FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE?

Não é rara a arguição de deficiência de fundamentação em decisões judiciais. As decisões têm sido sucintas demais, os casos não têm sido bem estudados, os argumentos das partes não são apreciados e as remissões a jurisprudência são feitas sem cuidado, baseando-se o julgador apenas na ementa que nem sempre espelha o conteúdo do julgamento.

Costumo dizer, por isso, que o excesso de recursos para os tribunais superiores tem origem na impossibilidade de as partes se convencerem do acerto da decisão que, as mais das vezes, sequer apreciou os argumentos que expendeu.

Preparando caminho para a etapa recursal seguinte vêm embargos de declaração e posteriormente recurso especial. A grande maioria dos embargos é rejeitada sob o argumento de que o juiz não necessita rebater um a um os fundamentos invocados pela parte, desde que tenha encontrado motivo suficiente para fundamentar sua decisão.

E aqui chegamos ao "punctum pruriens" da questão. Fundamentação suficiente, o que é?

É o exame aprofundado das matérias arguidas pela parte na defesa de seu direito e a justificação do acolhimento ou rejeição da alegação.

Pode-se dizer fundamentada uma decisão que se limita a afirmar que "*os argumentos expendidos não são suficientes para infirmar a conclusão do v. aresto combatido que contém fundamentação adequada para lhe dar respaldo"* ou, depois de 2 parágrafos, terminar com o seguinte fundamento: *"em face do exposto, considerando as doutrinas e as jurisprudências sobre a matéria, julgo ....."* como é comum acontecer em alguns estados.

Este aspecto de não enfrentar os fundamentos das partes já foi estudado pelo Ministro JORGE SCARTEZZINI, no Superior Tribunal de Justiça, em V. Acórdão, onde ficou assentado que "*Não se ignora, porém, que o magistrado, ao motivar suas decisões, não precisa se manifestar exaustivamente sobre todos os pontos arguidos pelas partes, muitas vezes impertinentes ou irrelevantes à formação de sua convicção, admitindo-se, portanto, a fundamentação "sucinta", desde que suficiente à segura resolução da lide.* ***Contudo, diante da existência de argumentos diversos e capazes, cada qual, de imprimir determinada solução à demanda, não há que se considerar suficiente a motivação que, assentada em um deles, silencie acerca dos demais, reputando-os automaticamente excluídos.*** *Ora, em casos que tais,* ***em contraposição do direito das partes a uma prestação jurisdicional satisfatória, encontra-se o dever do julgador de explicitar as razões utilizadas para determinar a prevalência de um argumento em detrimento de outros"*** (destaque nossos) (Resp nº 432.185, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 03.03.05).

Há um acórdão do Supremo Tribunal Federal do Ministro Menezes Direito, de saudosa memória, que tenho citado insistentemente em vários recursos, tal a importância da lição nele contida. Disse S. Exa. que *" A garantia constitucional estatuída no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, segundo a qual todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa.* ***2. A decisão judicial não é um ato autoritário, um ato que nasce do arbítrio do julgador, daí a necessidade da sua apropriada fundamentação.*** *3. A lavratura do acórdão dá conseqüência à garantia constitucional da motivação dos julgados 4. Recurso extraordinário conhecido e provido"*. Esta decisão foi adotada no julgamento do recurso extraordinário RE 540995 / RJ - julgado em 19/02/2008 publicado 02-05-2008 ement vol-02317-05 pp-01100.

Desse mesmo julgado, é a explicação da razão da exigência da motivação ou fundamentação, nos termos seguintes: *Como se sabe, a regra do convencimento dá ao julgador a prerrogativa de valor os elementos de prova a partir*

de sua própria inteligência e sensibilidade, sem estar vinculado a uma hierarquia, a uma escala atribuída por lei aos meios de prova ou às provas em concreto. Paralelamente, a ampla independência funcional do Juiz permite que ele decida sem influência nem imposição de outras pessoas ou órgãos mesmo daqueles de hierarquia superior. Considerando, pois, a extensão da liberdade e da autonomia conferida ao Magistrado é que se apresenta a exigência de motivação. Assim, a garantia constitucional é exigência inerente ao Estado Democrático de Direito e, por outro, é instrumento para viabilizar o controle das decisões judiciais e assegurar o exercício do direito de defesa".

