

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO**

DIEGO GOMES FERREIRA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

PORTO ALEGRE

2012

DIEGO GOMES FERREIRA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS – como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero

PORTO ALEGRE

2012

DIEGO GOMES FERREIRA

**O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO PRINCÍPIO DO
CONTRADITÓRIO E A ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS INFRINGENTES AOS
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS –
como requisito parcial para obtenção de grau de bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero

Professor examinador

Professor examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, 22 de dezembro de 2012.

AGRADECIMENTOS

De forma mais diretamente vinculada ao presente trabalho de conclusão, ao professor Daniel Mitidiero, meu orientador, sem cuja colaboração, que se deu à custa do dispêndio de parcela de seu tempo, escasso em razão de sua profícua atividade acadêmica e profissional, não teria sido possível a elaboração do presente trabalho. Registro, para não lhe causar constrangimento, que as deficiências desta monografia não são, em absoluto, a ele imputáveis.

Em virtude de a monografia representar um marco simbólico da conclusão de minha graduação em Direito, expresso minha gratidão

à minha família, pela importância que exerceu em incontáveis aspectos da minha formação pessoal e intelectual, os quais sequer ousarei elencar, sob pena de inevitavelmente incorrer em omissão;

aos operadores do Direito com quem tive a sorte de conviver, na condição de estagiário, no Serviço de Cobrança e Recuperação de Créditos Especiais da Procuradoria-Geral Federal em Porto Alegre, na Procuradoria Fiscal da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no Gabinete da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, da 22ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul e no escritório de advocacia Veirano Advogados Associados em Porto Alegre. Por causa de uma combinação de paciência, qualificação técnica e retidão moral, contribuíram muito para o meu crescimento técnico e pessoal. Se o meio jurídico brasileiro fosse composto apenas por pessoas de tal quilate, tenho certeza de que nosso direito seria motivo de orgulho para seus profissionais e digno de admiração por toda a sociedade brasileira;

à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, que me ofereceu a oportunidade de integrar o corpo discente de sua Faculdade de Direito, de cuja história pude participar, ainda que de modo ínfimo, o que muito me honra, na mesma medida em que também me impõe um dever de retribuição à sociedade.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo promover um estudo acerca da extensão do dever de motivação das decisões judiciais, a partir da perspectiva da implicação do princípio do devido processo legal em razão da qual as partes tem o direito a exercer influência efetiva sobre a formação do convencimento do juiz.

Pretende, ainda, estudar, a partir da definição da extensão deste dever, os limites que são impostos à correção de seu eventual descumprimento por meio da oposição de embargos de declaração.

Palavras-chave: dever de motivação das decisões judiciais – devido processo legal – processo justo – princípio do contraditório – embargos de declaração.

ABSTRACT

This work aims to study the extent of the duty of motivation of court decisions from the perspective of the implication of due process of law by which the litigants have the right to exert influence on the formation of conviction of the judge.

It also aims to study, from the definition of the extent of this duty, limits that are imposed to correction of its eventual noncompliance through the submission of a motion for clarification.

Keywords: duty of motivation of court decisions – due process of law – motion of clarification.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A OMISSÃO JUDICIAL	11
1.1 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A DELIMITAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA AO SEU CUMPRIMENTO	11
1.1.1 A delimitação das características da fundamentação idônea ao cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais a partir das suas finalidades.....	11
1.1.2 Processo justo e o dever de motivação das decisões judiciais.....	13
1.1.3 Finalidades do dever de motivação das decisões judiciais.....	18
1.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SEUS REFLEXOS NA DEFINIÇÃO DA SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	22
2 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INFRINGÊNCIA DO JULGADO NA HIPÓTESE DE OMISSÃO	33
2.1 O PERFIL CLÁSSICO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS	34
2.1.1 Origem Histórica dos Embargos Declaratórios	35
2.1.2. O Perfil Clássico dos Embargos Declaratórios	38
2.2 A POSSIBILIDADE DE INFRINGÊNCIA DO JULGADO	42
2.2.1 A possibilidade de infringência do julgado decorrente do julgamento dos embargos declaratórios na hipótese de omissão.....	42
2.2.2 Necessidade de oportunização do contraditório à parte adversa	55
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	60

INTRODUÇÃO

A Constituição da República, por meio de seu artigo 93, inciso IX, dispõe que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. A norma decorrente desse dispositivo impõe ao magistrado o dever de expor as razões que o levaram a decidir de determinada maneira uma demanda que seja submetida ao seu julgamento. Não há, contudo, dispositivo relativo aos parâmetros que devem ser respeitados para que a fundamentação de um provimento judicial esteja em conformidade com a norma constitucional.¹

O objetivo do presente trabalho não é examinar exaustivamente os requisitos de validade da motivação da decisão judicial, mas tratar de um ponto específico do tema, que é objeto de grande controvérsia e fonte de transtornos na prática forense, afetando tanto os procuradores judiciais dos jurisdicionados quanto os magistrados: estaria a fundamentação da decisão judicial vinculada às considerações tecidas no curso do processo pelas partes a respeito das questões fáticas e jurídicas *sub judice*, ou basta ao magistrado construir um discurso racional e coerente baseado em seu ponto de vista, sendo suficiente que se possa concluir, a partir de sua exposição, que a decisão judicial está em conformidade com a ordem jurídica?

A outra pergunta que esta monografia se propõe a investigar – a expressão “investigar”, todos sabemos, apresenta significado diverso de “responder”, e foi

¹ Ao longo do trabalho, serão muitas as referências às expressões “motivação”, “decisão”, “provimento” e correlatas. A fim de estabelecer, desde já, o sentido em que empregadas, cumpre prestar um esclarecimento. Os elementos que integram uma sentença ou um acórdão serão designados da seguinte maneira: motivação, ou fundamentação, *lato sensu*, relatório, motivação, ou fundamentação, *stricto sensu* e dispositivo. A motivação, em sentido amplo, é integrada pelo relatório, uma síntese do processo, e motivação (ou fundamentação), em sentido estrito, consistente em uma “análise das questões suscitadas (de fato e de direito por ambas as partes), fazendo-se referência ao material de conhecimento encontrado e descrito no relatório” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 302.). Por fim, “Da parte *dispositiva* da sentença, do dispositivo, da conclusão, da decisão ou do *decisum* propriamente dito consta a declaração ou o comando estatal” (*Idem, ibidem*, p. 303).

corretamente empregada porque não há nenhuma pretensão, naturalmente, de se chegar a uma resposta definitiva – surge como implicação da primeira.

Caso se entenda que a fundamentação do provimento judicial está vinculada às manifestações processuais das partes, estaria incursa em omissão, em princípio, a decisão que não se lhes reporte. À parte a cominação de nulidade por descumprimento do dever de fundamentação, o ordenamento pátrio também prevê que a decisão que se se omite a respeito da apreciação de algum ponto “sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal”, como define o artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, é passível de correção por meio do manejo de embargos de declaração, nos termos do artigo 535, *caput* e inciso II, do Código de Processo Civil.

Sem mais delongas, a segunda questão tratada consiste em estudar a possibilidade de que se corrija essa insuficiência de fundamentação da decisão judicial por meio dos embargos de declaração, bem como definir, uma vez reconhecido o cabimento dos embargos na hipótese, a existência, e em que medida, caso reconhecida, de limites à produção de efeitos pela decisão que, nessa hipótese de omissão, julga e dá provimento aos referidos embargos.

A escolha do assunto do presente trabalho de conclusão de curso não adveio de um interesse puramente acadêmico pela matéria. Qualquer operador do direito que tenha envolvimento profissional significativo com a prática forense sabe, por experiência própria e pelo estudo da jurisprudência, o quão frequente é a oposição, pela parte contrariada pelo provimento judicial, de embargos de declaração por meio dos quais se insurge contra a motivação da decisão judicial, reputando-lhe omissa, ante a falta de apreciação de determinada consideração que foi feita em algum momento da tramitação do processo.

O causídico assim procede, quando seu intuito não é meramente protelar a tramitação processual, movido pela convicção de que aquela consideração, diga respeito às circunstâncias fáticas ou jurídicas do caso, é capaz, por si só, de infirmar as premissas que pautaram o ato decisório. Sabe-se, igualmente, que inúmeros são

os julgados em que se limitam os magistrados a tecer considerações genéricas e, ao final rejeitam os mencionados embargos de declaração.

Essas decisões costumam ser sintetizadas por ementas das quais constam observações como, por exemplo, “o magistrado não está obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes” (ou variantes aproximadas deste exemplo, em que se substitui “magistrado” por “juiz” ou “julgador”, ou “alegações” por “fundamentos”).²

Delimitado o âmbito do trabalho e justificada a sua escolha, seguem breves considerações sobre a abordagem do tema. A primeira parte da análise consiste em examinar as possíveis razões para que as normas constitucionais relativas ao princípio do devido processo legal impusessem à motivação da decisão judicial, para ser considerada idônea, essa *dialeiticidade* entre as considerações das partes e as razões que levaram o magistrado ao seu convencimento.

O ponto de referência para tanto é o princípio do contraditório, cuja vigência em nosso ordenamento a Constituição da República torna expressa por meio do dispositivo constante do artigo 5º, inciso LV, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

² Embora esse fato seja público e notório, confirmamos alguns precedentes jurisprudenciais, dos quais se reproduz parte da ementa:

“Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o acórdão examina os pontos controvertidos da lide e declina os fundamentos em que ampara suas conclusões, ainda que estas tenham sido contrárias ao interesse da parte, sendo certo que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todos os preceitos legais indicados pelas partes.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EDcl no REsp nº 1190847, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 12.11.2012); “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.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg nos EDcl no AREsp 57.598/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2012).

Segue, por fim, ementa de uma *decisão que, embora siga o mesmo raciocínio das outras mencionadas, chega ao ponto de caçoar da pretensão da parte de ver analisados seus argumentos*: “O julgador, no exame das lides que lhe são submetidas, não está obrigado a responder questionários jurídicos elaborados pelas partes e nem a discorrer sobre todos os dispositivos legais por elas invocados. É de sua obrigação, ao examinar os contornos da lide controvertida, apresentar os fundamentos fáticos e jurídicos em que apoia suas convicções para decidir.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no AREsp nº 180.224, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 23.10.2012 – *grifos nossos*).

Será abordada a ideia, cada vez mais prevalente na doutrina pátria³, de que o contraditório apresenta conteúdo muito mais amplo do que apenas a oportunização de manifestação à parte a respeito do que a adversa tenha afirmado. Já é oportuno que ora seja consignado que, da mesma forma como a análise sobre o dever de fundamentação das decisões judiciais não abrange todas as implicações daquela norma constitucional, também não será estudado exhaustivamente o princípio do contraditório.

A segunda consiste em um estudo a respeito dos embargos de declaração, que inicia com a delimitação de seu cabimento, para o que é necessária a definição de omissão embargável, prossegue com a exposição de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais referentes à influência do provimento do recurso sobre a decisão embargada e se encerra com o estudo da necessidade, dependendo da medida que possa assumir esta influência do recurso, de alterações no procedimento de julgamento do recurso.

Ao final, serão tecidas algumas considerações sobre as possíveis conclusões trazidas pelo estudo dos temas.

³ V.g, as opiniões de doutrinadores a que se referem as notas de rodapé nº 32, 34, 35, 37, 38, 41 e 44.

1 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO E A OMISSÃO JUDICIAL

1.1 O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E A DELIMITAÇÃO DAS CARACTERÍSTICAS DA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA AO SEU CUMPRIMENTO

1.1.1 A delimitação das características da fundamentação idônea ao cumprimento do dever de motivação das decisões judiciais a partir das suas finalidades

Conforme dispõe a Constituição Federal, por meio de seu artigo 93, inciso IX, todas as decisões proferidas pelo Poder Judiciário serão fundamentadas, sob pena de nulidade. O Código de Processo Civil contém dispositivo de que decorre a mesma norma, o inciso II do seu artigo 458, que elenca dentre os “requisitos essenciais da sentença” os “fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Em razão do disposto no artigo 165 do diploma processual, o artigo 458 é igualmente aplicável aos acórdãos proferidos pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário.

Porquanto o ordenamento se limita a estabelecer a exigência de fundamentação dos provimentos judiciais, cumpre ao aplicador do direito determinar a extensão desse dever de motivação que é imposto ao magistrado.⁴ A tarefa é particularmente difícil. Conquanto a compreensão da noção de que a decisão deve ser fundamentada não dê margem a maiores dúvidas, sendo bastante objetiva, tal observação não pode, de modo algum, ser estendida à questão da delimitação do seu alcance.

No caso da análise da validade de decisão que não contenha sequer uma palavra a título de fundamentação, a construção da norma necessária à apreciação da questão a partir da interpretação dos dispositivos é facílisma, sendo óbvia a nulidade do provimento. No entanto, no caso de uma decisão que tenha sido

⁴ “(...) é curioso observar-se que os ordenamentos jurídico-positivos contemporâneos aludem à necessidade de motivação da sentença, pressupondo que se trate de um conceito unívoco e que haja um certo ‘senso comum’ a respeito do que seja motivação.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 334.)

justificada pelo julgador, em qualquer medida, a aferição da validade do ato demanda um exame da *suficiência* da fundamentação, e não da sua *presença*. Ocorre que os dispositivos não tratam de parâmetros de suficiência da motivação, mas apenas da sua presença.

A solução para encontrar a resposta da questão está em estudar as razões da existência da norma. Em outras palavras, cabe descobrir por que o constituinte julgou necessário impor às decisões judiciais o requisito de fundamentação. A partir de tais finalidades, devem ser adotados parâmetros de suficiência da motivação que sejam idôneos à consecução delas, de modo a concretizar satisfatoriamente a norma constitucional. Essa é a forma mais apropriada para a definição do conteúdo da norma, conforme ensinamento de Humberto Bergmann Ávila:

(...) o intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. Expressões como 'provisória' ou 'ampla', ainda que possuam significações indeterminadas, possuem núcleos de sentido que permitem, ao menos, indicar quais as situações em que certamente não se aplicam: *provisória* não será aquela medida que produz efeitos ininterruptos no tempo; *ampla* não será aquela defesa que não dispõe de todos os instrumentos indispensáveis à sua mínima realização. E assim por diante. Daí se dizer que *interpretar* é *construir a partir de algo*, por isso significa *reconstruir*: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados *núcleos de sentidos*, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistem ao processo interpretativo individual.

