

A SEGURANÇA JURÍDICA E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

Angélica Giosa Candido¹

Suelen Maiara dos Santos Alecio²

Guilherme Kravutschke Gomes de Angelo³

Carlos Augusto da Silva Camargo⁴

Amanda Florentino Costa⁵

Bruno de Carli Faccin⁶

Mariana Ribeiro Andrade Vaz⁷

CANDIDO, A. G.; ALECIO, S. M. dos S.; ANGELO, G. K. G. de.; CAMARGO, C. A. da S.; COSTA, A. F.; FACCIN, B. de C.; VAZ, M. R. A. A segurança jurídica e o dever de motivação das decisões. *Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR*. Umarama. v. 22, n. 1, p. 49-80, jan./jun. 2019.

RESUMO: O presente artigo trata do dever de motivação das decisões judiciais na realização do Estado de Direito como mecanismo de proteção de direitos fundamentais e da segurança jurídica. Busca demonstrar que a motivação das decisões judiciais é fundamental ao controle da atividade jurisdicional, reduzindo o arbítrio e o subjetivismo a que todo exercício de poder está sujeito. Para que se construa a compreensão de segurança jurídica, verifica-se que apenas decisões motivadas, especialmente tendo em vista a atual legislação processual civil, são aptas a gerar tal pretensão. Ademais, tem como proposta, justamente, a reflexão sobre a preocupação do processo como mecanismo de tutela, também das partes, mas, especialmente, dos titulares a direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito; garantias fundamentais; segurança jurídica; motivação das decisões.

LEGAL SECURITY AND THE DUTY TO MOTIVATE DECISIONS

ABSTRACT: This article addresses the duty to motivate judicial decisions in the realization of the Rule of Law as a mechanism to protect fundamental rights and

DOI: 10.25110/rcjs.v22i1.2019.7862

¹Docente - Unipar – Universidade Paranaense.

²Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

³Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

⁴Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

⁵Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

⁶Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

⁷Unipar – Universidade Paranaense – Graduação em Direito

legal security. It seeks to demonstrate that the motivation of judicial decisions is fundamental to the control of jurisdictional activity, reducing the arbitration and subjectivism to which every exercise of power is subject. In order to build an understanding of legal security, it is found that only motivated decisions - especially in view of the current civil procedural legislation - are capable of generating such a claim. Moreover, this study proposes to reflect on the concern of the procedure as a mechanism of protection, also for the parties, but especially for the holders of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Democratic state; fundamental guarantees; legal security; motivation of decisions.

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL DEBER DE MOTIVACIONES DE LAS DECISIONES

RESUMEN: Este artículo aborda el deber de motivaciones de las decisiones judiciales en la realización del Estado de Derecho como mecanismo de protección de derechos fundamentales y de la seguridad jurídica. Busca demostrar que la motivación de las decisiones judiciales es fundamental para el control de la actividad jurisdiccional, reduciendo el arbitrio y el subjetivismo a que está sujeto todo ejercicio de poder. Con el fin de construir una comprensión de la seguridad jurídica, se encuentra que solo las decisiones motivadas, especialmente en vista de la legislación procesal civil actual, son capaces de generar tal pretensión. Además, su propuesta es precisamente reflexionar sobre la preocupación del proceso como mecanismo de protección, también de las partes, pero, especialmente de los titulares a derechos y garantías fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Estado Democrático de Derecho; garantías fundamentales; seguridad jurídica; motivación de las decisiones.

1 INTRODUÇÃO

O dever de motivação é pressuposto do Estado de Direito, constituindo um necessário instrumento de controle da atividade jurisdiccional. É por meio desta atividade que o Estado-Juiz presta contas do exercício do poder jurisdiccional, demonstrando às partes envolvidas no processo, bem como, à sociedade de modo geral, que aquela era a decisão correta a ser tomada, pois congruente com os fatos que foram narrados pelas partes e com o Direito produzido democraticamente, em especial, em um Estado Constitucional, um Direito que tem por objetivo a proteção dos direitos fundamentais.

O dever de motivação é, também, fundamental à promoção da segurança jurídica. O modo como o direito é interpretado, compreendido, especialmente

a partir da postura da nova legislação processual voltada em trazer para seu texto o centro da tutela constitucional, no sentido de um devido processo legal. Daí pensar no dever de motivação em consenso com a garantia do devido processo legal, enquanto instrumento precípua de controle e legitimação da atividade jurisdicional.