Já mais antiga, mas não menos atual, uma decisão do Ministro Marco Aurélio cuja ementa registra que: "*As partes têm o direito da entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e inteligente possível, conduzindo ao convencimento sobre o acerto do que decidido. Isso não ocorre quando o provimento judicial exsurge ambíguo, considerado, até mesmo, resíduo de condenação, deixando o órgão julgador de afastar a obscuridade e as omissões quanto aos temas constitucionais versados no recurso."* (RE 199424, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/12/1997, DJ 03-04-1998 PP-00015 EMENT VOL-01905-06 PP-01199).

Em face do momento atual, os tribunais deveriam "ligar" a percepção crítica para dar um basta nessa simplificação exagerada. Não apreciou os argumentos das partes, decide de novo.

Mas não é só aí que não existe fundamentação na grande parte das decisões judiciais de hoje.

Uma outra desgraça nas decisões judiciais é o tal recorta e cola. Já cheguei a ver sentenças nas quais os magistrados sequer trocaram o nome das partes. Tais decisões, meros estereótipos, não são fundamentadas, porque há necessidade de que a motivação diga respeito ao fundamento que foi exposto na causa que está sendo julgada. Um desses casos chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Naquela época, não tão distante assim, no julgamento do Recurso Extraordinário 217.631/GO, relatado pelo eminente Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, anulando a decisão lá recorrida, ficou assentado, com toda razão, que ***"não serve à motivação de uma decisão judicial afirmações que, a rigor, se prestariam a justificar qualquer outra"***.

Também neste ponto, os tribunais, sobretudo os tribunais superiores deveriam acordar para a questão. Decisão que não tem adequação ao caso é nula, volta o processo para o magistrado aprender seu ofício.

Outra mazela: citar "jurisprudências" sobre a questão, sem ao menos verificar o cabimento desta no caso que está sendo apreciado. Da mesma forma que ao advogado incumbe demonstrar a semelhança entre sua questão e aquela na qual foi proferida a decisão que deve prevalecer, não se deve abster o magistrado de identificar as questões.

Isto de fundamentar-se exclusivamente em outros julgados virou mania; sobretudo do Superior Tribunal de Justiça.

Na maioria dos casos, citam-se apenas ementas de outros julgamentos que não são elaboradas com o devido cuidado e, algumas vezes tem sentido totalmente contrário ao do voto do relator. Vale abrir um parêntesis para exemplificar.

Tratava-se de uma caso em que a parte sustentava que as astreintes não podiam ser executadas senão depois do trânsito em julgado da decisão que as fixou (Ag.Reg. no Resp. 1.153.033). O voto do relator, cujo nome omitimos, tem o seguinte teor:

> **RELATÓRIO**
> **O EXMO. SR. MINISTRO (Relator):**
> 1.- ENGEVOX TELECOMUNICACOES LTDA. interpõe Agravo Regimental contra decisão (e-STJ fls. 181/184) que negou seguimento a Recurso Especial, sob o fundamento de que a multa diária fixada em caso de descumprimento de decisão que concede tutela antecipada **só é exigível após o trânsito em julgado da sentença que confirmar as astreintes.**

2.- **<u>Sustenta que a multa fixada é exigível independentemente do trânsito em julgado da demanda.</u>**

É o relatório.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.153.033 - MG (2009/0159045-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO (Relator):

3.- Não obstante as alegações, **<u>o recurso não merece provimento</u>**, mantendo-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos (e-STJ fls. 181/184):

5.- No caso dos autos, a execução foi embasada em decisão que concedeu a tutela antecipada e determinou que a ré se abstivesse de inscrever o nome da autora em cadastros de devedores, sob pena de pagamento de multa diária de R$ 500,00 (fls. e-STJ 49).