A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas efetivamente enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender 'provisória' como *permanente*, 'trinta dias' como *mais de trinta dias*, 'todos os recursos' como *alguns recursos*, 'ampla defesa' como *restrita defesa*, 'manifestação concreta de capacidade econômica' como *manifestação provável de capacidade econômica*, não é concretizar o texto constitucional. É, a pretexto de concretizá-lo, menosprezar seus sentidos mínimos. Essa constatação explica por que a doutrina tem tão efusivamente criticado algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de levar às mencionadas conclusões, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos: é preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário

ultrapassar a credence de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos, quer o cientista, pela construção de conexões sintáticas e semânticas, quer o aplicador, que soma àquelas conexões as circunstâncias do caso a julgar; importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto.

Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. Essa qualificação normativa depende de conexões axiológicas que não estão incorporadas ao texto nem a ele pertencem, mas são, antes, construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. **O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso a atividade de interpretação traduz melhor uma atividade de *reconstrução*: o intérprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significado de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.**⁵ (grifos nossos)

Cumpre, pois, indagar as razões que levaram à instituição da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

1.1.2 Processo justo e o dever de motivação das decisões judiciais

As diversas funções exercidas pela motivação das decisões judiciais, como se verá adiante,⁶ podem ser classificadas, segundo sua finalidade, como *endoprocessuais* e *extraprocessuais*. As finalidades extraprocessuais são as que dizem respeito ao dever de motivação das decisões judiciais enquanto garantia constitucional. São elas, portanto, que devem ser cumpridas pela motivação para que haja obediência ao artigo 93, IX, da Constituição da República.

O conteúdo da norma que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais deve ser estudado à luz do princípio do devido processo legal (Constituição

⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 33-35.

⁶ Vide item 1.1.3.

da República, artigo 5º, inciso LIV). Isso porque essa norma, não obstante a ela corresponda um dispositivo constitucional, é, antes de uma decorrência de tal dispositivo, uma consequência do princípio do devido processo legal.

A propósito, a lição de Humberto Ávila, que sustenta que o dever de fundamentação das decisões judiciais decorre naturalmente do princípio do devido processo legal, sendo, portanto, desnecessária a sua instituição por meio do artigo 93, inciso IX, da Constituição da República. Digno de nota que a desnecessidade não pode ser confundida com inocuidade. Embora a regra possa – e deva – ser deduzida do princípio do devido processo legal, a explicitação de sua existência é responsável por impedir que a necessidade de sua aplicação seja relativizada diante das circunstâncias do caso concreto. Nas suas palavras,

O dispositivo relativo ao “devido processo legal” deve (...) ser entendido no sentido de um princípio unicamente procedimental. A Constituição, para não deixar dúvidas com relação à existência de um direito à proteção de direitos, resolveu explicitar o direito a um processo adequado ou justo. Nesse sentido, a expressão composta de três partes fica plena de significação: deve haver um processo; ele deve ser justo; e deve ser compatível com o ordenamento jurídico, especialmente com os direitos fundamentais.

Como, porém, o ideal de protetividade de um direito fundamental é muito amplo, podendo haver problemas de coordenação, conhecimento e controle relativamente a quais são os elementos que podem dele ser deduzidos, o constituinte não apenas incluiu na Constituição um dispositivo a respeito do ‘devido processo legal’, como, ainda, fez constar vários daqueles elementos que dele deveriam ser deduzidos: juiz natural (art. 5º, XXXVII), imparcial (art. 95), ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), motivação (art. 93, IX), publicidade (art. 5º, LX, art. 93, IX), proibição de prova ilícita (art. 5º, LVI).

Ao instituir esses elementos, a Constituição terminou por tornar obrigatório aquilo que poderia ser avaliado como adequado e necessário conforme as circunstâncias de cada caso concreto e, com isso, eventualmente afastado. Enquanto noutros sistemas, como o estadunidense, os elementos do devido processo legal são deduzidos, caso a caso, do ideal de protetividade de direitos, no Brasil vários deles são impostos pela própria Constituição.⁷

Para Humberto Theodoro Junior,

⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008, p. 57.

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX).⁸

A respeito desta ideia de que a necessidade de fundamentação das decisões não depende de menção expressa por dispositivo para que constitua norma constitucional, bem expõe Teresa Arruda Alvim Wambier:

Apenas no âmbito da legislação ordinária era prevista, entre nós, a exigência de motivar as decisões judiciais, (arts. 458, II, do CPC e 381, III, do CPP) antes da Constituição de 1988. Todavia, a função e o valor político do dever de motivar as decisões judiciais já vinha sendo sentido pela doutrina, por exemplo, quando criticava o fato de que o STF decidia as arguições de relevância de questões federais em sessão secreta e sem apresentar a correlata fundamentação.

É oportuno ressaltar, todavia, que a regra, hoje constante do art. 93, IV, da Constituição Federal, nada mais faz do que tornar expresso princípio constitucional que já existia antes de a regra explícita existir, já que se consubstancia em manifestação do Estado de Direito.⁹

Nelson Nery Jr. corrobora o raciocínio *supra*, expondo sua posição no sentido de que a regra em comento, ainda que carente determinada Constituição de disposição literal que afirme sua existência, vige no ordenamento enquanto norma constitucional, porquanto ínsita ao estado de direito. A presença de dispositivo expresso na carta apenas teria o condão de tornar expressa a existência da norma, mas não o de instituí-la, conforme expõe:

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012 (Curso de Direito Processual Civil, v. 1), p. 26.

⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, pp. 297-298. A autora observa que o fenômeno não é exclusividade do direito brasileiro, senão vejamos: “Observamos [...] que a trajetória dos princípios jurídicos acabou por culminar com a tendência de serem incluídos nas Constituições Federais.

Foi exatamente o que ocorreu com o princípio da necessidade de fundamentação das decisões judiciais. No século XX, passaram a integrar muitas das codificações europeias, como, v.g., a italiana, a portuguesa e a francesa e também muitas das Constituições, como a belga e a grega.

Atualmente, mesmo nos países em que este princípio não é consagrado expressamente nas Constituições, encarregam-se doutrina e jurisprudência de tratá-lo entre as garantias constitucionais, correspondente ao dever de o Judiciário fundamentar suas decisões.” (*Idem, ibidem*, pp. 307-308).

A menção expressa da necessidade da motivação das decisões judiciais no texto constitucional não significa que somente se adotada semelhante regra pelo legislador constituinte é que terá validade e eficácia. Muito ao contrário, a motivação das decisões judiciais surge como manifestação do estado de direito, anterior, portanto, à letra da norma constitucional que a refira expressamente.¹⁰

A título de argumentação, diga-se que o posicionamento é reforçado pela circunstância de que a fundamentação é considerada como requisito necessário das decisões judiciais nos países que adotam o sistema da *common law*, ainda que ausente norma escrita que institua a exigência, exigindo-se do julgador que demonstre, mediante fundamentação adequada, as circunstâncias que tornam aplicável ao caso *sub judice* os termos em que julgado o precedente que ampara a decisão que pretende adotar.¹¹

A descoberta, portanto, das finalidades da instituição do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, deve se dar à luz do princípio do devido processo legal. Este, por sua vez, identifica-se, hoje, com a ideia de *direito fundamental ao processo justo*.¹² O princípio do devido processo legal, compreendido como direito fundamental ao processo justo, possui conteúdo largamente mais amplo do que o de garantidor de uma regularidade formal do procedimento adotado para o julgamento das ações que respeite algumas garantias básicas de defesa, assumindo a garantia um aspecto material, que visa a assegurar “a obtenção de uma *decisão justa*”¹³. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior,

Faz-se modernamente uma assimilação da ideia de devido processo legal à de *processo justo*.

A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180, *apud idem, ibidem*, pp. 307-308.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 308.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 616.

¹³ *Idem, ibidem*, p. 623. Neste trecho de sua obra, afirmam os autores que “ele é o meio pelo qual se exerce *pretensão à justiça (Justizanspruch)* e *pretensão à tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch)*. Esse é o seu objetivo central dentro do Estado Constitucional. Todo e qualquer processo está sujeito ao controle de sua *justiça processual* como condição indispensável para sua legitimidade perante nossa ordem constitucional.”

material. Entrevê-se, nessa perspectiva, também um aspecto substancial na garantia do devido processo legal.

(...)

Nesse âmbito de comprometimento com o 'justo', com a 'correção', com a 'efetividade' e a 'presteza' da prestação jurisdicional, o *due process of law* realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento. Inspira e torna realizável a *proporcionalidade* e *razoabilidade* que deve prevalecer na vigência e harmonização de todos os princípios do direito processual de nosso tempo.

Como justo, para efeito da nova garantia fundamental, não se pode aceitar qualquer processo que se limite a ser regular no plano formal. (...)

Nessa moderna concepção do processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-se também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a 'boca da lei' a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo, no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um *instrumento de justiça*.¹⁴

Para Humberto Ávila, o direito fundamental ao processo justo, por ser apresentar conteúdo aberto, exerce funções de integração das garantias processuais, para o que cria normas garantidoras da protetividade dos direitos, interpretação das garantias processuais já existentes, conformando-as ao ideal de protetividade dos direitos, e de obstáculo à aplicação de normas que contrariem este ideal de protetividade. Em relação às normas constitucionais já existentes, dentre as quais se inclui o dever de fundamentação das decisões judiciais, atua como sobreprincípio. Sintetiza essa ideia nos seguintes termos:

Sendo o 'devido processo legal procedimental' um princípio que exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos, sem, no entanto, indicar os comportamentos cuja adoção irá contribuir para a promoção gradual desse ideal, tem a função de *criar* os elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função integrativa), *interpretar* as regras que já preveem elementos necessários à promoção do ideal de protetividade (função interpretativa) e *bloquear* a eficácia das regras que preveem elementos que são incompatíveis com a promoção do ideal de protetividade (função bloqueadora).

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, pp. 26-27.

Como vários elementos necessários à promoção do ideal de protetividade já estão previstos na própria Constituição, quer por meio da previsão de ideais mais restritivos (princípios da ampla defesa e do contraditório), quer por meio da previsão de comportamentos ou de prerrogativas (regras do juiz natural imparcial, da motivação, da publicidade e da proibição de prova ilícita), além daquelas funções, o princípio do devido processo legal procedimental, ao ascender à posição de sobreprincípio, exerce uma função rearticuladora relativamente a esses elementos já previstos, que tanto podem convergir, quanto divergir relativamente ao fim maior.¹⁵

Segundo o magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, o direito ao processo justo

constitui *princípio fundamental* para organização do processo no Estado Constitucional. É o *modelo mínimo* de atuação processual do Estado e mesmo dos particulares em determinadas situações substanciais. A sua observação é condição necessária e indispensável para obtenção de decisões justas.

(...)

O direito ao processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo. Com rastro fundo na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de *conformar a atuação* do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir *formas diversas*, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram no império do Estado Constitucional delinear-lo e densificá-lo.¹⁶

O intérprete, portanto, para identificar as finalidades exercidas pelo dever de fundamentação da decisão judicial e, por meio disso, delimitar as características que deve possuir a motivação suficiente à satisfação da norma constitucional, portanto, deve fazê-lo necessariamente com base na ideia de processo justo.

1.1.3 Finalidades do dever de motivação das decisões judiciais

A partir de uma perspectiva técnica e *endoprocessual*, conclui-se que o *provimento judicial precisa ser fundamentado para que possa ser adequadamente compreendido, viabilizando-se seu adequado cumprimento pelos jurisdicionados. A*

¹⁵ ÁVILA, Humberto Bergmann, O que é devido processo legal?, pp. 57-58.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 616-617.

exposição dos fundamentos que embasaram a decisão exerce a função de delimitar, de forma precisa, *o que foi decidido*.¹⁷ A fundamentação é necessária, inclusive, para que se delimitem os limites da coisa julgada e da eficácia preclusiva da coisa julgada, uma vez que qualifica o *decisum*, de forma análoga ao processo mediante o qual a causa de pedir qualifica o pedido.¹⁸

Outra razão de ordem técnica, que remete à ideia de que a motivação exerce uma função de ordem prática no processo que a justifica, é que a presença de fundamentos é indispensável para que possa o jurisdicionado, em não se conformando com uma decisão, impugná-la. É a partir dos elementos fáticos e jurídicos que levaram o magistrado a adotar certa posição que a parte poderá demonstrar, contrapondo-os, por que outro deveria ser o teor do *decisum*.¹⁹

Não são, porém, apenas essas funções de ordem prática que explicam o dever de fundamentação dos provimentos judiciais, que pode ser justificado sob outro enfoque, ligado a uma visão mais moderna do direito, que é o da exposição dos fundamentos como uma *garantia* oferecida ao jurisdicionado.²⁰

Chegamos, pois, ao conjunto das finalidades extraprocessuais do dever de fundamentação, vinculadas aos princípios estruturantes do Estado de Direito, ao qual é inerente a noção de *controlabilidade* da atividade estatal.²¹ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, a função de garantia da fundamentação das decisões judiciais diz respeito, em última instância, à *justificação* da interferência que exerce a jurisdição sobre os cidadãos:

Em face do Estado de Direito, nos dias atuais, se pode estabelecer o porquê desta exigência num sentido, sob certo aspecto, unívoco.

O Estado de Direito efetivamente caracteriza-se por ser o Estado que *se justifica*, tendo como pauta a ordem jurídica a que ele próprio se submete. Assim, quando o Estado intervém na vida das pessoas, deve justificar a intromissão: *materialmente*, pois a

¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 334.

¹⁸ *Idem, ibidem*, p. 295.

¹⁹ *Idem, ibidem*, p. 334.

²⁰ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²¹ *Idem, ibidem*, pp. 291-292.

intromissão tem fundamento, e *formalmente*, pois o fundamento é *declarado, exposto, demonstrado*.²²

Enrico Tullio Liebman entende que a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais desempenhou papel importante em um contexto histórico de progressiva limitação do arbítrio judicial:

A história do processo, nos últimos séculos, pode ser concebida como a história dos esforços feitos por legisladores e juristas, no sentido de limitar o âmbito do arbítrio do juiz (...). Um momento bastante importante desse movimento histórico é o que diz respeito à exigência de que o juiz motive a sentença.²³

Do ponto de vista extraprocessual – a partir do qual, como vimos, a fundamentação representa justificação da interferência estatal que representa a decisão judicial –, a motivação exerce funções distintas.