E, se o processo é instrumento pelo qual se garante a defesa dos direitos, a sustentação das razões do indivíduo e a produção de provas, pode-se afirmar que a garantia real do acesso à justiça e o devido processo legal são princípios basilares de um Estado Democrático de Direito.

2 PERFIL DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Da análise da exposição de motivos do anteprojeto do Novo Código de Processo Civil se verifica que o legislador infraconstitucional buscou resolver problemas que acreditava existir na legislação processual, como a complexidade do sistema recursal anterior e do próprio sistema processual civil como um todo, principalmente com vistas a um processo mais célere, mais justo, menos complexo, além de mais compatível com as necessidades sociais.

Os trabalhos da Comissão do anteprojeto se orientaram por cinco objetivos:

- 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal;
- 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa;
- 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal;
- 4) dar todo rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado;
- 5) imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhes, assim, mais coesão.

Desse modo, segundo a exposição de motivos, o Novo Código de Processo Civil poderia propiciar uma melhora decisiva no acesso à Justiça, com a redução da duração do processo (duração razoável do processo com valor principiológico já inserido no primeiro Capítulo do dispositivo), diminuição de seu custo e de sua formalidade.

Sobre a confiança da doutrina no Novo Código de Processo Civil, esclarece Araújo (2016, p. 245-246):

São grandes as esperanças depositadas nesse diploma, que representa um Código bem estruturado e com dispositivos

que incorporam soluções trabalhadas pela doutrina e pela jurisprudência. Como toda produção humana. O Novo Código de Processo Civil não é perfeito. Todavia, seu maior mérito está em reconhecer a importância principiológica, bem como na previsão de conceitos indeterminados que permitem que o juiz possa preencher o conteúdo valorativo, o que confere adequação do texto ao tempo e ao espaço, sem a necessidade de reformas constantes da lei processual. O reconhecimento da boa-fé processual é de magna importância, pelo seu papel de *integração, integração e correção* no processo civil.

Ainda segundo a exposição de motivos, o novo CPC cumpriria o primeiro objetivo em razão da inclusão expressa em seu texto de princípios constitucionais, na sua versão processual. O legislador infraconstitucional traz o Texto Constitucional de maneira expressa nos dispositivos.

Nessa linha se situaria a obrigatoriedade de observância do princípio do contraditório mesmo quando se tratar de matéria de ordem pública ou quando houver pedido de descon sideração de pessoa jurídica (na modalidade de descon sideração direta ou inversa); a obrigatoriedade do princípio da publicidade das decisões mediante a publicação da data de julgamento de todos os recursos previamente; bem como a criação do incidente de julgamento conjunto de demandas repetitivas, com vistas a satisfazer o princípio da razoável duração do processo.

No que toca as decisões judiciais, verifica-se uma preocupação do legislador quanto a sua padronização, mediante a necessidade de observância da jurisprudência do STF e dos Tribunais Superiores pelos Juízes e Tribunais inferiores; a necessidade de que o entendimento sedimentado destes Tribunais só seja modificado se houver fundamentação adequada e específica; bem como a possibilidade de haver modulação dos efeitos das alterações (segurança jurídica e preservação aos direitos fundamentais).

Desse modo, e apesar do princípio do livre convencimento motivado ser garantia de julgamentos independentes e justos - a dispersão da jurisprudência produz intranquilidade social e descrédito do Poder Judiciário, a exposição de motivos defende a necessidade de estabilizar e uniformizar a jurisprudência, sublinhando que haverá uma tendência à diminuição do número de recursos com uma jurisprudência mais uniforme e estável.

Daí a proposta de um novo regime de julgamento de recursos repetitivos, que permitiria agora a suspensão de ações no juízo de primeiro grau, bem como a suspensão dos demais recursos extraordinários e especiais. E, com os mesmos objetivos teria sido criado o incidente de resolução de demandas repetitivas.

O segundo objetivo seria cumprido pela possibilidade de que as partes venham a por fim ao processo pela via da mediação ou da conciliação, assim, o processo não serviria apenas as partes, mas seria ainda, instrumento incluído no contexto social, onde se produzirá o seu resultado.

Nessa linha, tem-se a previsão da presença do *amicus curiae* ainda em primeira instância, bem como a possibilidade dos Tribunais Superiores apreciarem o mérito de recursos que veiculam questões relevantes ainda que não estejam preenchidos requisitos de admissibilidade menos importantes.