6.- Esta Corte proclamou que, fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito dentro do prazo estipulado, passam a incidir de imediato as astreintes.

Confira-se nossa jurisprudência sobre o tema:

FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INTERRUPÇÃO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. RELIGAMENTO. DESCUMPRIMENTO. ASTREINTES. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.

I - Trata-se de recurso especial interposto contra o acórdão que manteve decisão interlocutória que determina a imediata execução de multa diária pelo descumprimento da ordem Judicial.

*II - Considerando-se que a "(...) função das astreintes é vencer a obstinação do devedor ao cumprimento da obrigação de fazer ou de não fazer, incidindo a partir da ciência do obrigado e da sua recalcitrância" (REsp nº 699.495/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 05.09.05), **<u>é possível sua execução de imediato, sem que tal se configure infringência ao artigo 475-N, do então vigente Código de Processo Civil.</u>***

III - "Há um título executivo judicial que não se insere no rol do CPC 475-N mas que pode dar ensejo à execução provisória (CPC 475-O). É a denominada decisão ou sentença liminar extraída dos processos em que se permite a antecipação da tutela jurisdicional, dos processos cautelares, ou das ações constitucionais" (CPC comentado, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, Editora Revista dos Tribunais, 9ª ed, pág. 654).

IV - A hipótese em tela se coaduna com o que disposto no artigo 461, § 4º, do CPC, tendo em vista o pleno controle da recorrente sobre a execução da ordem judicial."

(REsp 885.737/SE, Primeira Turma, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 12.4.07);

PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXECUÇÃO ART. 461 DO CPC. MULTA DIÁRIA (ASTREINTES). MOMENTO DE INCIDÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. NECESSIDADE. SÚMULAS 282 E 356/STF.

- Na tutela das obrigações de fazer e de não fazer do art. 461 do CPC, concedeu-se ao juiz a faculdade de exarar decisões de eficácia auto-executiva, caracterizadas por um procedimento híbrido no qual o juiz, prescindindo da instauração do processo de execução e formação de nova relação jurídico-processual, exercita, em processo único, as funções cognitiva e executiva, dizendo o direito e satisfazendo o autor no plano dos fatos.

- Fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461, e não cumprido o preceito dentro do prazo estipulado, passam a incidir de imediato e nos próprios autos as astreintes.

- Para que seja suscetível de análise em sede de recurso especial, a ofensa a artigo de lei deve ter sido objeto de apreciação pelo Tribunal a quo. Incidência das Súmulas 282 e 356 do C. STF. Recurso especial não conhecido.

(REsp 663.774/PR, Rel.ª Min.ª NANCY ANDRIGUI, DJ 20.11.06).

*7.- **<u>Contudo, é pacífica a jurisprudência nesta Corte no sentido de que a multa prevista no § 4.° do art. 461 do CPC só é exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão)</u>** que confirmar a fixação da multa diária, que será devida, todavia, desde o dia em que se houver configurado o descumprimento (Ag 703.604/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ 14.10.05; REsp 141.782/MG, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ 2.5.05; REsp 298.067/SP, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJ 13.5.02; REsp 246.701/SP, Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI, DJ 16.10.00; REsp 110.344/RJ, Rel. Min. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Rel. p/ Acórdão Ministro WALDEMAR ZVEITER, DJ 14.8.00; REsp 123.645/BA, Rel. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 18.12.98).*

Dessa forma, tendo o Acórdão recorrido decidido em consonância com o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, incide, ao caso, a Súmula 83 desta Corte.
8.- Ante o exposto, nega-se seguimento ao Recurso Especial.
4.- Pelo exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental.

