de ser *clara*, haja vista que deve ser não só compatível, mas também permitir a exata compreensão da decisão e da motivação que a sustenta.¹⁰

Desse modo, consoante o ligeiro quadro acima apresentado, é engano pensar que a decisão não fundamentada padece exclusivamente do vício da omissão (ou incompletude de motivação), eis que a matriz constitucional em debate, ao reclamar decisão fundamentada, impôs a necessidade de fundamentação *clara, coerente (lógica¹¹) e completa*.¹²⁻¹³

10- Confira-se: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

11- Assim, em exemplo, a falta de correlação lógica entre os fundamentos (motivação) e sua parte dispositiva, pode ser encarada como ausência de obrigatória motivação do julgado (com violação do artigo 93, IX, da Carta Constitucional). Tal problemática foi trazida no seguinte julgado: STJ, REsp 1252902/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 24/10/2011.

12- Próximo, Joaquim Felipe Spadoni afirma que “(...) o direito constitucional de decisões claras, lógicas e completas nos leva a crer que, mesmo que não fosse previstos expressamente em nossa legislação como recurso, os embargos de declaração seriam cabíveis mediante qualquer outro expediente, podendo ser veiculado por meio de simples petição de ‘esclarecimento’ ou de ‘complemento’ do ato decisório proferido”. (A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento. In *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 243). Também com boa semelhança no raciocínio (ainda que com algumas variações), confira-se: Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 32-33), José Rogério Cruz e Tucci (*A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 20-21) e Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 241).

13- Há alguns precedentes que parecem seguir o mesmo raciocínio: “(...) Compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto

Com outras palavras, decisão motivada, dentro da moldagem constitucional, traduz-se em decisão *clara, coerente* (não contraditória) e *completa*, pois somente em tal gabarito se poderá dizer que a decisão decisória está – plenamente – fundamentada.¹⁴ Ora, decisão reclama *clareza*, pois deve propiciar, objetivamente, a compreensão de seus comandos e da motivação que a sustenta.¹⁵ Necessita ser *coerente* para demonstrar a lógica uniforme de suas premissas, ou seja, que o resultado é compatível com a linha seguida (que poderia ser outro, acaso a fundamentação fosse diversa). Não suficiente a *clareza e a coerência*, a decisão precisa ser *completa*, com fundamentação bastante que indica e sustenta os rumos decisórios que, por sua vez, deverão cobrir toda área das postulações (sentido amplo) postos pelas partes.¹⁶

Portanto, mesmo em resenha apertada, conclui-se que motivar as decisões implica em fundamentá-las, ou seja, traçar de forma *coerente, completa e clara* as razões que implicaram no convencimento do julgador ou órgão decisor.

3. DO DEVER DE MOTIVAR COMO CONTRAPOSIÇÃO AO LIVRE CONVENCIMENTO

Sem prejuízo do já exposto, é também de grande importância estar atento à vinculação do *dever de motivar ao princípio do livre convencimento*. Isso porque o dever do julgador de proferir decisão fundamentada (= *decisão coerente + completa + clara*) decorre da contraposição à liberdade e à independência que o nosso sistema processual confere ao juiz ao decidir, fixada no princípio do *livre convencimento*.

a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no artigo 93, IX, da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo *decisum*, como ocorre *in casu*.” (STJ, AgRg no REsp 868.211/PR, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/11/2006, DJ 18/12/2006, p. 512). No mesmo sentido (mais recentes): STJ AgRg no REsp 1216172/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; STJ, AgRg no REsp 1171197/PI, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 04/11/2011.

14- Caminhando em sentido próximo: Teresa Arruda Alvim Wambier (*Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005, p. 32-33) e Joaquim Felipe Spadoni (*A Função constitucional dos embargos de declaração e suas hipóteses de cabimento*. In: *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e outros meios de impugnação*. Volume 8. Nelson Nery e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coords). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 243).

15- Confira-se: Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 241).