Em relação ao terceiro objetivo (de simplificação), a exposição de motivos menciona que o réu poderá passar a formular pedido independentemente de reconvenção; que foram extintos muitos incidentes (como a exceção de incompetência relativa, a impugnação ao valor da causa e à assistência judiciária gratuita), devendo a matéria ser alegada em preliminar de contestação; que foram extintas a ação declaratória incidental, a declaratória incidental de falsidade de documentos e o incidente de exibição de documentos.

Menciona também que o chamamento ao processo e a denúncia a lide foram fundidos e que muitos procedimentos especiais foram extintos. Afirma que se extinguíram as cautelares nominadas, mantendo-se, todavia, os requisitos para a concessão de providências cautelares.

O Novo Código de Processo Civil deixa de ter o livro das Ações Cautelares, passando o novo código a fazer distinção entre a tutela de urgência e a tutela de evidência, permitindo-se a antecipação de tutela, antes ou no curso do procedimento em que se pleiteia a providência principal, em ambos os casos. Não tendo havido resistência à liminar concedida, após a sua efetivação, o juiz poderia extinguir o processo, conservando-se a eficácia da medida.

Assevera Araújo (2016, p. 246):

(...) A simplificação da tutela de urgência é bem-vinda, aliada à ponderação e à prudência do juiz em sua análise. Por esse motivo, o novo Código prevê a necessidade de decisões *adequadamente fundamentadas* (art. 489, § 1º). Com a extinção das medidas cautelares típicas, antes previstas no Livro III do CPC/1973 perderam-se a tipicidade e a necessidade de obediência aos requisitos formais até então exigidos para sua concessão. O maior poder do juiz exige prudência em sua aplicação e decisão *adequadamente fundamentada* como mecanismo de controle (*check and balances*).

A exposição de motivos menciona também que há unificação de prazos recursais em 15 dias, a exceção dos embargos de declaração. O recurso de

apelação, apesar de interposto em 1º grau de jurisdição, deixa de ter juízo de admissibilidade nessa instância, que passa a ser realizado pelo 2º grau de jurisdição. Eliminam-se o agravo retido e dos embargos infringentes, sem, com isso, restringir o direito de defesa, sendo que em caso de inadmissão de recurso pelo fato do Tribunal se entender incompetente, o processo não poderá ser extinto sem julgamento de mérito, mas deverá ser remetido os autos ao tribunal competente.

No que tange ao quarto objetivo, a exposição de motivos afirma que o novo sistema permite que cada processo tenha o maior rendimento possível, pois se estendeu a autoridade da coisa julgada às questões prejudiciais; a possibilidade jurídica do pedido deixou de ser condição da ação; as partes poderão modificar o pedido e causa de pedir, desde que não haja ofensa ao contraditório, até a sentença; e o juiz passa a ter o poder de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa.

Por fim, quanto ao quinto objetivo, a exposição de motivos esclarece que a comissão trabalhou sempre tendo como objetivo genérico imprimir organicidade às regras do processo civil brasileiro, dando maior coesão ao sistema. Por isso, o Novo Código de Processo Civil contaria com uma Parte Geral (Livro I), na qual são mencionados princípios constitucionais de especial importância para o processo civil, bem como regras gerais que dizem respeito aos demais Livros, ou seja, a Parte Geral contém regras e princípios sobre o funcionamento do sistema.

No que toca ao aspecto principiológico do atual Código, cabe menção aos aspectos de lealdade e boa-fé apresentado pelo Prof. Celso Hiroshi Iocohama (2006, p. 45), em sua obra “Litigância de má-fé e lealdade processual”:

(...) a expressão *lealdade* (...) se confundirá com a *boa-fé objetiva*, pois que ser leal significa estar de acordo com determinados padrões de conduta que independem da concepção particular do sujeito. Isto quer dizer que ninguém é honesto somente porque acredita sê-lo. É preciso que tal concepção se projete na visão social e, diante dela, sejam observados os elementos existentes para o preenchimento do *modelo padrão* de honestidade/lealdade. Logo, a boa-fé subjetiva não pode ser confundida com a noção de lealdade, pois, se há importância para o estudo da primeira e sua conotação jurídica, a lealdade vista do ângulo exclusivo do sujeito para o qual é atrelada não tem qualquer relevância.”

No Livro II estariam previstos o processo de conhecimento, incluindo o cumprimento de sentença, e procedimentos especiais, contenciosos ou não.