A primeira delas é oferecer “elementos concretos para que se possa aferir a imparcialidade do juiz”²⁴. A fundamentação serve, pois, como comprovação de que o juiz chegou à sua conclusão baseado na análise de fatos, vistos à luz do ordenamento jurídico, e não de razões puramente arbitrárias, quaisquer que sejam. Não basta afirmar-se de modo abstrato que o juiz é imparcial. Nas palavras do reverenciado processualista italiano Michele Taruffo,

É chiaro che il giudice non è imparziale solo se dice o pensa di esserlo, e del resto indipendenza e imparzialità rischiano di essere vanificate se risultano affermate solo in astratto. Occorre invece che dimostri di esserlo, e per questo è indispensabile che la sentenza sia motivata.²⁵

A segunda consiste em permitir que se verifique a legitimidade da decisão,²⁶ para cuja ocorrência é necessário que “o juiz decida (...) com base numa

²² *Idem, ibidem*, p. 335.

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. *RePro*, nº 29, pp. 79 e ss., *apud idem, ibidem*, p. 311.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 334.

²⁵ TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coordenadores). Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 43, *apud idem, ibidem, loc. cit.*

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 335.

combinação de elementos constantes do sistema jurídico: doutrina, jurisprudência, princípios, textos de lei, elementos estes que se interpenetram e se complementam”²⁷. A circunstância de a causa ter sido decidida segundo critérios legítimos, evidentemente, não é aferível sem que haja a exteriorização das causas da convicção do magistrado.

A terceira função, por fim, é que, ao motivar o seu pronunciamento, o magistrado fornecerá subsídios para que as partes constatem “terem sido ouvidas,

²⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 329. A propósito do tema, *idem, ibidem*, pp. 308-312: “Das opiniões sustentadas pela doutrina, de especial interesse é a de Alfredo Rocco, no sentido de que, na verdade, do ponto de vista jurídico, pelo menos a partir de uma perspectiva formalista, é irrelevante saber-se se a sentença é ato lógico ou ato de vontade. Pode-se dizer haver sentenças que se reduzem a um ato lógico, outras que têm ambas as naturezas. Em nosso sentir, a sentença há de ser ato racional, não exatamente lógico, como se verá.

Partindo dessa assertiva, acreditamos poder fazer-se uma série de observações no sentido de que, ainda que seja verdade, ou ainda que possa ser verdade, que ‘o julgamento vem primeiro, o raciocínio depois’, é necessário que à decisão tomada pelo juiz baste uma argumentação de natureza racional, e que a decisão, em si mesma, seja, também, racional (o que não significa seja lógica, no sentido clássico da expressão).

Com isto, portanto, não se quer dizer que o *decisum* da sentença seja logicamente dedutível das premissas que o precedem, como a única solução possível, mas que a ele se possa chegar através de meios racionais, isto é, que o *decisum* seja acessível por meio de raciocínio.

(...)

Se o *decisum* da sentença fosse uma *conclusão* das premissas que o antecedem, não haveria a possibilidade de coexistirem duas sentenças diferentes, proferidas em relação a casos iguais, aplicando-se a mesma lei. A jurisprudência é sobremaneira abundante em exemplos deste tipo, ou seja, casos a respeito dos quais há decisões conflitantes.

Entretanto, o decisório de uma sentença não é um ponto a que se chegue arbitrariamente: o *caminho é racional. Mas o caminho racional não tem uma única saída possível. A racionalidade do discurso jurídico tem de ser concebida situacionalmente. Quando se diz que o discurso jurídico é racional, não se quer absolutamente referir à racionalidade das ciências da natureza: o discurso racional é fundamentado; é o discurso que ‘presta contas’.*

(...)

A nenhum tipo de vantagem prática ou científica leva a tendência de se apregoar que a sentença é fruto da intuição, ou de que sua ‘motivação é uma prova lógica para controlar, à luz da razão, a bondade de uma decisão fruto do sentimento’. Parece-nos inegável, a despeito do fascínio que exerce esta espécie de investigação, que a exigência de que a sentença seja motivada, e de que motivação e decisório estejam ‘coerentes de forma a constituírem elementos inseparáveis de um ato unitário que interpretam e se iluminam reciprocamente’, está bem mais próxima do ‘desiderato’ de proporcionar algum tipo de garantia, em termos de *controle e previsibilidade*.

Dizendo, então, que a parte decisória da sentença não é logicamente dedutível do caso concreto submetido à lei, negando, pois, a concepção mecanicista da aplicação do direito, não queremos em absoluto significar que a operação que o juiz faz é irracional, mas apenas que se trata de um tipo especial de racionalidade ‘referida a um tipo característico de situação comunicativa que determina peculiarmente os conceitos de fundamentação e crítica’.

na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, *o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes*".²⁸

1.2 O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E SEUS REFLEXOS NA DEFINIÇÃO DA SUFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

Como vimos no item 1.1.3, à página 21, uma das finalidades extraprocessuais do dever de fundamentação das decisões judiciais é que o magistrado, por meio de seu cumprimento, fornecerá subsídios para que as partes constatem "terem sido ouvidas, na medida em que o juiz terá levado em conta, para decidir, *o material probatório produzido e as alegações feitas pelas partes*".²⁹ É precisamente quanto a essa última função a ser exercida pela motivação do provimento judicial que se encontra a vinculação entre o dever de fundamentação das decisões judiciais e o direito ao contraditório.

O direito ao contraditório, segundo a concepção mais tradicional, de matiz liberal, consiste em que sejam asseguradas à parte duas prerrogativas, a saber: acesso irrestrito ao teor das manifestações da parte adversa e, então, a oportunidade de manifestação a seu respeito, a fim de que, por ocasião de sua apreciação pelo julgador, este forme seu convencimento com base nas considerações de ambas as partes, e não em uma posição unilateral:

Em geral, do ponto de vista do seu *conteúdo*, o direito ao contraditório é identificado com a *simples bilateralidade da instância*, dirigindo-se *tão somente às partes*. Neste contexto, o contraditório realiza-se apenas com a observância do binômio *conhecimento-reação*. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las. Semelhante faculdade estende-se igualmente à produção da prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato e da respectiva prova.³⁰

Como consequência dessa concepção do direito ao contraditório, não recai sobre o magistrado, na condução do processo, nenhum dever vinculado ao

²⁸ *Idem, ibidem*, p. 335.

²⁹ Vide nota de rodapé nº 28.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 647.

contraditório que não o de oportunizar, ao longo dos atos processuais, as manifestações cabíveis às partes, que são os únicos destinatários do contraditório.³¹

A doutrina mais recente, porém, sem nada subtrair da referida concepção, “tem identificado no direito ao contraditório muito *mais do que a simples bilateralidade da instância*”.³² O contraditório deixa de ser visto como direito da parte a ser ouvida, impondo-se ao juiz que, além de ouvir a parte, *leve em consideração o que for dito*; a prerrogativa de se fazer ouvir adquire o significado de ter seu discurso efetivamente apreciado, ou, em outros termos, o direito a exercer uma influência decisiva sobre a formação da convicção do juiz. Tal conclusão se assenta na ideia de direito de participação no processo.³³ Para Teresa Arruda Alvim Wambier,³⁴

A doutrina contemporânea tem visto o ‘direito de contraditório e ampla defesa’, garantidos pelo art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal, não mais como simples direito de produzir defesa no processo. A garantia do contraditório é tida, nos dias atuais, como direito de participação efetiva no processo, ficando franqueada à parte a oportunidade real, e não apenas formal, de alegar, pedir e provar, em conformidade com o procedimento devidamente estruturado pela lei.

No mesmo sentido, o posicionamento de Humberto Theodoro Júnior, que reconhece no contraditório instrumento de promoção da participação das partes na construção do processo:

Entende-se, na moderna concepção do processo assegurado pelo Estado Democrático de Direito, que o contraditório é mais do que a audiência bilateral das partes, é a garantia da participação e influência efetiva das partes sobre a formação do provimento jurisdicional.³⁵

O direito à participação do processo se baseia em um novo paradigma de estruturação do modo como se desenvolve o processo, baseado na ideia de cooperação entre as partes e o julgador. O juiz, embora responsável pelo ato de poder que é decisão das questões que devem ser julgadas, ocasião em que se encontra em posição diferenciada em relação aos litigantes, deve ser, na fase

³¹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

³² *Idem, ibidem, p. 648.*

³³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

³⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 297.

³⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 36.

antecedente, de instrução do processo, *isonômico*. Segundo exposição do tema por Daniel Mitidiero,

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico quando da decisão das questões processuais e materiais da causa. Desempenha duplo papel, pois ocupa dupla posição: paritário no diálogo, assimétrico na decisão. Visa-se a alcançar, com isso, um 'ponto de equilíbrio' na organização do formalismo processual, conformando-o como uma verdadeira 'comunidade de trabalho' entre as pessoas do juízo. A cooperação converte-se em prioridade no processo.³⁶

Embora dirija o processo, deve fazê-lo de "maneira dialogal, colhendo a impressão das partes a respeito dos eventuais rumos a serem tomados no processo, possibilitando que essas dele participem, influenciando-o a respeito de suas possíveis decisões"³⁷. O juiz deixa de gravitar acima das partes, ditando unilateralmente a instrução processual, e coloca-se em pé de igualdade com as partes; atua como "um dos participantes do processo, igualmente gravado pela necessidade de observar o contraditório ao longo de todo o procedimento"³⁸. O juiz, em razão de sua sujeição ao contraditório,

vê-se obrigado ao debate, ao diálogo judiciário. Vê-se na contingência, pois, de dirigir o processo isonomicamente, cooperando com as partes, estando gravado por deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio para com os litigantes.³⁹

O contraditório assume a função de norma processual que concretiza a ideia de participação – base da concepção de processo cooperativo –, democratizando o processo.⁴⁰ A propósito da participação no processo, Luiz Guilherme Marinoni expõe entendimento semelhante, afirmando que

O contraditório é a expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser

³⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. *A Colaboração no Processo Civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 14), p. 81.

³⁷ *Idem, ibidem*, p. 82.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 84.

³⁹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 85.

legítimo, deve estar aberto à participação, ou que sabe que todo poder, nas democracias, é legitimado pela participação.⁴¹

Marinoni, a partir das noções de contraditório como norma que concretiza o direito à participação e de participação como forma de legitimação democrática da jurisdição, extrai consequência relevantíssima, que não se pode deixar de referir:

a legitimidade do poder jurisdicional depende da participação de ambas as partes. O autor também possui o direito de participar de forma efetiva e adequada do processo, pois do contrário o processo será tão ilegítimo quanto se negada for a participação do réu. De modo que o contraditório, como expressão técnico-processual do princípio da participação, diz respeito não apenas ao réu, mas também ao autor.⁴²

A estruturação do formalismo processual a partir desse modelo cooperativo atribui papel fundamental ao diálogo entre as partes e o juízo como ferramenta para a consecução da finalidade de se construir uma decisão justa.⁴³ O contraditório, nessa perspectiva, nas palavras de Daniel Mitidiero, assume “o papel de um verdadeiro *‘cardine della ricerca dialettica’* pela justiça do caso concreto, funcionando como uma norma de absoluta imprescindibilidade para a formação da decisão judiciária”.⁴⁴

É justamente essa ideia de que as partes tem o direito de exercer influência na formação do convencimento do juiz, o que é assegurado por meio do contraditório, de modo que ao julgador não basta oportunizar a manifestação, devendo ser tais manifestações das partes efetivamente levadas em consideração, que justifica ser uma das finalidades de natureza extraprocessual do dever da fundamentação das decisões judiciais a demonstração de que isso de fato ocorreu. A motivação da decisão judicial dá testemunho do respeito do magistrado ao processo dialético decorrente do contraditório, sem o que não se pode falar em *processo justo*. Conforme o magistério de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero,

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de Processo Civil, v. 1), p. 317.

⁴² *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁴³ MITIDIERO, Daniel Francisco, *op. cit.*, p. 150.

⁴⁴ *Idem, ibidem, loc. cit.* No mesmo sentido, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 646-647.

O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de *contraditório*. É por essa razão que o nexos entre os dois conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais tem constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório e fornece seguro parâmetro para aferição da submissão do juízo ao contraditório e ao dever de debate que dele dimana. Sem contraditório e sem motivação adequados não há processo justo.⁴⁵

O direito de participação consubstanciado no direito ao contraditório, em sua noção forte, afeta sobremaneira o modo como deve se dar a fundamentação da decisão judicial. Torna-se inócuo afirmar terem as partes o direito de influenciar a construção da decisão judicial por meio da instituição de um processo de natureza colaborativa baseado na ideia de participação materializada pelo contraditório se o juiz, na prática, desconsiderá-lo por ocasião da elaboração do provimento judicial. Daniel Mitidiero salienta a importância de que o contraditório não seja desconsiderado por ocasião da elaboração da fundamentação do provimento judicial, aduzindo que

Não basta, todavia, outorgar direito a influir na construção da decisão se não se prevê um correlato dever de debate acometido ao órgão jurisdicional.

Na quadra teórica do formalismo-valorativo, pois, o direito ao contraditório leva à previsão de um dever de debate entre o juiz e as partes a respeito do material recolhido ao longo do processo. Esse dever de debate encontra a sua expressão mais saliente no quando da decisão da causa, haja vista a imprescindibilidade de constar, na fundamentação da sentença, acórdão ou decisão monocrática, o enfrentamento pelo órgão jurisdicional das razões deduzidas pelas partes em seus arrazoados, exigência de todo afeiçoada ao Estado Constitucional, que é necessariamente democrático.⁴⁶

Para estar em conformidade com o dever de fundamentação, segundo a ideia de que o juiz não se submete ao contraditório (enquanto direito de influência, como ferramenta que promove a possibilidade de influência das partes), bastaria à decisão judicial que sua motivação guardasse coerência interna, isto é, que o *decisum* fosse justificado à luz dos aspectos fáticos e jurídicos que formaram a convicção do julgador, em um discurso que não fosse contraditório em si.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 666-667.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 150-151.

A decisão judicial seria nula caso não fosse fundamentada, em absoluto (o que é óbvio), ou se os fundamentos expostos não permitissem logicamente que se concluísse pelo julgamento constante do dispositivo, senão vejamos:

Ao tempo em que se entendia o contraditório como algo tão somente atinente às partes, e, portanto, em sentido fraco, afirmava-se que o dever de motivação das decisões judiciais *não poderia ter como parâmetro para aferição de correção a atividade desenvolvida pelas partes em juízo*. Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, *demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo*. Bastava a *não contradição* entre as proposições constantes da sentença. Partia-se de um *critério intrínseco* para aferição da completude do dever de motivação.