16- Com mais vagar, confira-se: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

Em curtas palavras, o dever de motivar é uma forma de contrapeso à liberdade e independência dada ao juiz para decidir (*livre convencimento*).¹⁷ Sob tal dualidade (que deve ser harmônica e não conflituosa) surge o tema aqui tratado e a posição caolha, apegada tão somente a um dos vetores contrapostos, poderá sustentar que:

- (a) o órgão judiciário não está obrigado a decidir acerca dos fundamentos trazidos pelas partes (apegando-se, cegamente, ao *princípio do livre convencimento*);
- (b) o órgão judiciário tem o dever de examinar e decidir motivadamente acerca de todos os argumentos das partes (maximizando ao maior expoente o *dever de fundamentação*).

4. UM FALSO EMBATE

Como já anunciado, a contraposição entre o *dever de motivar* e o *livre convencimento* na forma acima faz surgir situação (aparentemente) antagônica no entendimento do Superior Tribunal de Justiça (e de outros Tribunais) acerca da necessidade do conceito de *fundamentação completa*, pois enquanto alguns precedentes indicam que o órgão judiciário não está obrigado *a rebater todas as questões trazidas pelas partes*, outros indicam que, pelo dever da motivação, *os julgamentos devem explicitar – de forma fundamentada – os temas suscitados pelas partes*. O quadro abaixo indica a ‘dualidade’ anunciada. Senão vejamos:

17-No sentido: Candido Rangel Dinamarco (*Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 240-241). Próximos: Ricardo Arone (*Princípio do livre convencimento*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 73-75) e Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias (*A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no estado democrático de direito*. In *revista da faculdade mineira de direito*. Volume 8, número 16. Segundo semestre de 2005, Belo Horizonte: PUC Minas, p. 152-153).

Posição 01 (que parece se apegar apenas ao princípio do livre convencimento)	Posição 02 (que parece estar iluminada com foco total no dever de motivar)
<p>“(....) o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu.” (STJ, AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, 2ª. Turma, DJe 14/03/2013)</p>	<p>“As decisões judiciais devem conter a motivação e os fundamentos pelos quais os requerimentos das partes são acolhidos ou rejeitados. A parte que se socorre do Poder Judiciário tem direito, mesmo que os pedidos não sejam acatados, a ver os seus argumentos debatidos e decididos, sob pena de ver frustrada qualquer possibilidade de socorro às instâncias excepcionais. (...) A fundamentação e a motivação das decisões judiciais são requisitos que se encontram na Constituição Federal - art. 93, IX . São garantia do estado de direito para por a salvo o jurisdicionado do arbítrio e da parcialidade que podem ocorrer.” (STJ, REsp 216.165/RJ, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, 3ª. Turma, DJ 02/04/2001, p. 288)</p>

Entretanto, diferente do que pode se extrair de leitura perfunctória do quadro acima exposto, na realidade não há embate nas posições jurisprudenciais e a bússola que guia as duas posições é a mesma, muito embora a conclusão demande olhar atento. Explica-se:

Há dever de decidir (e sempre com motivação) acerca das postulações, pois estas não podem ficar sem respostas. No entanto, acerca dos motivos que sustentam as postulações, o órgão judiciário deve se ater aos seus *fundamentos*, isto é, o material jurídico que pode levar ao sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s). No entanto, *fundamentos não se confundem com argumentos*, pois os últimos são tão somente raciocínios para fortalecer os primeiros, estes

sim com densidade jurídica e com vinculação de análise e de motivação para o órgão judiciário.¹⁸

Em suma, a garantia que envolve a motivação decisória estará circunscrita aos *fundamentos* na forma acima resumida, isto é, em relação às *proposições* que podem levar as postulações ao êxito ou ao seu afastamento, sejam por razões de forma (questões processuais), sejam por questões de conteúdo de fundo (questões materiais). O argumento, por sua vez, estará caracterizado como *retórica* que gravita em torno do *fundamento*, ou seja, está atrelado à manifestação de *convencimento* em relação à questão que pode levar ao sucesso ou insucesso da postulação.¹⁹

Merece alerta que em alguns momentos a diferença entre *fundamentos* e *argumentos* pode não estar tão evidente (ao menos na percepção do Julgador). Em tais situações afigura-se de boa técnica - ao se demonstrar que a decisão possui defeito de motivação – a indicação não só do(s) *fundamento(s)*, mas também da sua importância para o deslinde da questão, tendo capacidade de influenciar no resultado, isto é, no desfecho da postulação que foi decidida.