Se a recorrente sustenta que as astreintes só são exigíveis depois do trânsito em julgado e o relator negou provimento ao recurso é porque entendeu que a referida pena poderia ser exigida a qualquer momento antes do trânsito em julgado. No entanto, observe-se o que ficou assentado na ementa:

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TUTELA ANTECIPADA - DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO - MULTA DIÁRIA - EXIGIBILIDADE - TRÂNSITO EM JULGADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.
I. ***Esta Corte proclamou que, fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461 do CPC só será exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da referida multa****, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.*
II. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
Agravo Regimental improvido.
(AgRg no REsp 1153033/MG, Rel. Ministro, julgado em 15/04/2010, DJe 07/05/2010)

Afinal, o que entendeu o relator? Poder-se-ia tentar recorrer aos dois julgados cujas ementas foram transcritas no voto para decifrar o entendimento. Porém, no que toca a matéria, os dois são divergentes. Como se vê dos tópicos realçados em negrito, uma sustenta que sua execução é imediata e outro que só será exigível e portanto exequível depois do trânsito em julgado.

Sem querer defender o relator (que sempre foi excelente juiz e tem vasta folha de excelentes serviços prestados a magistratura) o que provavelmente aconteceu foi que o julgamento foi desviado do ponto central, que era a exigibilidade, para um ponto secundário (não mencionado no relatório) que era o termo inicial da contagem da multa. Não se conhece, porém, o entendimento do relator sobre o ponto principal. Vale acrescentar que o acórdão transitou em julgado.

Aqui ilustramos o que dissemos no início deste trabalho e agora comentamos – o vício de fundamentar a decisão apenas em ementas de outros julgados. Essa ementa (que nada tem a ver com o voto) foi citada em outro

acórdão e virou jurisprudência defensiva da matéria. Verifique-se a ementa desse julgado sobretudo no tópico que realçamos:

> LOCAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA DIÁRIA. ASTREINTE. ART. 461, § 4.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IMPOSIÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL. NATUREZA COERCITIVA. COMINAÇÃO CONCOMITANTE COM A MULTA PREVISTA NO ART. 921, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NATUREZA POSSESSÓRIA. POSSIBILIDADE. EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. QUANDO CONFIGURADO O DESCUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL OU AO FINAL DO PROCESSO. VALOR DA MULTA DIÁRIA. RAZOÁVEL.
> NÃO DEVE PROPORCIONAR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DA OUTRA PARTE.
> 1. A multa imposta com base no art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil tem natureza coercitiva e visa compelir o devedor a cumprir determinação judicial, possuindo natureza distinta da multa prevista no art. 921, inciso II, do Código de Processo Civil, que tem cunho sancionatório, aplicável na hipótese de nova turbação à posse; possuindo, inclusive, fatos geradores distintos. Enquanto a multa do art. 461, § 4.º, do Código de Processo Civil, decorre do não cumprimento da decisão judicial, a do art. 921, inciso II, origina-se de novo ato do Réu, atentando contra a posse do Autor.
> 2. As astreintes são devidas desde o momento em que ocorre o descumprimento da determinação judicial do cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer; **sendo exigível, contudo, apenas depois do trânsito em julgado da sentença, tenha sido a multa fixada antecipadamente ou na própria sentença, consoante os §§ 3.º e 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil.**
> 3. A coercibilidade da multa diária, prevista no art. 461, § 4.º, do Diploma Processual, reside justamente na possibilidade de cobrança futura, de modo a vencer a obstinação do devedor. Desse modo, quando maior a recalcitrância do devedor, maior será o valor da multa devido pelo devedor em razão do não cumprimento da determinação judicial; a qual será devida a partir da ciência até o cumprimento do ordem.
> 4. No caso concreto, a sentença deixou de prever a aplicação da multa, a qual foi restabelecida pelo acórdão. Todavia, é inequívoco que até a sentença o Réu mostrou recalcitrância no cumprimento da ordem, razão pela qual é devida a multa diária desde a intimação das decisões de fls. 41 e 91 até a prolatação da sentença.
> 5. Recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 903226/SC, julgado em 18/11/2010, DJe 06/12/2010)