Existem julgados do STF que ainda hoje comungam de semelhante entendimento. Assim, por exemplo, não é raro colher em decisões do Supremo que basta ao julgador expor ‘de modo claro as razões do seu convencimento’ para ser considerada motivada a sua decisão. Traduzindo: *é desnecessário o debate com as partes partindo-se dos fundamentos por elas invocados em suas manifestações processuais*.⁴⁷

Assentada a premissa de que deve o contraditório ser considerado em sua acepção forte, a decisão judicial precisa contemplar, além da mencionada coerência interna da argumentação que serve de fundamento do convencimento do julgador, referência – e fundamento para sua superação – aos argumentos em sentido contrário constantes das manifestações processuais da parte cujo interesse for contrariado pelo provimento.

Somente por meio desse expediente comprovará que foi respeitado o direito que possui o jurisdicionado de ver consideradas as suas razões, de modo a satisfazer o direito ao contraditório:

(...) partindo-se de uma *acepção forte de contraditório*, o parâmetro para aferição da correção da motivação da decisão judicial *deixa de ser tão somente intrínseco* (a inexistência de contradição lógica do julgado e a correta exposição do convencimento judicial) e *passa a assumir também feição extrínseca* (a fundamentação dos arrazoados das partes). *Não há que se falar em decisão motivada se esta não enfrenta expressamente os fundamentos arguidos pelas partes em suas manifestações processuais*.⁴⁸

⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, p. 667.

⁴⁸ *Idem, ibidem, loc. cit.*

Humberto Theodoro Júnior considera ser indispensável à realização do contraditório que “os argumentos dos litigantes sejam considerados e analisados pelo julgador, tanto para acolhida como para rejeição. O juízo há de ser lógico e exaustivo em torno de todo o debate produzido nos autos”.⁴⁹

Daniel Mitidiero aduz que a motivação da decisão deve ser *completa*, contemplando a análise da atividade desenvolvida pelas partes no curso do processo, não bastando a externalização das razões que levaram ao convencimento do juiz, sob pena de ofensa ao direito fundamental à tutela jurisdicional:

A fundamentação da decisão judicial tem de ser completa. Nesse sentido, o parâmetro a ser observado para aferição dessa completude não pode ser, como por vezes se sustenta, a simples constância na decisão do esquema lógico-jurídico mediante o qual o juiz chegou às suas conclusões, critério ‘*notevolmente ambiguo e in gran parte oscuro*’. De modo nenhum. A completude da decisão tem de ser aferida em função da atividade das partes, das alegações por essas produzidas com o fito de convencer o órgão jurisdicional de suas posições jurídicas. O juízo é sempre e sempre um ato de três pessoas no marco teórico do formalismo-valorativo.

Por essa vereda, o órgão jurisdicional tem de considerar seriamente os fundamentos deduzidos pelas partes, não podendo se omitir no que concerne às razões constantes de seus arrazoados. *Aliter*, há evidente esvaziamento do direito fundamental à tutela jurisdicional.

(...)

É fundamental, na organização do formalismo de um modelo de processo civil inspirado na colaboração, que se levem em consideração os pontos de vista externados pelas partes ao longo do procedimento no quando da decisão da causa. Trata-se de exigência calcada na necessidade de participação de todos que tomam parte no processo para o alcance da justa solução do caso concreto, tendo o diálogo papel de evidente destaque nessa estruturação. Fora dessas coordenadas não há que se falar em cooperação no processo.⁵⁰

Do exposto, conclui que a insuficiência da fundamentação torna cabíveis os embargos de declaração, que atuam como instrumento para a implementação do modelo cooperativo do processo:

Tanto é que, assim omitindo-se, cabem embargos de declaração (art. 535, II, CPC), sede em que a parte tem direito, consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a ‘obter

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto, *op. cit.*, p. 37.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel, *op. cit.*, pp. 154-156.

comentário sobre todos os pontos levantados no recurso'. Funciona o recurso de embargos de declaração, assim, embora desacreditado nos Tribunais, como um poderoso instrumento de cooperação no processo, urgindo a sua reabilitação em nossa praxe forense, resgatando-se a sua importância.⁵¹

Em sentido contrário, registre-se a posição de Araken de Assis. Embora afirme, aparentemente na mesma linha, que é omissa a decisão que deixa de enfrentar todas as questões submetidas pelas partes à consideração do magistrado – além das matérias de ordem pública, cujo exame prescinde de requerimento das partes -, aludindo, igualmente, à noção de *completude* da decisão judicial⁵², deixa claro que não é exigível a consideração dos argumentos que amparam o posicionamento das partes em relação às questões. Não vislumbra, pois, o dever de dialeticidade entre motivação do juiz e o discurso das partes. Digna de nota a clareza da diferenciação que estabelece entre questões postas pela parte e argumentos utilizados para ampará-las. Todavia, embora entenda que o juiz não deve prestar contas à linha argumentativa adotada pela parte para leva-lo ao convencimento a respeito de uma determinada questão, reconhece que fundamentos de ordem jurídica devem ser apreciados, ainda que para ser afastada a incidência da norma invocada. Nas suas palavras

Em lugar de 'questão', o art. 535, II, do CPC preferiu o vocábulo 'ponto'. Essas noções têm invulgar importância no processo civil – por exemplo, o art. 468, que fixa a regra positiva tangente aos limites da coisa julgada (o art. 569, ao contrário, institui a regra negativa, de função auxiliar, esclarecendo o que a indiscutibilidade não abrange no provimento), utiliza a palavra 'questão'. Questão é o ponto duvidoso, de fato ou de direito, noção correlata à afirmação das partes, na formulação inicial; posteriormente, tornou-se dúvida acerca das razões alegadas pelas partes; por fim, apurado que as partes não duvidam, mas afirmam suas razões, com maior ou menor convicção, chegou-se ao enunciado definitivo: é o juiz que hesita, antes de decidir, transformando as alegações das partes em questões. Assim entendido, o problema terminológico apresenta dificuldades menores: tanto faz usar a palavra questão ou ponto. Tal não significa desprezar o sentido técnico das palavras. **A verdadeira problemática avulta na correlação entre questão e fundamentos.**

De acordo com o art. 535, II, do CPC, **há omissão relativamente às questões** (= pontos) sobre as quais o órgão judiciário 'devia pronunciar-se'. **A regra estabelece liame evidente com o objeto do processo, no primeiro grau, e com a extensão e**

⁵¹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁵² ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 611-612.

a profundidade do efeito devolutivo dos recursos. Sobre a matéria em julgamento, no primeiro grau, e devolvida, através do recurso, apura-se a eventual falta de pronunciamento. **Lição muito difundida distingue entre a questão e os argumentos brandidos pelas partes: ‘São coisas diferentes: deixar de conhecer de questão de que devia conhecer-se, e deixar de apreciar qualquer consideração, argumento ou razão produzida pela parte.** Quando as partes põem ao tribunal determinada questão, socorrem-se, a cada passo, de várias razões ou fundamentos para fazer valer seu ponto de vista; o que importa é que o tribunal decida a questão posta; não lhe incumbe apreciar todos os fundamentos ou razões em que elas se apoiam para sustentar a sua pretensão’. Inspirou-se nessa passagem, visivelmente, a 2ª Turma do STJ: ‘A jurisprudência consagrou a compreensão de que o Tribunal não está obrigado a responder a todos os argumentos do recurso, e muito menos adstrito a dar a esse ou àquele fato o valor pretendido pelo embargante. Não há, pois, omissão, quando o acórdão não incursiona no detalhamento, desde que contenha fundamentos suficientes para justificar a conclusão adotada’.

No que tange ao fundamento jurídico, e só a ele, há omissão na hipótese de o órgão judiciário não decidi-lo, indicando motivação para rejeitá-lo ou acolhê-lo. Não goza o órgão judiciário de qualquer liberdade a esse respeito. Incumbe-lhe decidir todas as questões alegadas no processo, examinando os respectivos fundamentos jurídicos. Costuma-se invocar, e com razão, a autoridade indireta da Súmula do STF nº 283, que reza: ‘É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles’. A esse propósito, há uma oportuna ressalva: ‘Não tem ele, por outro lado, o dever de expressar sua convicção acerca de todos os argumentos utilizados pelas partes, por mais impertinentes ou irrelevantes que sejam; mas, salvo quando totalmente óbvia, há de declarar a razão pela qual assim os considerou’.

Figure-se a hipótese de alguém pretender participar de concurso público; porém, a comissão indefere a inscrição dessa pessoa no certame, por força de restrição à altura ou à idade prevista no edital. O pretendente impetra mandado de segurança, alegando que a restrição não se respalda na lei local, nos termos do art. 37, I, da CF/1988, e, por isso, viola seu direito fundamental de acesso ao cargo público. Aduz que, existindo previsão nesse sentido, a exigência não se harmoniza com as atribuições do cargo, motivo por que infringe a cláusula isonômica do art. 5º, *caput*, da CF/1988. O órgão judiciário não pode silenciar a respeito de ambas as questões. Deixando de fazê-lo, incorre em omissão, passível de esclarecimento através de embargos declaratórios; do contrário, inviabiliza-se o recurso extraordinário – a controvérsia, por óbvio, situa-se no elevado altiplano constitucional. Se, no alvitre do órgão judiciário, nenhuma regra dessa natureza incide na causa – v.g., a inscrição no concurso se realizou além do prazo -, toca-lhe indicar a circunstância, motivando a decisão. ‘O juiz está obrigado’, acentuou a 2ª Turma do STJ, ‘na sentença, e o Tribunal, no acórdão, a analisar e resolver as questões de fato e de direito articuladas pelas partes – evidentemente, aquelas que sejam relevantes no contexto da causa’.

Por outro lado, é totalmente curial, parafraseando a passagem há pouco transcrita, que o órgão *ad quem*, após não conhecer do recurso (juízo de admissibilidade), nenhuma palavra precisa aduzir quanto à matéria devolvida (juízo de mérito). Embargos declaratórios interpostos com semelhante finalidade – a de provocar pronúncia sobre o mérito do recurso quando a impugnação nem sequer venceu a barreira da admissibilidade – não têm intuito prequestionador, revelando-se, bem ao contrário, flagrantemente protelatórios.⁵³ (**grifos** nossos)

Em relação à jurisprudência pátria, digno de menção voto brilhantemente redigido pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança nº 25.787.⁵⁴ O Ministro Relator reconheceu, a partir de elementos doutrinários e jurisprudenciais do direito alemão, a obrigatoriedade de que o julgador leve em consideração – e o comprove mediante referência na fundamentação do provimento judicial – os argumentos apresentados pelas partes, em decorrência do princípio do contraditório, conforme sua exposição:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica (*Comentário à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, 1969, T. V, p. 234*).

(...)

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado *Anspruch auf rechtliches Gehör* (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o *Bundesverfassungsgericht* que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito do indivíduo de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. Decisão da Corte Constitucional alemã – BVefGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATIS, Ulrich; GUSY, Christoph. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) **direito de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) **direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente

⁵³ *Idem, ibidem*, pp. 614-615.

⁵⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 25.787, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 13.09.2007.

ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) **direito de ver seus argumentos considerados** (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (Cf. PIEROTH; SCHLINK. *Grundrechte – Staatsrecht II*. Heidelberg, 1988, p. 281; BATIS; GUSY. *Einführung in das Staatsrecht*. 3. ed. Heidelberg, 1991, p. 363-364; ver, também, DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 85-99).

Sobre o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador (*Recht auf Berücksichtigung*), que corresponde, obviamente, ao dever do juiz ou da Administração de a eles conferir atenção (*Beachtenspflicht*), pode-se afirmar que ele envolve não só o dever de tomar conhecimento (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (*Erwägungspflicht*) (Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o dever de fundamentar as decisões (Decisão da Corte Constitucional – BVerfGE 11, 218 (218); Cf. DÜRIG/ASSMANN. In: MAUNZ-DÜRIG. *Grundgesetz-Kommentar*. Art. 103, vol. IV, nº 97).

2 OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E A POSSIBILIDADE DE INFRINGÊNCIA DO JULGADO NA HIPÓTESE DE OMISSÃO

O magistrado, ao julgar, deve resolver todas as questões suscitadas pelas partes, bem como considerar, séria e detidamente, os argumentos por meio dos quais elas exercem a sua influência no processo colaborativo de construção da decisão judicial. A ocorrência de omissão na decisão, no que diz respeito a esse ônus que recai sobre o julgador, desafia a oposição de embargos de declaração, em sede de cujo julgamento o juiz deverá promover o aperfeiçoamento do julgado, por meio do suprimento da omissão. A decisão será igualmente omissa quando houver matéria de ordem pública acerca da qual deixe de se pronunciar o juiz, ainda que não suscitada por qualquer das partes.⁵⁵

A questão que se impõe, uma vez reconhecida a caracterização da ocorrência de omissão no julgado, é a relativa à possibilidade de a decisão dos embargos de declaração em sua decorrência opostos ensejar a alteração, em alguma medida, do anteriormente decidido, contraposta à hipótese de tão-somente se poder promover uma complementação do julgamento que não seja conflitante com o que foi previamente decidido.

Luís Eduardo Simardi Fernandes, ao introduzir o estudo da matéria, destaca a controvérsia doutrinária e jurisprudencial a tal respeito:

Questão de suma importância, que gera acalorados debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, diz respeito à possibilidade de os embargos de declaração serem recebidos com efeitos infringentes.

Em outras palavras, discute-se se o julgamento dos embargos de declaração, a pretexto de esclarecer ou complementar a decisão, pode produzir sua modificação substancial, com alteração do resultado do julgamento – isso que se chama de efeito infringente dos embargos.

Como se disse, trata-se de questão em torno da qual gira elevado grau de controvérsia. Defendem alguns a impossibilidade dessa alteração, entendendo até que, na verdade, os embargos de

⁵⁵ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 196.

declaração nem recurso são, justamente por não se prestarem à reforma da decisão.

Essa corrente adota postura bastante restritiva, não aceitando que os embargos de declaração modifiquem a decisão em sua essência, mas apenas admitindo que proporcionem o esclarecimento ou a complementação daquilo que foi decidido, sempre respeitando o que já consta da decisão, que deve ser mantido após o julgamento dos embargos.