A depuração e demonstração apresentada (envolvendo *fundamento* e *argumento*), como se percebe, passará pela seguinte indagação: *a falta de motivação está atrelada a algum fundamento relevante ao desfecho da causa?* Certamente, se a resposta à pergunta for positiva haverá a violação do dever de motivação (que não pode ser suplantado pelo argumento solteiro do livre convencimento). De toda sorte, se a situação for inversa, ou seja, a resposta for negativa, verificando-se que a questão não tem calibre para alterar o rumo decisório, estar-se-á, provavelmente, diante de um *argumento* que foi utilizado como *reforço de convencimento*.

Ainda que com colorido não exato das tintas traçadas no presente ensaio, percebe-se que há razoável número de decisões do Superior Tribunal de Justiça que fazem a análise da questão a partir do gabarito traçado [aferição se o vício de motivação alegado pela recorrente refere-se a algum fundamento

18- Em sentido próximo, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero afirmam que: “Fundamentos não se confundem com argumentos. Os argumentos são simples reforços retóricos realizados em torno dos fundamentos. A motivação devida no Estado Constitucional é aquela que justifica racionalmente a decisão tomada em efeito de dialogo com proposições jurídicas levantadas pelas partes” (*O projeto do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010, p. 42).

19- Interessante notar que não é por acaso que o inciso 282, III, do Código de Processo Civil de 1973 faz alusão à palavra *fundamento*. Embora o artigo 300 do mesmo diploma não faça expressa menção ao *fundamento* vinculado à contestação, percebe-se que tal ideia está presente, pois o legislador aponta “as razões de fato e de direito” como os vetores de aptidão para o bloqueio do pedido do autor. Insta frisar que o Novo Código de Processo Civil reproduziu os mesmos termos do revogado Código, nos artigos 319, III e 336, respectivamente.

com capacidade (ou não) de mudar o rumo decisório].²⁰ Há precedentes que chegam a ser didáticos, com expressa indicação do fundamento que foi olvidado e da sua relevância para o desenlace da questão, não podendo, por tal passo, serem simplesmente desconsiderados²¹.