Eis o trecho do voto do relator onde é feita a citação do acórdão:

> .....
> E este Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que as *astreintes* são devidas desde o momento em que ocorre o descumprimento da determinação judicial do cumprimento da obrigação de fazer ou não-fazer; sendo exigível, contudo, apenas depois do trânsito em julgado da sentença, tenha sido a multa fixada antecipadamente ou na própria sentença, consoante os §§ 3.º e 4.º do art. 461 do Código de Processo Civil.
> Por oportuno, confiram-se os seguintes julgados:
> *"PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ASTREINTES. EXIGIBILIDADE. PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. TRÂNSITO EM JULGADO.*
> *1. Coercibilidade das astreintes fixadas em antecipação de tutela reside na possibilidade de sua cobrança futura que, só se dará com o trânsito em julgado da sentença de procedência da demanda.*
> *2. Incidência a contar do dia do descumprimento da ordem judicial.*
> *3. Agravo regimental provido."* (AgRg nos EDcl no REsp 871.165/RS, 3.ª Turma, Rel. Ministro ..... , Dje de 15/09/2010.)

> *"AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TUTELA ANTECIPADA - DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO - MULTA DIÁRIA - EXIGIBILIDADE - TRÂNSITO EM JULGADO - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.*
> *I. Esta Corte proclamou que, fixada multa diária antecipadamente ou na sentença, consoante o § 3º e 4º do art. 461 do CPC só será exigível após o trânsito em julgado da sentença (ou acórdão) que confirmar a fixação da referida multa, sendo devida, todavia, desde o dia em que se deu o descumprimento.*
> *II. A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.*
> *Agravo Regimental improvido."* (AgRg no REsp 1153033/MG, 3.ª Turma, Rel. Ministro ....., DJe de 07/05/2010.)
> Não se olvida, todavia, a existência de divergência jurisprudencial sobre o tema no âmbito desta Corte Superior, consistente no entendimento de que a multa diária, calcada no art. 461, §§ 3.º e 4.º, do Diploma Processual é exigível a partir do termo final do prazo concedido pelo magistrado para o cumprimento da obrigação, podendo ser executada provisoriamente, desde que não haja recurso recebido com efeito suspensivo pendente de análise.

O caso acima vale como exemplo, mas existem uma centena de outros casos semelhantes, além do que algumas ementas são verdadeiramente ininteligíveis.

Fechamos parêntesis.

A única esperança da parte em face da falibilidade dos tribunais estaduais e do próprio maior colegiado civil era o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal por violação ao artigo 93, IX, da Carta da República. Buscava-se a correção da decisão não fundamentada em qualquer uma das formas que pode revestir omissão; inadequação da decisão ao caso concreto (estereotipada); contradição ou obscuridade.

Digo <u>era</u> porque, ainda que reconhecendo repercussão geral na matéria, o tribunal firmou, no regime do artigo 543-B, do Código de Processo Civil, o entendimento de que a decisão precisa ser fundamentada, mas assim se entende aquela que seja sucinta e não analise todos os fundamentos suscitados pela parte (Repercussão Geral na Questão de Ordem no AI 791.292 de Pernambuco), tornando natimorto qualquer recurso extraordinário contra decisão nessas condições tenha processamento.

É bem verdade que a regra jurisprudencial firmada (art. 543-B, CPC) tem a brecha de possibilitar a análise dos defeitos efetivos das

decisões, porém, dificilmente a Corte irá pronunciar a nulidade de qualquer decisão porque ou o processo não subirá ou não apreciará o processo para saber se há ou não omissão e se esta é importante.

A questão é esta. Infelizmente, grande parte das decisões não tem fundamentação suficiente, não convencem as partes e não fazem justiça e a situação parece que vai perdurar por muito tempo.

São Paulo, agosto de 2.011.