Assim, para quem pensa dessa forma, a decisão dos embargos tem de manter coerência com a decisão embargada, mostrando-se compatível com ela, pois ambas devem se integrar, formando uma única decisão.

Alguns juízes, adeptos dessa corrente mais restritiva, ao entenderem pelo descabimento dos embargos de declaração com efeitos infringentes, chegam a considerá-los protelatórios, apenando o embargante com a multa do parágrafo único do art. 538 do CPC. Ou, simplesmente, não conhecem dos embargos, deixando de apreciar a existência do vício apontado e, se fosse o caso saná-lo, sob alegação de ser nítido o caráter infringente do recurso.

Muitos dos defensores da impossibilidade de alteração do julgado por meio dos embargos de declaração justificavam sua posição diante do que dispunha o art. 862, § 4º, do CPC de 1939, segundo o qual, 'se os embargos forem providos, a nova decisão se limitará a corrigir a obscuridade, omissão ou contradição'. Trata-se de disposição, todavia, que não foi repetida no diploma processual vigente.

Outros autores, contudo, não impõem essas mesmas restrições aos embargos de declaração. Reconhecem também que esse recurso não tem como fim primeiro produzir a modificação da decisão proferida, mas somente corrigi-la para afastar os vícios que a atingem, garantindo prestação jurisdicional efetiva, que exige do magistrado manifestações claras, precisas e completas.

Aceitam, entretanto, que em casos excepcionais, ou não tão excepcionais assim, os embargos de declaração, embora não tenham sido concebidos para esse fim, possam produzir a reforma, mesmo que parcial, da decisão embargada, apresentando, pois, verdadeiro efeito infringente do julgado.⁵⁶

Destarte, delimitado o campo da omissão que decorre da fundamentação insuficiente da decisão judicial, naquilo que se refere ao dever de diálogo entre juiz e partes decorrente do contraditório, imprescindível o estudo dos limites impostos pelo ordenamento à forma como se dará a sanção do defeito que acomete o provimento judicial mediante o julgamento dos embargos de declaração opostos em razão de sua ocorrência.

2.1 O PERFIL CLÁSSICO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS

⁵⁶ *Idem, ibidem*, pp. 182-183.

2.1.1 Origem Histórica dos Embargos Declaratórios

Os embargos de declaração foram concebidos e inicialmente utilizados no direito português, conforme lição de Araken de Assis, que os reputa “criação genuína do reino português”.⁵⁷

Os embargos foram criados como solução processual para contornar a dificuldade de recurso ao rei pelas partes, que passaram a adotar a prática de requerer a reconsideração das sentenças, conforme o magistério de Araken de Assis⁵⁸ e de Luís Eduardo Simardi Fernandes⁵⁹, “ou para declará-las (embargos de declaração), ou para modificá-las, isto é, alterá-las em algum ponto, ou alguns pontos indicados, em virtude de razão suficiente (embargos modificativos), ou para as revogar, no todo ou na parte principal (embargos ofensivos)”.⁶⁰

Por ocasião da edição das Ordenações Afonsinas, em virtude do disposto em seu Livro III, Título 60, n.4, e Título 69, n. 4, foi proibida a inovação da sentença proferida em razão do julgamento dos embargos, mas foi formalmente autorizada a declaração da sentença em caso de o seu teor dar margem a dúvidas.⁶¹

As normas seguiram vigentes por força da edição de dispositivos de semelhante teor nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Título 50, n. 5) e nas Ordenações Filipinas (Livro 3, Título 66, n. 6).⁶²

⁵⁷ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 598.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, p. 599.

⁵⁹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937, *apud* ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 599.

⁶¹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 599. Luís Eduardo Simardi Fernandes (*op. cit.*, p. 20), transcreve em sua obra o seguinte trecho do texto legal: “E dizemos ainda, que depois que o Julgador der huuma vez Sentença de definitiva em alguum Feito, nam ha mais poder de ha revogar dando outra contraria; e se a revoguasse, e desse outra contraria depois, a outra segunda será nenhuuma per Direito. Pero nam tolhemos, que se o Julgador der alguua Sentença duvidosa, por ter em sy alguumas palavras escuras, e intrincadas, porque em tal caso as poderá bem declarar; porque outorguado he per Direito ao Julgador, que possa declarar, e interpretar qualquer Sentença por elle dada, ainda que seja defenitiva, se duvidosa for; e nam somente a esse Julgador, que essa Sentença deu, mas ainda ao seu sobcessor, que lhe sobcedeo o Officio de julguar”.

⁶² *Idem, ibidem, loc. cit.*

Quando da edição das Ordenações Filipinas, foi autorizada a oposição de embargos nas hipóteses de dúvida e de obscuridade, mas não nas de contradição e de omissão, que foram acrescidas, juntamente com a de ambiguidade, ao ordenamento jurídico brasileiro por meio da edição do Regulamento 737, de 1850 – de aplicação restrita às causas comerciais -, que tratou do assunto em seu artigo 641.⁶³ O regime dos embargos previsto nas Ordenações Filipinas foi adotado pela Consolidação Ribas, de 1876, por meio de seu artigo 496.⁶⁴

Já na era republicana brasileira, mediante a edição do Decreto 763, de 1890, foi determinada a aplicação do Regulamento 737 às causas civis em geral.⁶⁵ Em 1898, o Decreto nº 3.084 positivou consolidação normativa elaborada por José Higino Duarte Pereira, que tinha por fim normatizar o funcionamento da Justiça Federal, cujo artigo 683 determinou que

Os embargos de declaração só terão lugar quando houver na sentença alguma obscuridade, ambiguidade ou contradição, ou quando se tiver omitido algum ponto sobre que devia haver condenação.⁶⁶

Na época da República Velha, durante a qual os Estados da Federação detinham competência para legislar sobre matéria processual civil, suas legislações trataram os embargos declaratório de modos distintos, exurgindo da análise dos ordenamentos locais uma “heterogeneidade das soluções legislativas que revela a ambivalência com que o legislador tratou o meio para corrigir os defeitos dos provimentos judiciais”, como observou Araken de Assis⁶⁷.

O Código do Processo Civil e Comercial do Estado do Rio Grande do Sul, Lei nº 65, de 16.01.1909, não instituiu o recurso, embora tenha previsto a possibilidade de pedido de declaração da sentença, por simples petição, “sempre que nela houver alguma obscuridade, ambiguidade ou contradição; ou que expresse

⁶³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁶⁴ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁶⁵ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁶⁶ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁶⁷ *Idem, ibidem, loc. cit.*

algum ponto omitido sobre que devia haver condenação”⁶⁸. Ao elencar as hipóteses de esclarecimento, a legislação gaúcha, como se percebe facilmente, praticamente repetiu o texto da Consolidação de José Higino Duarte Pereira, acima mencionada, apesar de não instituir a figura dos embargos de declaração.

O Código de Processo Civil paulista, Lei nº 2.421, de 14.01.1930, por sua vez, contemplou a figura dos embargos de declaração, embora não lhes conferisse o *status* de recurso⁶⁹, facultando sua oposição por meio do artigo 335, que dispôs que

Pode, entretanto, qualquer das partes pedir, por embargos, que se declare a sentença, cujo dispositivo for obscuro, ambíguo, contraditório ou omissivo, e assim também quando, nos juízos colegiais, não exprimir o resultado da votação, constante da ata ou termo do julgamento.

O Código de Processo Civil de 1939, o primeiro código de processo unitário brasileiro, elencou os embargos de declaração no rol de recursos, conforme disposição do artigo 808, inciso V.⁷⁰ Admitia a oposição de embargos declaratórios quando a sentença (arts. 839 e 840 do Livro dos Recursos) ou o acórdão (art. 862 do Livro dos Recursos) padecessem de obscuridade, omissão ou contradição⁷¹.

O Código de Processo Civil de 1973 disciplinou distintamente os embargos de declaração opostos às sentenças e os opostos aos acórdãos, sendo mantida essa forma de estruturação do diploma até que sobreveio reforma legislativa em 1994 (Lei nº 8.950, de 13.12.1994). Assim, seu cabimento era previsto nos artigos 464 e 465, relativamente à sentença, e 535 a 538, no que diz respeito aos acórdãos.

A postura do legislador foi duramente criticado pela doutrina pátria, conforme bem referem Luís Eduardo Simardi Fernandes⁷² e Araken de Assis.⁷³ Na sua redação original, eram cabíveis os embargos nas hipóteses de omissão, contradição, obscuridade e *dúvida*, tendo sido a última excluída do rol por ocasião

⁶⁸ *Idem, ibidem*, p. 600.

⁶⁹ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁷⁰ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁷¹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, p. 22.

⁷² *Idem, ibidem*, p. 22.

⁷³ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, pp. 605-606.

da reforma legislativa de 1994. A redação atual dos dispositivos do Código de Processo Civil é a seguinte:

Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

I - houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

Art. 536. Os embargos serão opostos, no prazo de 5 (cinco) dias, em petição dirigida ao juiz ou relator, com indicação do ponto obscuro, contraditório ou omissivo, não estando sujeitos a preparo.

Art. 537. O juiz julgará os embargos em 5 (cinco) dias; nos tribunais, o relator apresentará os embargos em mesa na sessão subsequente, proferindo voto.

Art. 538. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes.

Parágrafo único. Quando manifestamente protelatórios os embargos, o juiz ou o tribunal, declarando que o são, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente de 1% (um por cento) sobre o valor da causa. Na reiteração de embargos protelatórios, a multa é elevada a até 10% (dez por cento), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor respectivo.

Exposto breve panorama da evolução normativa dos embargos declaratórios, proceder-se-á a uma análise da visão tradicional da doutrina e da jurisprudência a respeito dos limites da influência que poderia ter o provimento do magistrado ao julgar os embargos de declaração sobre a decisão original objeto da oposição do recurso.

2.1.2. O Perfil Clássico dos Embargos Declaratórios

A atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios se dá quando o juiz, ao julgar o recurso, profere decisão que, “a pretexto de esclarecer ou complementar a decisão, pode produzir sua modificação substancial, com alteração do resultado do julgamento”, conforme definiu Luís Eduardo Simardi Fernandes.⁷⁴ A possibilidade de infringência do julgado por força da decisão proferida em sede de embargos de declaração é fruto de uma lenta construção doutrinária e jurisprudencial.

⁷⁴ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, p. 182.

Segundo o entendimento mais tradicional a respeito dos embargos declaratórios, destina-se o recurso a tornar claro, coerente e explícito o decidido. A sanção dos defeitos visaria apenas a declarar a decisão, que, portanto, não poderia ser *alterada* em nenhum aspecto. A competência outorgada ao juiz limita sua atuação a *reformular os termos em que foi proferida a decisão embargada*, ficando vedada qualquer alteração de seu conteúdo.⁷⁵

Ao explicar essa concepção original da função dos embargos de declaração, José Carlos Barbosa Moreira – que não a endossa – diz que “costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma”.⁷⁶ Cita o processualista lição de Pontes de Miranda, para quem “A sentença nos embargos de declaração não substitui a outra, porque diz o que a outra disse. Nem pode dizer algo menos, nem diferente, nem mais. Se o diz, foi a decisão embargada que o disse”.⁷⁷

Barbosa Moreira também cita, a título de exemplo, o Código de Processo do Distrito Federal, que expressamente vedava que, por meio da oposição de embargos declaratórios, pudesse “ser alterada, por qualquer forma, a substância do julgado”.⁷⁸

A partir da leitura dos célebres Comentários ao Código de Processo Civil de 1973, de Pontes de Miranda, percebe-se que era tão pacífica, então, a visão de que havia impossibilidade de se conferirem efeitos infringentes aos embargos de

⁷⁵ *Idem, ibidem*, pp. 182-183. No trecho em questão, explica que a corrente tradicional “adota postura bastante restritiva, não aceitando que os embargos de declaração modifiquem a decisão em sua essência, mas apenas admitindo que proporcionem o esclarecimento ou a complementação daquilo que foi decidido, sempre respeitando o que já consta da decisão, que deve ser mantido após o julgamento dos embargos.

Assim, para quem pensa dessa forma, a decisão dos embargos tem de manter coerência com a decisão embargada, mostrando-se compatível com ela, pois ambas devem se integrar, formando uma única decisão.”

⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2011 (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5), p. 558.

⁷⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de; BERMUDES, Sérgio (atualização). *Comentários ao Código de Processo Civil: Tomo VII*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 341, *apud idem, ibidem*, p. 558.

⁷⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 558.

declaração, que havia divergência até mesmo sobre a terminologia utilizada para designar o recurso, como segue:

A lei conhece *embargos de declaração* na primeira instância (arts. 463, II, 464 e 465) e em qualquer outro grau da superior instância (art. 535). João Monteiro (*Programa*, III, 81) achava que os embargos de declaração não são propriamente embargos; e explicava (87): 'Por eles apenas se faz clara a sentença para que seja executada, por eles não se procura a reparação do erro ou injustiça da sentença'.⁷⁹

A ideia, pois, de que não poderiam decorrer do julgamento efeitos infringentes, não era apenas colocada como uma afirmativa precedida de justificção, mas, inclusive, como premissa presumivelmente óbvia para se discutir outro ponto da matéria. O próprio Pontes de Miranda, inclusive, inicia a abordagem do tema movido pela necessidade que julgou haver de justificar a ausência de contraditório. Menciona o autor que

A outra parte ou interessados não serão ouvidos, porque não se trata de julgamento estrito senso, mas apenas de declaração contenciosa do julgado, mesmo se houve omissão ou contrariedade. Se há obscuridade, quer-se esclarecimento suficiente. Se há contradição, declara-se o que é verdadeiramente o conteúdo do julgado. Quanto à omissão, o que se entende é que não consta do julgado tudo que se julgou. O que se muda não é o julgamento, é o que consta do acórdão, que foi falho. Não se pense em que, com os embargos de declaração, se obriga o tribunal a julgar o que não julgou. O recurso seria outro. Declarar com julgamento *ex novo* seria absurdo. Quem declara torna claro. Nos embargos de declaração não há ação declaratória, de que resultasse sentença declarativa: supõe-se que houve julgamento e só se precisa saber o que se julgou. Se, por exemplo, foi pedido *a*, *b* e *c* e na sessão só se julgou procedente (ou improcedente) o pedido *a*, ou procedentes (ou improcedentes) os pedidos *a* e *b*, não são os embargos de declaração que têm de ser opostos, mas sim, se a jurisdição foi originária, a apelação, ou, se recursal, os embargos infringentes, se satisfeitos os pressupostos, ou o recurso extraordinário. Os embargos de declaração cabem, com fundamento na omissão, se houve julgamento de *a*, *b* e *c*, e do acórdão não consta *a*, *b* ou *c*, ou *a* e *b*, ou *a* e *c*, ou em *b* e *c*.⁸⁰

⁷⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 391. No trecho em questão da obra, Pontes de Miranda diverge do doutrinador citado, mas não por entender haver possibilidade de infringência do julgado, e sim por entender que a palavra embargos era utilizada por remeter à ideia de horizontalidade da instância.