20- Feita a diferenciação acima, observe-se que há decisões seguindo raciocínio próximo ao que acima desenvolvemos, ou seja, aferindo se a questão indicada é (ou não) um *fundamento relevante* ao desfecho da causa, eis que se a resposta for positiva haverá a violação do dever de motivação (ou até mesmo de acesso à justiça) e, na situação inversa, se a resposta for negativa, não haverá vulneração alguma. Confira-se: “(...) É pacífico o entendimento deste Tribunal Superior no sentido de que o órgão julgador não está obrigado a se manifestar sobre todos os argumentos expostos pelas partes, desde que adote fundamentação suficiente para o efetivo julgamento da lide. (...) *Se o Tribunal de segundo grau manteve-se omissivo em relação a tema relevante para o deslinde da controvérsia, o qual foi suscitado no momento oportuno*, mostra-se evidente o interesse recursal no que se refere à alegada afronta ao art. 535 do CPC. (...) *A parte recorrente aponta violação do art. 535, inc. II, do CPC, pois, apesar da apresentação de dois aclaratórios no intuito de debater a questão, a Corte de origem não analisou a tese de que o Estado deve ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais suportados por ex-presidiário baleado por agentes públicos durante o banho de sol* (...) Houve, portanto, violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, o que impõe o reconhecimento de nulidade do acórdão, bem com a determinação de novo julgamento dos embargos de declaração para que seja sanada a apontada omissão” (STJ, AgRg no Ag 1401739/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 21/06/2011, DJe 29/06/2011) – destaques não originais; “(...) *Viola o art. 535 do CPC o acórdão proferido em embargos de declaração que deixa de sanar omissão apontada pelo embargante, relevante ao julgamento da causa*. (...) No caso, foi omissivo o acórdão recorrido a respeito das diversas questões suscitadas a propósito da legitimidade ou não das penalidades impostas à recorrente. Tratando-se de manifestação do poder sancionador do Estado, que atinge significativamente a esfera jurídica e funcional da empresa apenada, é seu direito, até mesmo para viabilizar o exercício da defesa, *conhecer os fundamentos que motivam a aplicação de penalidades por parte da Administração, bem como dos que o Judiciário adota para confirmar tais atos administrativos, quando questionados em juízo* (...)” (STJ, REsp 934.608/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, j. 17/04/2008, DJe 07/05/2008) – destaque nosso; “*O juiz não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pelas partes para defesa de sua tese, podendo, apenas, decidir a controvérsia observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução*, bastando, *indicar os fundamentos suficientes à compreensão de suas razões de decidir*, cumprindo, assim, o mandamento constitucional previsto no art. 93, IX da Constituição Federal. Ademais, verifica-se que, na hipótese dos autos, o aresto recorrido não está desprovido de fundamentação, devendo ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo decisum.” (STJ, HC 180.821/MS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, j. 22/03/2011, DJe 04/04/2011) – destaques não originais; “O juiz não está obrigado a rebater, pormenorizadamente, todas as questões trazidas pela parte, citando os dispositivos legais que esta entende pertinentes para a resolução da controvérsia. *A negativa de prestação jurisprudencial se configura apenas quando o Tribunal deixa de se manifestar sobre ponto que seria indubitavelmente necessário ao deslinde do litígio*” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 805.504/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, j. 11/12/2009, DJe 01/02/2010) – destaques não originais; “É cediço que, quando o Tribunal recorrido se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa dos dispositivos legais. Saliente-se, ademais, que *o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão*, como de fato ocorreu na hipótese dos autos” (STJ, AgRg no Ag 1415559/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 22/11/2011, DJe 01/12/2011) – destaques não originais.

21- No sentido: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é omissivo o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente na apelação e nos embargos declaratórios, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. 2. *Recurso especial parcialmente provido, para cassar o acórdão dos embargos de declaração e determinar que o Tribunal de origem aprecie a questão relativa à alegada existência de decisão administrativa revogando a portaria que lhe desligou do curso de doutorado, apontada como ato coator no mandado de segurança*”

Observe-se aqui, em conexão às linhas introdutórias, que não é por acaso que os embargos de declaração ocupam cada vez mais posição de destaque no nosso sistema processual, admitindo-se, em julgamento do recurso de saneamento, até mesmo a *anulação* ou *modificação* da decisão embargada. Com efeito, a decisão fundamentada reclama a *clareza*, a *coerência (lógica)* e *completude*, sob pena de nulidade e os embargos de declaração, por sua vez, são a postulação mais adequada para sanar tais vícios de fundamentação (*obscuridade/clareza*, *contradição/coerência lógica* e *omissão/completude*).²²⁻²³ De toda sorte, os embargos de declaração somente têm sido recepcionados com êxito para o saneamento da motivação decisória em situações em que os fundamentos apontados no recurso estão devidamente discriminados, com o indicativo da consequência jurídica que a falha decisória causou.²⁴