⁸⁰ *Idem*, *ibidem*, pp. 405-406.

Por fim, o doutrinador lança mão de um argumento que serve de exemplo da modificação por que vem passando a interpretação das normas no direito. Enquanto hoje se defende, como se verá adiante (item 2.2.2), que, diante do caráter infringente que pode ser conferido aos embargos de declaração, é necessário, ainda que sem previsão legal, oportunizar-se o contraditório à parte adversa, para o autor, a inexistência de previsão de contraditório era justamente um argumento a favor da inviabilidade de infringência do julgado:

Seria absurdo que, não se tendo julgado todos os pedidos, fosse embargável de declaração, sem audiência da outra parte, o acórdão e se tivesse de julgar o que não foi julgado. Ter-se-iam de admitir embargos de declaração em caso de julgamento *intra petita* ou *extra petita*. Não se pode deformar o instituto.⁸¹

A jurisprudência pátria é rica em precedentes decorrentes de casos em que pleitearam as partes, sem sucesso, a atribuição de efeitos infringentes aos recursos. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, já afirmou que “a alteração substancial do julgado, de modo a importar contradição do segundo com o primeiro acórdão, frustra a missão processual do instituto, que é a de explicitar a decisão que, essencialmente, persiste a mesma”.⁸²

Outro precedente do Supremo Tribunal Federal, de cujo acórdão se transcreve o seguinte trecho, é de clareza didática acerca da posição adotada pela corte. Se tratava de ação de cobrança cuja sentença foi embargada sob o fundamento da omissão, porquanto deixara o julgador da primeira instância de apreciar preliminar de prescrição arguida pela parte ré. Os embargos foram acolhidos, reconhecendo-se a prescrição e julgando-se improcedente a demanda – que fora julgada procedente. Em sede de apelação, o órgão fracionário desconstituiu a sentença, tendo o Supremo Tribunal Federal mantido esta decisão:

“Na verdade, ao afirmar que, uma vez prolatada, faz a sentença coisa julgada formal, nos termos do art. 289 da lei processual civil, não deixou o v. acórdão recorrido de ser rigorosamente jurídico, já que estava aquela decisão, ainda, sujeita a recurso, sendo, por essa forma, mutável.

⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 406.

⁸² BRASIL, Supremo Tribunal Federal, EDcl no R.E. nº 88.212, Rel. Min. Rafael Mayer, DJ 25.05.1979.

Isso porque, segundo Amaral Santos, reproduzindo a lição de Liebman, consiste a coisa julgada formal na formação da intangibilidade da sentença, pela preclusão dos prazos para recurso (Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 3º vol., pg. 49), o que, à evidência, incorreu no caso dos autos.

De outra parte, irrefutável é que *exorbitou o MM. Juiz de primeira instância ao receber os referidos embargos declaratórios para acolher a prescrição arguida, com isso modificando a decisão de mérito, já prolatada.*

São daquele emérito processualista estes ensinamentos:

‘A nova decisão não pode alterar a substância ou o conteúdo da decisão embargada, pois não se trata de embargos infringentes, mas tão somente de embargos destinados a esclarecer a dúvida, suprir a omissão ou desfazer a contradição.’

Aliás, conclui o emérito jurista,

‘a nova decisão integrará a decisão embargada, declarando-a.’ (loc. cit, p. 157).

E, evidentemente, no caso, *se a segunda sentença modificou a primeira, jamais poderia integrar esta última.*” (grifos nossos)⁸³

Apesar da prevalência do entendimento em comento, é forçoso reconhecer que houve quem dele divergisse já há muito tempo.⁸⁴ Em 07.06.1929, o Tribunal de Justiça de São Paulo acolheu embargos de declaração com efeitos infringentes, a fim de reformar acórdão em que não se conhecera de recurso por intempestivo, em virtude da comprovação, pela parte prejudicada pela decisão embargada, de que fora erroneamente certificada a data da interposição do recurso.⁸⁵ Para Seabra Fagundes, que escreveu acerca do caso, pode ter sido esse o primeiro caso de atribuição de efeitos infringentes ao recurso de embargos de declaração por um tribunal brasileiro.⁸⁶

2.2 A POSSIBILIDADE DE INFRINGÊNCIA DO JULGADO

2.2.1 A possibilidade de infringência do julgado decorrente do julgamento dos embargos declaratórios na hipótese de omissão

⁸³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, R.E. nº 76.469, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ15.03.1974.

⁸⁴ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, pp. 184-185.

⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Dos embargos de declaração*. RF nº 117, pp. 5-13, *apud idem, ibidem, op. cit.*

⁸⁶ *Idem, ibidem, op. cit.*

Nos termos do artigo 535, inciso II, do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando “for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou o tribunal”.

Reconhecida presença de omissão no provimento embargado, deve o juiz saná-la, pronunciando-se a respeito do ponto que deixou de levar em consideração. Ocorre que esse pronunciamento, invariavelmente, implica uma alteração do conteúdo do provimento embargado – ainda que permaneça inalterada sua parte dispositiva. Isso porque a decisão sofrerá, no mínimo, acréscimo em sua fundamentação, tecendo-se considerações sobre a matéria a cujo respeito se deu a omissão. Conforme o esclarecedor magistério de José Carlos Barbosa Moreira,

Costuma asseverar-se que a decisão sobre os embargos de declaração se limita necessariamente a revelar o verdadeiro conteúdo da decisão embargada e não pode trazer inovação alguma. Formulada em termos absolutos, a afirmação comporta reparos. Na hipótese de obscuridade, realmente, o que faz o novo pronunciamento é só esclarecer o teor do primeiro, dando-lhe a interpretação *autêntica*. Havendo contradição, ao adaptar ou eliminar alguma das proposições constantes da parte decisória, já a nova decisão altera, em certo aspecto, a anterior. E, quando se trata de suprir omissão, não pode sofrer dúvida que a decisão que acolheu os embargos inova abertamente: é claro, claríssimo, que ela diz aí mais que a outra.⁸⁷

Araken de Assis também trata desse efeito modificativo que opera o acolhimento dos embargos de declaração:

O efeito principal do provimento dos embargos de declaração consistirá no aclaramento e no aperfeiçoamento do julgado. Revela o conteúdo real do pronunciamento embargado. Não pode, nem deve alterar o julgamento já proferido senão nessa exata medida.

O predicado não assume caráter absoluto, porém: salvo na hipótese de obscuridade (...), quando o novo julgamento se cingirá à interpretação autêntica do ato impugnado(...), ao suprimir a contradição e a omissão o órgão judiciário promoverá inequívoca e visível inovação.

Ao adaptar ou eliminar uma das proposições contraditórias, onde quer que se localizem, parece evidente que há uma alteração na decisão anterior. (...) *O acontecimento se afigura flagrante e inevitável no caso de omissão: o novo pronunciamento decidirá mais do que o anterior, inovando abertamente.* Por exemplo: o órgão

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, pp. 558-559.

judiciário omitiu o exame da exceção de pagamento, vício suprido através dos embargos, embora para rejeitá-la.⁸⁸ (*grifos nossos*)

A alteração da decisão original pelos embargos declaratórios, por força do efeito modificativo destes, deve ocorrer tão-somente “na medida em que isto seja necessário para atender à sua finalidade legal de (...) suprir a omissão verificada naquela decisão”.⁸⁹ A modificação da decisão não é o objetivo dos embargos de declaração, mas decorrência inevitável da correção da omissão (não é o único caso, mas é o de que ora se cuida), cuja presença, por sua vez, é a condição necessária para o efeito modificativo.⁹⁰ Araken de Assis comunga de tal entendimento, afirmando que

Evidentemente, os embargos de declaração não servem para reiterar o já decidido. É totalmente estranho aos embargos de declaração o escopo de julgar outra vez, repensar os termos do julgamento anterior, percorrer todos os passos que conduziram à formação do ato para chegar a idêntico resultado. Faltariam a tais embargos repristinatórios os defeitos contemplados no art. 535, I e II, que os tornam cabíveis. E, de acordo com a 1.^a Seção do STJ, o recurso vertido revelaria ‘o manifesto caráter infringente pretendido pelo embargante de novo julgamento de questão já decidida’.⁹¹

O doutrinador acrescenta ao debate, ainda, outra questão de difícil solução na prática judiciária. Opostos indevidamente os embargos, estes são reputados protelatórios, ensejando a aplicação de multa à parte, nos termos do artigo 538 do Código de Processo Civil. É difícil, contudo, ao magistrado, avaliar se houve intento protelatório ou apenas visão diversa do causídico acerca da configuração da omissão.

A situação é agravada por dois fatores: a um, o fato de o magistrado julgar embargos declaratórios que apontam falha em sua própria decisão, o que o torna suscetível a, inconscientemente, ter dificuldade em reconhecer a presença do defeito; a dois, a utilização excessiva do recurso pelos advogados, muitas vezes pela simples razão de ter o provimento contrariado o seu entendimento sobre a questão, sem que se adstrinjam às hipóteses, sejam legais, sejam consagradas pela

⁸⁸ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 650.

⁸⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, nº 595. São Paulo: RT, 1985, p. 17, *apud idem, ibidem*, p. 651.

⁹⁰ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, pp. 182-184.

⁹¹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 604.

prática, de cabimento da oposição do recurso. Nas palavras do célebre processualista,

Nessa situação, os embargos assumem feição protelatória, ensejando a aplicação da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. É questão extremamente delicada distinguir o efeito infringente admissível da simples pretensão a novo julgamento e, neste caso, identificar caráter protelatório, que há de ser 'manifesto'.

Os embargos declaratórios enfrentam relutância natural do órgão judiciário. À diferença dos recursos remetidos ao órgão *ad quem*, compete ao próprio juiz que emitiu o provimento apreciar a crítica direta que lhe é feita e deliberar acerca de defeitos que, objetivamente, não depõem a favor do anterior exame atento da causa e do emprego da correta técnica em julgar. Em vão se prega, a esse propósito, largueza de espírito no julgamento dos embargos. Integra a natureza humana tanto a soberba quanto a modéstia. Só homens e mulheres muito evoluídos e superiores exibem a humildade necessária para reconhecer e corrigir os próprios erros. Por outro lado, costumam as partes usar os embargos de modo automático e protocolar, mostrando indiferença com as hipóteses de cabimento do recurso. Quando o objeto dos embargos é acórdão, o mau vezo explica-se, talvez, por força da exigência exorbitante do prequestionamento – fora daí, e principalmente a reiterada postulação de efeito infringente, representa hábito que compromete o futuro do recurso.⁹²

O fato de o efeito modificativo não prescindir da omissão para ocorrer, não bastando a mera irresignação da parte com os termos da decisão, é a razão pela qual não se admite a oposição de embargos declaratórios com pedido de efeitos infringentes caso não indique a parte embargante – e de fato se faça presente – a hipótese legal de interposição do recurso que se faça presente no caso.

O itinerário lógico a ser percorrido pela parte embargante em seu recurso, pois, deve compreender (I) a demonstração da presença da omissão, *seguida* (II) da relação necessária de causalidade entre as implicações trazidas pela questão omitida e a modificação que pretende ver implementada.⁹³ O objetivo *imediato* do manejo do recurso é a correção do vício do provimento, ao passo que a modificação da decisão embargada o seu objetivo *mediato*.

O embargante que se limita a discorrer acerca de uma dada questão e sobre como ela implica a necessidade de alteração do provimento, sem realizar um

⁹² *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁹³ *Idem, ibidem, loc. cit.*

esforço argumentativo para demonstrar que o ponto deveria ter sido abordado na sentença, dá “um grande passo para que os embargos sejam rejeitados”.⁹⁴

Estabelecida a premissa segundo a qual a correção de omissão do julgamento provoca um efeito modificativo da decisão embargada,⁹⁵ cumpre delimitar a potencial intensidade da modificação a ser operada pelo acolhimento dos embargos, isto é, se ela encontra limites.

Uma vez reconhecida a omissão pelo julgador, é possível que o exame a cuja realização seja obrigado para corrigir o defeito resulte – em razão da sua própria interpretação dos elementos de fato e de direito que compõem a questão omitida – em consequência jurídica que se contraponha, no todo ou em parte, à sua decisão original.

A prescrição se presta para exemplificar a situação em comento. Suponhamos um caso em que o juiz julgue procedente determinada ação de cobrança. Intimado da sentença, o réu opõe embargos de declaração, apontando omissão consistente na falta de análise de preliminar de prescrição deduzida por ocasião da contestação.⁹⁶

Caso o juiz acolha os embargos de declaração, reconhecendo a omissão, mas entenda não ter ocorrido a prescrição aventada pelo réu, seu juízo acerca da

⁹⁴ *Idem, ibidem, loc. cit.*

⁹⁵ No item anterior deste trabalho, viu-se que Pontes de Miranda negava, inclusive, essa possibilidade – vide notas de rodapé nº 77 e 80. Para o célebre jurista, a omissão, enquanto defeito embargável, ocorria apenas quando o dispositivo da decisão judicial deixava de mencionar uma questão processual que houvesse sido efetivamente resolvida pelo julgador, o que se depreende dos seguintes excertos da transcrição a que se refere a nota de rodapé nº 80: “Quanto à omissão, o que se entende é que não consta do julgado tudo que se julgou. O que se muda não é o julgamento, é o que consta do acórdão, que foi falho. Não se pense em que, com os embargos de declaração, se obriga o tribunal a julgar o que não julgou. O recurso seria outro. Declarar com julgamento *ex novo* seria absurdo. Quem declara torna claro. (...) Se, por exemplo, foi pedido *a*, *b* e *c* e na sessão só se julgou procedente (ou improcedente) o pedido *a*, ou procedentes (ou improcedentes) os pedidos *a* e *b*, não são os embargos de declaração que têm de ser opostos (...). Os embargos de declaração cabem, com fundamento na omissão, se houve julgamento de *a*, *b* e *c*, e do acórdão não consta *a*, *b* ou *c*, ou *a* e *b*, ou *a* e *c*, ou em *b* e *c*.”

⁹⁶ Como a prescrição é matéria de ordem pública, não haveria necessidade de prévia arguição para restar caracterizada a omissão, mas tal circunstância é irrelevante no que diz respeito ao ponto ora tratado.

inocorrência da prescrição passará a integrar a sentença. A sentença terá sido modificada em seu teor, por força do acréscimo na fundamentação, mas sem que seja alterado o resultado do julgamento em si, isto é, o dispositivo.⁹⁷

Se, porém, entender o juiz, por ocasião do julgamento dos embargos, que restou configurada a prescrição, surge um problema lógico. O provimento judicial, após sua complementação resultante do julgamento dos embargos, haverá determinado que a quantia demandada pelo autor da ação, a um só tempo, é e não é exigível.

Evidentemente, tal proceder é inviável, porquanto se configuraria grave contradição. Impõe-se, em tais situações, a inversão do provimento e a adequação da fundamentação da decisão judicial. No exemplo de que ora se trata, a sentença passaria a ser de improcedência, e seria suprimida a análise de mérito da cobrança buscada pelo autor, posto que a prescrição é um antecedente lógico do reconhecimento da obrigação.

Embora o efeito modificativo se opere de maneira mais intensa, isso é mera decorrência da conformação fática do caso em julgamento, alterando-se a decisão, tal como na hipótese de rejeição da preliminar de prescrição, na medida do necessário para o aprimoramento da decisão. Conforme bem sintetizou Araken de Assis, no caso de

(...) o juiz omitir a análise da exceção de prescrição, na sentença que acolheu o pedido, e o réu instá-lo a eliminar o defeito através dos embargos de declaração, o eventual acolhimento do recurso para reconhecê-la mostrar-se-á incompatível com o juízo emitido. Se a pretensão se encontra prescrita, o juiz não pode acolher o pedido nela fundado. E, além disso, a sentença que declara prescrita a pretensão, matéria situada no mérito (art. 269, IV), não padecerá do vício da omissão se omitir qualquer referência ao pedido. A questão antecede, logicamente, à da existência da

⁹⁷ A título de registro, não se quer dizer que a modificação é inócua, haja vista que a fundamentação do provimento judicial é responsável pela qualificação do *decisum*, de modo que há influência sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada e dos limites da coisa julgada material, conforme já exposto à p. 19, o que é corroborado pela nota de rodapé nº 18. A observação deve ser compreendida apenas quanto a, *v.g.*, no caso de uma sentença de procedência de ação embargada, acolherem-se os embargos de declaração sem que o provimento mude para procedência parcial, ou improcedência.

pretensão, e dispensa comentários a seu respeito. Em outras palavras, acolhidos os embargos, impõe-se ao juiz trocar o juízo de procedência pelo de improcedência, e, além disso, obliterar a passagem que, na sentença substituída, aludia ao restante do mérito. Assim decidindo, o órgão judiciário não se desviou das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração – a omissão representa defeito típico, a teor do art. 535, II -, obedecendo, estritamente, às finalidades do recurso, e, no respectivo julgamento, abstém-se de reincidir em novo vício – o da contradição. Para mudar a fórmula do ato, segundo conhecida metáfora, precisou alterar o conceito, sob pena de tornar a fórmula ainda mais imperfeita.⁹⁸

O doutrinador se valeu, ainda, de hipótese diversa de oposição de embargos de declaração, a que visa a sanar erro material, para fornecer exemplo diverso do fenômeno:

Os erros materiais no julgamento dos recursos engendram situações favoráveis ao desenvolvimento do fenômeno. Há um 'ataque direto à ideia do julgamento, para que ela seja conforme a uma óbvia realidade fática ou jurídica'. O órgão fracionário do tribunal não conhece do recurso, porque intempestivo, e, instado por embargos de declaração, reexamina a certidão que consigna a data exata da respectiva interposição e a secretaria não juntara, concluindo pela tempestividade. O julgamento provocará fatal reviravolta. Em lugar de inadmissível, o recurso se revelará admissível, cumprindo ir adiante e examinar-lhe o mérito. Concebe-se, por óbvio, a hipótese contrária: o órgão judiciário conheceu do apelo, dando-lhe provimento, embora flagrante a intempestividade, e os embargos de declaração reclamam a emenda da errônea contagem do prazo recursal. O provimento dos embargos implicará a inadmissibilidade da apelação, ficando impedido, conseqüentemente, o exame do mérito, motivo por que desaparecerá o provimento. O antigo vitorioso transformar-se-á no atual vencido.⁹⁹

Corroborando o raciocínio Luís Eduardo Simardi Fernandes, que, ao tratar do tema, também se valeu do exemplo da omissão concernente à falta de análise da ocorrência da prescrição em uma sentença de procedência de ação – o próprio autor menciona a recorrência de tal exemplo na doutrina pátria–, funda a inversão do provimento integrante da decisão judicial embargada na inviabilidade de correção da omissão combinada com sua manutenção:

Resta saber se, a pretexto de complementar a decisão, podem os embargos de declaração produzir a alteração do julgado,

⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 651.

⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 652.

ou se, ao contrário, essa complementação terá de se dar sem qualquer outra modificação da decisão.

Mais uma vez externamos nossa opinião de que a alteração da decisão, em decorrência da sua complementação por meio dos embargos de declaração, não só é plenamente possível como, em muitos casos, necessária.

Não é incomum que a omissão se dê a respeito de questão cuja apreciação levaria à prolação de decisão substancialmente diferente daquela efetivamente proferida. Então, ao sanar a omissão por via dos embargos de declaração, decorrerá de tal ato a necessidade de alteração do julgado.

Nossos doutrinadores citam, repetidamente, exemplo que torna bem claro o que aqui se afirma. Imaginemos que ao sentenciar o feito o juiz o julga procedente, mas se esquece de apreciar a alegação de ocorrência de prescrição apresentada pelo réu. Uma vez opostos embargos de declaração, competirá ao magistrado completar sua sentença. E pode constatar que assistia razão ao réu quando sustentara a ocorrência da prescrição, o que deverá explicitar na sua decisão dos embargos. Assim fazendo, o reconhecimento da prescrição produzirá grande mudança na sentença, que, inicialmente procedente, passará a ser de improcedência.

É evidente que, em situações como essas, a reforma da decisão não apenas é possível como até indispensável. Se entendermos, equivocadamente, que o julgamento dos embargos de declaração deve promover a complementação do julgado sem qualquer outra alteração na decisão, teremos de aceitar uma sentença que, embora reconheça a prescrição, julgue o feito procedente.

Decisão nesse sentido não faria, evidentemente, o menor sentido, e a situação se presta a demonstrar, claramente e sem margem de dúvida, que os embargos de declaração, quando opostos em vista da ocorrência da omissão, podem, e em certos casos devem, produzir efeitos infringentes.

Se não admitíssemos a alteração do julgado nessas hipóteses, teríamos de aceitar que o julgamento dos embargos de declaração opostos para sanar a omissão, se acolhidos, resolveria esse vício, mas, em contrapartida, produziria uma decisão contraditória. Ou seja, trocar-se-ia um vício por outro.¹⁰⁰

José Carlos Barbosa Moreira, discorrendo sobre os efeitos provocados pelo julgamento dos embargos declaratórios, reconhece a necessidade, em alguns casos, de que se reconheça a idoneidade da modificação da decisão embargada, na hipótese de omissão. Entende que, dentre as espécies de correção de defeitos embargáveis dos provimentos judiciais, o suprimento da omissão de que padeça a decisão é

¹⁰⁰ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, pp. 196-197.

(...) de particular delicadeza, pois às vezes, suprida a omissão, impossível se torna, sem manifesta incoerência, deixar subsistir o que se decidira (ou *parte* do que se decidira) no pronunciamento embargado. Assim, por exemplo, se o órgão julgador saltara por sobre alguma preliminar – já relativa à admissibilidade de recurso, já concernente a qualquer circunstância que impediria o ingresso no *meritum causae*, ou mesmo a aspecto deste (prescrição, decadência) – e, apreciando-a nos embargos de declaração, vem a acolhê-la, necessariamente cai a decisão sobre a restante matéria, a cujo exame obstaría o acolhimento da preliminar. Em tal medida é lícito reconhecer ao julgamento dos embargos efeito modificativo.¹⁰¹

Nelson Nery Junior igualmente considera legítima a atribuição de efeitos infringentes aos embargos declaratórios, salientando a necessidade de que decorram da apreciação da questão omissa. À diferença de outros doutrinadores aqui citados, entende haver impropriedade, na situação, na utilização da terminologia “efeitos infringentes”, uma vez que, a seu ver, se está diante de uma nova decisão, e não de uma decisão modificada.

Efeitos infringentes seriam atribuídos, sim, aos embargos declaratórios acolhidos nas hipóteses de cabimento sem previsão legal do recurso, tais como a de correção de erros materiais, e não nos casos em que se acolhem embargos declaratórios opostos de decisões que padeçam do vício da omissão cuja correção importe no que os outros doutrinadores já mencionados denominam efeitos modificativos – sejam infringentes ou não. A divergência se dá, todavia, no plano terminológico, não se vislumbrando diferença prática da classificação adotada pelo autor. Nas suas palavras,

Os embargos de declaração podem ter caráter infringente quando, por exemplo, forem deduzidos para corrigir declaração manifestamente errônea de intempestividade de apelação, ou de intempestividade do preparo da apelação. Quando, interpostos para suprir omissão, o juiz ou tribunal tiver de proferir julgamento contrário ao que já consta da decisão embargada, não há propriamente modificação ou infringência do julgado, mas decisão nova, pois a matéria não foi objeto de consideração pela decisão embargada. É o caso, por exemplo, de embargos de declaração para que seja suprida omissão sobre questão relativa à prescrição, pois, se o juiz a acolher nos embargos, *ipso facto* deverá modificar eventual julgamento de procedência do pedido que conste da sentença embargada, para julgamento de improcedência (CPC 269 IV). Esta

¹⁰¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 560.

infringência é decorrência do suprimento da omissão e não ofende o sistema recursal do código. O CPC da Bahia estava correto e preciso ao dizer que a decisão sobre os embargos de declaração deverá ser proferida pelo juiz 'sem outra mudança no julgado' além daquela consistente no esclarecimento, na solução da contradição ou no suprimento da omissão (CPC da Bahia, LE 1121, de 21.8.1915, art. 1341). O caráter infringente dos embargos de declaração existe nos processos da infância e da juventude (...) (ECA 198 VII).¹⁰²

Ao se ver o julgador diante da contingência de, em sede de julgamento dos embargos de declaração, inverter o provimento embargado, o efeito modificativo operado por sua decisão passa a ser denominado infringente.¹⁰³ Em outras palavras, o efeito infringente é o efeito modificativo da decisão embargada pelo acolhimento dos embargos de declaração que altera a parte dispositiva do julgamento originário, em razão das implicações jurídicas, reconhecidas pelo julgador, de questão que deixara de ser analisada indevidamente.

Araken de Assis explica essa classificação das espécies de efeitos modificativos nos seguintes termos:

Lícito, à vista dessas situações bem conhecidas, adiantar uma sólida conclusão. Em alguns casos, o suprimento da omissão acarretará, sob pena de o provimento se tornar manifestamente incoerente após o julgamento dos embargos de declaração, agasalhando flagrante contradição, a inversão do desfecho consagrado no pronunciamento originário. É mister reconhecer, nessas situações, modificação particularmente qualificada provocada pelos embargos, recebendo o nome de 'efeito infringente'. E não há, no sistema da lei, disposição vedando a alteração do julgado – ao contrário, a mudança é autorizada no art. 463, II.¹⁰⁴

A jurisprudência pátria, modernamente, tem aceitado os efeitos modificativos, inclusive na sua modalidade infringente, dos embargos declaratórios, embora o tema não seja pacífico, mas sem deixar de impor as condições *supra* referidas (presença de omissão como requisito para a atribuição de efeitos modificativos em geral, sendo necessária a relação de pertinência entre ponto omitido e a modificação buscada, no caso dos efeitos infringentes) para acolher os recursos.

¹⁰² NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Recursos no Processo Civil, v. 1), pp. 304-305.

¹⁰³ MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 650.

¹⁰⁴ *Idem, ibidem*, p. 652.

Rejeita-se, portanto, a possibilidade de as partes utilizarem os embargos de declaração para atacar a decisão apenas por divergirem de seus termos.¹⁰⁵ Cumpre mencionar alguns precedentes jurisprudenciais relativos ao tema, a título exemplificativo.

No voto proferido por ocasião do julgamento dos embargos declaratórios opostos ao acórdão do agravo regimental que fora interposto do Agravo de Instrumento nº 629.226, o Relator, Ministro Celso de Mello, entende que a rejeição dos embargos se impõe ante a ausência, na decisão recorrida, de defeitos embargáveis, que são o pressuposto da possibilidade de se modificar o seu conteúdo:

¹⁰⁵ Não obstante acertada essa rejeição, amiúde andam mal os magistrados, por afirmarem que os efeitos infringentes são excepcionais, conforme crítica tecida por Luís Eduardo Simardi Fernandes (*op. cit.*, pp. 191-192), que é, a nosso ver, bastante pertinente. Qualifica-se como excepcional a possibilidade de atribuição de efeitos infringentes em razão dos requisitos para que ela possa ocorrer. A expressão excepcional, porém, pode transmitir a ideia de que em raros casos em que presente a omissão pode ocorrer a infringência, ao passo que, como já vimos, uma vez configurada a omissão, nada tem de extraordinário alterar-se o provimento embargado – isso depende apenas de as consequências jurídicas do ponto que deixara de ser apreciado, à luz da interpretação do julgador, conflitarem, ou não, com a parte decisória da decisão reputada omissa. Nas palavras do doutrinador, “Tampouco nos colocamos de acordo com a corrente jurisprudencial que reconhece aos embargos de declaração o poder de, ‘em casos excepcionais’, produzir a alteração da decisão embargada.

Acreditamos que esses efeitos modificativos haverão de se fazer presentes não apenas em casos excepcionais – como dizem alguns, na tentativa de impor barreiras a essa possibilidade –, mas sim sempre que essa modificação do julgado for consequência, natural e necessária, do conhecimento e julgamento do recurso sob exame.

Em outras palavras, uma vez opostos os embargos de declaração, em face da ocorrência da obscuridade, contradição ou omissão, como prevê o art. 535 do diploma processual, ou diante de erro material, cabe ao órgão competente apreciar o recurso e, constatando a existência de um desses vícios, promover a sua correção.