Nada obstante o acima delineado, é importante se ter em mente que o descarte de *fundamento*, sob a dicção judicial de assim não se tratar (sendo, pois, um *argumento* sem força para mudar o desfecho da questão), deve-se dar de forma motivada. Em consequência, mesmo no julgamento dos embargos de declaração (ou outro recurso) que ataca a falta de *clareza (obscuridade)*, *de lógica (= contradição)* ou *de completude (= omissão)*, há o dever de motivar

denegado” (STJ, REsp 1323971/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª. Turma, j. 23/04/2013, DJe 07/05/2013) – destaque nosso; “Se a parte opõe embargos de declaração apontando omissão do julgado quanto à análise do art. 42 da Lei nº 4.243/63 e o Tribunal *a quo* os rejeita sem examinar a questão, tem-se caracterizada a ofensa ao art. 535, II, do CPC” (STJ, REsp 591.570/RJ, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 08/06/2004, DJ 02/08/2004, p. 529); “É omissis o julgado que deixa de analisar as questões essenciais ao julgamento da lide, suscitadas oportunamente pela parte, quando o seu acolhimento pode, em tese, levar a resultado diverso do proclamado. (...) É relevante a discussão sobre o reconhecimento da inércia da exequente, fato motivador da extinção da execução com arrimo no art. 267 do CPC, quando houve prévio pedido de suspensão da execução pela celebração de parcelamento tributário.3. Recurso especial provido para anular o acórdão recorrido” (STJ, REsp. 1120856/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, 2ª., j. 17/12/2009, DJe 08/02/2010) – destaques não originais

22- No sentido: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

23- Segundo o saudoso Paulo Rogério de Oliveira “(...) é direito do indivíduo, por meio de embargos de declaração, uma decisão completa e racional, bem como inteligível, na medida em que a garantia da motivação dos atos decisórios se conta contra o próprio arbítrio judicial.” (*Embargos de declaração e a segurança jurídica*. São Paulo: Lex Editora, 2009, p. 39). Próximo: Luiz Guilherme Aida Bondioli (*Embargos de declaração e princípios e garantias constitucionais*. In *Direito Processual 2*. Milton Paulo de Carvalho e Daniel Penteado de Castro (Coord.). São Paulo, Quartier Latin, 2011, p. 430).

24- Tanto assim que a reclamação genérica - via embargos de declaração - de decisão sem fundamentação vem sendo rechaçada. Confira-se: “(...) não se pode conhecer da violação ao art. 535 do CPC, pois as alegações que fundamentaram a pretensa ofensa são genéricas, sem discriminação dos pontos efetivamente omissos, contraditórios ou obscuros. Incide, no caso, a Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia” (STJ, AgRg no Ag 1370917/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, j. 19/05/2011, DJe 02/09/2011); “(...) A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omissis o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF” (STJ, REsp 1235122/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/03/2011).

– em contraposição ao *livre convencimento*. Logo, o órgão julgador deverá trazer *motivadamente* as razões porque desqualifica a questão apontada pela parte como *fundamento relevante*, sob pena de violação ao texto constitucional (artigo 93, IX e X)²⁵⁻²⁶.

Por fim, é de se consignar que em algumas situações as palavras *fundamento* e *argumento* são utilizadas quase como sinônimos, situação que não nos parece adequada, especialmente, se seguida a linha de raciocínio cravada no presente ensaio. Exemplo frisante (e bem atual) pode ser colhido do artigo 489 do Novíssimo Código de Processo Civil²⁷⁻²⁸, na medida em que, embora o desenho de *fundamentação* seja trazido de forma simétrica ao que aqui propomos em partes capitais do dispositivo (artigo 489, inciso II; § 1º), no inciso IV do § 1º consta que não será considerada como *fundamentada* a decisão que não enfrentar todos os *argumentos* deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

25- Até porque, como bem lembram Paulo Henrique dos Santos Lucon e José Marcelo Menezes Vigliar: “O Tribunal *a quo* deve dizer o porquê de, sob sua ótica, não terem ocorrido os vícios (omissão, contradição, obscuridade e dúvida) apontados pelo embargante, mesmo porque a necessidade de fundamentação é imperativo de ordem constitucional (CF, art. 93, inciso IX).” (*Código eleitoral interpretado*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 345).

26- No sentido: “É cediço que, ‘à luz do art. 93, IX, da CF/1988, e dos arts. 165 e 458 do CPC, toda decisão judicial tem que ter um mínimo de fundamentação, de motivação, não bastando adjetivar os argumentos da parte, *verbi gratia*, de incongruentes, de infundados. É necessário que o juiz ou o tribunal apresente o porquê da rejeição do argumento, explicando os motivos pelos quais a alegação é incongruente, infundada’ (REsp 71.908/RJ, 2.ª Turma, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, DJ de 16/02/1998). 2. O aresto proferido pelo Tribunal de origem carece da devida motivação, exigida constitucionalmente pelo art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, na medida em que se limitou a consignar que os embargos de declaração não se prestam para a análise de preliminares, sem tecer qualquer consideração sobre questão relevante dos autos, consubstanciada na proibição contida no art. 103 da LOMAN de que o Corregedor de Justiça integre as Câmaras ou Turmas do Tribunal” (STJ, RMS 29.476/PA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 19/12/2011).

27-Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I – o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II – *os fundamentos*, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera *fundamentada* qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os *argumentos* deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles *fundamentos*; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º 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. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.– destaque nosso.

28- De acordo com o texto sancionado em março de 2015 (Lei nº 13.105/15).

A atenta observação do inciso IV do § 1º do artigo 489, contudo, revela que o novo código busca compelir o magistrado ao *dever de fundamentar* em relação às *questões* (= *fundamentos*) que sejam capazes de sustentar (ou contrariar) a conclusão adotada pelo julgador. Tal fato demonstra que não se trata de *simples argumentação* (= *retórica* de convencimento), mas da própria matriz do *fundamento*, já que esta que será capaz de infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

Assim, não é a literalidade das palavras *fundamento* e *argumento* que deve ser tirada como pedra de toque no enfrentar da problemática, pois, na realidade, o que deve ser analisado é a densidade jurídica da questão, a fim de saber se ela terá (ou não) potência para interferir no sucesso ou insucesso da ação e/ou do(s) pedido(s), caso seja apreciada com perfeita motivação decisória.

5. BREVE FECHAMENTO

O que se pretendeu demonstrar no pequeno texto é que não há embate entre o *dever de fundamentar* e o *livre convencimento*, sendo certo que as duas diretrizes vinculam o julgador ao proferir uma decisão, cabendo este aplicar a contraposição harmônica de ambas.

A dicção de que o órgão judiciário não é obrigado a *rebatere todos os argumentos trazidos pelas partes* e a fala de que *os julgamentos devem explicitar motivadamente todos os temas suscitados pelas partes*, muito embora possam parecer conflitantes, na realidade, trabalham com base comum: a dualidade equilibrada do *livre convencimento* com o *dever de fundamentar*.²⁹⁻³⁰

O falso embate surge quando se confunde *fundamento* com *argumento*, pois o primeiro atrai – sob pena de nulidade - o *dever de decidir de forma motivada*, diminuindo o espaço do livre convencimento, notadamente se ficar configurado que possui carga suficiente para alterar o resultado da questão posta para decisão. O *argumento*, por sua vez, está na órbita do próprio *fundamento*, sendo uma forma de apresentar raciocínio ou método de convencimento para que o *fundamento* seja prestigiado na decisão.³¹

29- Próximo (parecendo adotar a linha): STJ, EDcl no AgRg no Ag 660.787/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 672.

30-No sentido: Rodrigo Mazzei (*Embargos de declaração: recurso de saneamento com função constitucional*. Tese de Doutorado. Orientação: Eduardo Arruda Alvim. São Paulo: FADISP, 2012).

31- No sentido (de forma didática): “O fato de o julgador não estar obrigado a responder questionário das partes não o exime do dever de analisar a questão oportunamente suscitada, que, se acolhida, pode levar o julgamento a um resultado diverso do ocorrido” (STJ, REsp 925.278/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 08/09/2008).

Portanto, examinado o fundamento em sua plenitude (com decisão *clara*, *coerente (lógica)* e *completa* a respeito), eventual cábula a um (ou mais) *argumento(s)* não será capaz de nulificar a decisão, pois esta estará escorada não só no dever de fundamentação, mas também no livre convencimento.