Ou seja, terá de esclarecer ou complementar a decisão, ou então corrigir o erro. E, ao agir dessa forma, que é justamente o que se espera do magistrado nessas circunstâncias, poderá se deparar com situação que exija a reforma da decisão, como consequência da correção do vício. Nessas hipóteses, *não poderá hesitar, e deverá modificar tudo aquilo que for necessário para garantir a clareza, a precisão e a complementação da decisão.*

O mesmo [infringência] ocorre quando se embarga sob alegação de omissão da decisão. Constatada sua ocorrência, compete ao juiz a sua complementação. Ao complementá-la, poderá verificar a necessidade de alteração do julgado, pois, ao decidir em determinado sentido, assim o fez porque se esquecera de apreciar alguma questão. Apreciada esta, o resultado do julgamento haverá de ser outro. E poderá promover todas as alterações que decorram da complementação da decisão.” (*grifos nossos*)

Como se sabe, os embargos de declaração destinam-se, precipuamente, a desfazer obscuridades, a afastar contradições e a suprir omissões que eventualmente se registrem no acórdão proferido pelo Tribunal. Essa modalidade recursal só permite o reexame do acórdão embargado quando utilizada com o específico objetivo de viabilizar um pronunciamento jurisdicional de caráter integrativo-retificador, vocacionado a afastar as situações de obscuridade, omissão ou contradição, e a complementar e esclarecer o conteúdo da decisão proferida.

Desse modo, a decisão recorrida – que aprecia, como no caso, com plena exatidão e em toda a sua inteireza, determinada pretensão jurídica – não permite o emprego da via recursal dos embargos de declaração, sob pena de grave disfunção jurídico-processual dessa modalidade de recurso, eis que incorrentes, em tal situação, os pressupostos que justificariam a sua adequada utilização.¹⁰⁶

Em outro caso,¹⁰⁷ o Supremo Tribunal Federal rejeitou embargos opostos sem que fosse indicada e demonstrada a configuração de alguma hipótese de cabimento.

Em apertada síntese, a corte deixara de conhecer de recurso em razão da ilegitimidade da data de protocolo. A parte recorrente opôs embargos de declaração sob o fundamento, conforme consignou o relatório, de que não se deveria “afastar a prestação jurisdicional, em face do princípio da razoabilidade”. Em seu voto, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, rechaça a tentativa de reexame da decisão embargada:

O recurso de embargos de declaração é cabível para demonstrar a ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade da decisão embargada (art. 535 do CPC). No presente caso, o embargante não indicou como o acórdão teria incorrido em uma dessas hipóteses.

Verifica-se, portanto, que o embargante busca apenas a rediscussão de matéria já decidida no acórdão embargado, com o objetivo de obter os excepcionais efeitos infringentes. A propósito, entre inúmeros precedentes, confira-se (...).

Assim, rejeito os embargos de declaração.

¹⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 629.226, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 18.12.2007, DJe 14.03.2008.

¹⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 624.128, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 26.11.2008, DJe 18.12.2008.

Dignos de referência, haja vista a autoridade da corte em matéria de interpretação da legislação processual civil, alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça. No julgamento dos embargos de declaração opostos ao acórdão do agravo regimental que fora interposto do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 183.204,¹⁰⁸ deu-se o acolhimento, com atribuição de efeitos infringentes, do recurso, o que ocorreu porque, *cumulativamente*, a decisão era omissa e a análise do ponto que não fora examinado levou ao reconhecimento de consequências jurídicas que tornavam imperativa a alteração do provimento, conforme se depreende da leitura do voto do Ministro Relator:

Com efeito, merece prosperar a omissão *sub examine*. Isso porque a circunstância de não ter sido apreciado o argumento de que, em face da decisão de inadmissibilidade do recurso especial com base no art.543-C, §7º, do CPC, foi interposto agravo interno, com fulcro nos arts. 252 e seguintes do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Pernambuco, e não agravo em recurso especial não foi analisado nem na decisão monocrática (fl. 151), nem no acórdão constante às fls. 163/167.

Essa circunstância é de extrema relevância para o julgamento em questão, tendo em vista que o autos não poderiam tramitar neste Sodalício enquanto não julgado, pelo órgão colegiado competente do Tribunal *a quo*, o referido agravo interno.

Portanto, a omissão indicada é de todo procedente e deve ser, por isso, acolhida na análise ora em esboço, estando também presentes os requisitos exigidos para a concessão dos efeitos infringentes pleiteados.

Transcreve-se, por sua clareza, o seguinte trecho da ementa, que bem sintetiza (e é bem mais eloquente do que o próprio voto, registre-se) a questão da imprescindibilidade, para que se atribuam efeitos infringentes ao julgamento dos declaratórios, de que a apreciação da questão omitida revele implicações jurídicas que sejam incompatíveis com os fundamentos do julgamento embargado:

É sabido que os embargos de declaração constituem a via adequada para sanar omissões, contradições, obscuridades ou erros materiais do decisório embargado, admitida a atribuição de efeitos infringentes apenas quando esses vícios sejam de tal monta que a sua correção necessariamente infirme as premissas do julgado.

¹⁰⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 624.128, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13.11.2012, DJe 21.11.2008.

2.2.2 Necessidade de oportunização do contraditório à parte adversa

Como visto, é possível que o acolhimento dos embargos declaratórios enseje modificação substancial do provimento embargado, isto é, a decisão que lhes dá provimento exerce efeito modificativo denominado infringente, por meio do qual a parte decisória da decisão embargada é alterada.

Sucedede que o procedimento previsto pelo Código de Processo Civil para o julgamento dos embargos de declaração não contempla a possibilidade de que seja intimada a parte adversa à embargante para, querendo, apresentar contrarrazões ao recurso.¹⁰⁹

Essa circunstância não é acidental, encontrando razões que a justificam.

À diferença dos demais recursos previstos no diploma processual civil, os embargos de declaração, em princípio, exercem função de aperfeiçoamento, e não reforma, da decisão recorrida. O contraditório seria desnecessário, uma vez que, teoricamente, em razão disso, não decorreriam do julgamento do recurso prejuízos à parte adversa à embargante.¹¹⁰

Ademais, não teria a parte adversa à embargante interesse legítimo em defender um defeito da decisão judicial.¹¹¹ E, por fim, como a omissão diz respeito a uma questão previamente debatida, o adverso já teria tido a possibilidade de se manifestar a seu respeito.¹¹²

Doutrina e jurisprudência têm reconhecido, de forma praticamente unânime, face às circunstâncias expostas, que é necessária a oitiva da parte adversa, ainda que ausente previsão legal, na hipótese de atribuição de efeitos infringentes ao recurso.¹¹³ Ilustrativa a referência à circunstância de que o Projeto de Lei nº

¹⁰⁹ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, p. 123. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa, *op. cit.*, p. 556, e ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 641.

¹¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 123. No mesmo sentido, ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 641.

¹¹¹ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 641.

¹¹² *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹¹³ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi, *op. cit.*, p. 120.

8.046/2010, que visa à instituição do Novo Código Civil, contempla a positivação, em tal circunstância, desse proceder.¹¹⁴

Araken de Assis tece crítica à ausência de previsão legal de intimação da parte adversa para a apresentação de contrarrazões que não se limita à hipótese de infringência, de que ora se cuida. Entende que são insubsistentes as razões que justificariam a opção do legislador de instituir exceção ao contraditório no caso dos embargos de declaração.

A seu ver, diante dos efeitos modificativos operados pelos embargos de declaração, é totalmente errônea a ideia de que não haverá modificação do julgado.¹¹⁵ Rebate a questão da ausência de interesse legítimo da parte adversa em buscar a manutenção de decisão defeituosa com o argumento de que não é necessário o reconhecimento de tal interesse legítimo, efetivamente incorrente; basta reconhecer que ela possui interesse legítimo em defender que não há defeito embargável no provimento.¹¹⁶ Por fim, existirá sempre, ao menos, uma questão nova, a cujo respeito a parte adversa à embargante não terá se manifestado: o cabimento dos embargos de declaração.¹¹⁷

Necessária a intimação da parte adversa à embargante para apresentar, querendo, contrarrazões ao recurso, sob pena de ofensa ao contraditório, se não em todos os casos, ao menos na hipótese de infringência do julgado de que ora se trata.

¹¹⁴ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹¹⁵ ASSIS, Araken de, *op. cit.*, p. 642.

¹¹⁶ *Idem, ibidem, loc. cit.*

¹¹⁷ *Idem, ibidem, loc. cit.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Encerrado o estudo das questões que constituem o objeto da presente monografia, cabe tecer algumas considerações, a título de síntese das conclusões a que permitiu chegar. Cumpre reiterar, conquanto já explicitado na introdução, que não se pretende que tais conclusões sejam respostas aos problemas, que apresentam alta complexidade jurídica e são fonte de divergência entre respeitáveis segmentos da doutrina pátria – da mesma forma, a jurisprudência, em relação a todos eles, não pode, em absoluto, ser qualificada como pacífica.

Feita a ressalva, podemos afirmar que o estudo realizado, mediante a análise dos diversos aspectos pressupostos para a solução da indagação inicial, chega a uma conclusão a seu respeito. Começamos pela síntese das conclusões parciais, referentes aos pontos cuja solução era necessária à solução dessa indagação inicial:

A extensão do dever de fundamentação da decisão judicial deve ser aferida em vista das finalidades da existência da norma, que devem ser elencadas a partir da análise das regras e princípios constitucionais responsáveis por sua existência;

a norma que impõe o dever de fundamentação das decisões judiciais não decorre do dispositivo constante do artigo 93, IX, da Constituição da República, mas, antes, é reflexo do princípio do devido processo legal;

o princípio do devido processo legal deve ser compreendido como norma que estabelece o direito fundamental ao processo justo, o que acresce à sua concepção original, de natureza procedimental, uma dimensão substantiva. Essa dimensão substantiva diz respeito à realização dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República, de modo que a que se alcance uma decisão materialmente justa. O direito ao processo justo não apresenta um conteúdo estático, sendo, antes, um parâmetro de conformação das normas processuais à consecução das finalidades da Constituição da República;

o estudo das finalidades da regra do dever de motivação das decisões judiciais, por tudo isso, deve adotar como referência o direito fundamental ao processo justo;

o princípio do contraditório é uma ferramenta essencial à realização do direito fundamental ao processo justo. Seu conteúdo, segundo a visão moderna do direito processual civil, pautada pela ideia de processo justo, é mais amplo do que o tradicionalmente reconhecido pela doutrina;

o processo justo pressupõe um modelo de natureza colaborativa, por meio do qual se garanta às partes uma participação efetiva na formação da decisão judicial. O juiz, em razão disso, submete-se ao contraditório, instaurando-se um diálogo paritário entre o juiz e as partes;

o contraditório, assim, deixa de ser visto como direito à manifestação, e passa a consistir em um direito assegurado às partes de influenciar a formação do convencimento do magistrado, o que significa que este deve não apenas viabilizar que cheguem à sua consideração as manifestações das partes, mas deve, igualmente, dar-lhes efetiva importância, analisando-as atentamente, a fim de que a ideia de participação seja efetiva, e não uma mera abstração;

uma vez imposto ao magistrado o dever de dispensar atenção efetiva às manifestações das partes, incumbe-lhe documentar o cumprimento dessa obrigação, o que é uma das finalidades do dever de motivação das decisões judiciais;

a aferição da idoneidade da fundamentação do provimento judicial para a satisfação da norma constitucional que a impõe deve necessariamente ser realizada com base nessa referida acepção do princípio do contraditório. Em razão disso, não basta à suficiência da fundamentação da decisão judicial que se baseie exclusivamente no ponto de vista adotado pelo magistrado para resolver a lide: a fundamentação deve se reportar às questões de fato e de direito cuja análise é necessária segundo a interpretação das partes, bem como aos argumentos de que estas lançam mão para convencer o magistrado acerca da decisividade para o

juízo das referidas questões. Quando as questões e os argumentos a elas ligados forem impertinentes, segundo a visão do magistrado, para a solução do caso *sub judice*, não lhe é lícito ignorá-los na motivação da decisão, devendo, em tais casos, justificar essa impertinência. A mera circunstância de a justificação do juízo baseada apenas no *iter* lógico que o julgador entende cabível ser, em si, coerente e bastante, à luz de uma análise racional, a que se considere possível o *decisum* não basta para a sua suficiência;

a decisão cuja fundamentação passar ao largo de questões e de argumentos a elas relativos expressos pelas partes no curso do processo é insuficiente para satisfazer a norma constitucional impõe a motivação do provimento, padecendo o *decisum* de omissão;

uma vez caracterizada a omissão, o provimento judicial desafia a interposição de embargos de declaração;

configurada a existência de omissão na sentença, cumpre ao juiz, uma vez opostos os embargos de declaração, acolhê-los e sanar o defeito. No caso, por se tratar de omissão, o juiz deve proceder à análise do ponto omitido, incluindo-a na motivação da decisão. Ao assim agir o julgador, a decisão que acolhe os embargos de declaração exerce efeito modificativo sobre a decisão embargada;

uma vez reconhecida a omissão pelo julgador, é possível que o exame a cuja realização seja obrigado para corrigir o defeito resulte – em razão da sua própria interpretação dos elementos de fato e de direito que compõem a questão omitida – em consequência jurídica que se contraponha, no todo ou em parte, à sua decisão original. Em tais casos é lícito que o efeito modificativo dos embargos declaratórios implique a inversão da parte decisória do provimento. Faz-se necessária, contudo, oportunização do contraditório à parte adversa, embora não haja previsão legal explícita nesse sentido.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ÁVILA, Humberto Bergmann. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, nº 163. São Paulo: RT, 2008, pp. 50-59.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. *Revista dos Tribunais*, nº 595. São Paulo: RT, 1985.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Dos embargos de declaração. *Revista Forense*, nº 117, pp. 5-13.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão. *RePro*, nº 29.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 (Curso de Processo Civil, v. 1).

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*: Tomo VII. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Embargos, prejudgado e revista no direito processual brasileiro*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1937.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *A Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 14).

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, vol. V: arts. 476 a 565. Rio de Janeiro: Forense, 2011 (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 5).

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004 (Recursos no Processo Civil, v. 1).

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TARUFFO, Michele. Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coordenadores). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 53ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012 (Curso de Direito Processual Civil, v. 1).

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.