O Livro III trataria do Processo de Execução. E o Livro IV disciplinaria os processos nos Tribunais; os meios de impugnação das decisões judiciais; e as disposições finais e transitórias.

A exposição de motivos menciona ainda que a extinção do processo, com ou sem julgamento de mérito, por indeferimento da inicial, teria sido organizada; que houve unificação do critério que leva à prevenção (no caso, o despacho que ordena a citação); que a ação considera-se proposta assim que protocolada.

Em relação às cautelares, a exposição explica que apesar de ter desaparecido o Livro do Processo Cautelar e as cautelares em espécie, algumas medidas que não tinham natureza cautelar foram realocadas junto aos procedimentos especiais.

A exposição esclarece também que as hipóteses de cabimento da ação rescisória e da ação anulatória foram clarificadas.

Por fim, a exposição de motivos afirma que institutos processuais como o litisconsórcio (em que houve nítida separação entre o necessário e o unitário) e a convenção de arbitragem (que abrange tanto a cláusula arbitral, quanto o compromisso arbitral) foram aprimorados.

A Comissão finaliza a exposição de motivos com texto que também é de extrema importância para situar os objetivos visados pelo anteprojeto de Novo Código de Processo Civil e principalmente para identificar as promessas de um novo sistema processual civil baseado na Constituição Federal: principiológico, célere, justo e voltado para a concretização de direitos fundamentais. Confira-se o trecho final da exposição:

O Novo CPC é fruto de reflexões da Comissão que o elaborou, que culminaram em escolhas racionais de caminhos considerados adequados, à luz dos cinco critérios acima referidos, à obtenção de uma sentença que resolva o conflito, com respeito aos direitos fundamentais e no menor tempo possível, realizando o interesse público da atuação da lei material. (www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf, acesso em 05/08/2017)

Em suma, para a elaboração do Novo Código de Processo Civil, identificaram-se os avanços incorporados ao sistema processual preexistente, que deveriam ser conservados. Estes foram organizados e deram alguns passos à frente, para deixar expressa a adequação das novas regras à Constituição Federal da República, com um sistema mais coeso, mais ágil e capaz de gerar um processo civil mais célere e justo, bem como eficiente e que respeite os direitos fundamentais no sentido de preservar a segurança jurídica.

3 PROCESSO E CONSTITUIÇÃO

A importância do procedimento para o Direito é enfatizada pela doutrina “pura” de Kelsen, quando propõe o estudo não só a estática jurídica, cujo objetivo são as normas, mas também da teoria dinâmica ocupada com a conduta regulada por essas normas, responsável pelo processo de aplicação e concomitante (auto) produção do Direito.

Entre os anos 60 e 70 houve uma preocupação em repensar a origem constitucional dos institutos básicos do direito processual, bem como, a conexão do processo com a Constituição.

Portanto, a história vem caminhando para a preocupação de se pensar o processo a partir da Constituição, ao passo que o atual Código de Processo Civil tem sua estrutura a partir dos direitos fundamentais para composição do processo justo, e, ainda, deve ser interpretado a partir da Constituição para tutela de direitos (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 91-92).

Citando J. J. Gomes Canotilho (2002, p. 935-936):

(...) a previsão de procedimentos constitucionais *a priori* tendentes a evitar a tomada de decisões inconstitucionais, ilegais ou injustas, cumpre uma exigência fundamental do princípio do Estado de direito: a ideia de garantia através de um “procedimento devido” ou “ajustado. (...) Se quisermos resumir todas ideias, dir-se-ia que o estudo das estruturas de procedimento e de processo constitucionais corresponde ao interesse destas estruturas como categorias jurídicas gerais (plano teórico-jurídico), como elementos de legitimação (plano teórico-político) e como dimensões necessárias do princípio do Estado de direito e do princípio democrático (plano jurídico-constitucional).

Assim, o Estado Constitucional tem o dever de tutelar de forma efetiva os direitos e, neste estado, o processo, que tutela tais direitos por meio do Estado-juiz, o faz em sua dimensão constitucional. “Este é o objetivo central do Estado Constitucional” (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 91-92).

Importante ressaltar, que no momento político conhecido como Estado Liberal, onde não se via a intervenção do Estado na esfera dos particulares e reinava uma igualdade formal, acreditou-se que o direito material poderia ser pensado em uma dimensão autônoma em relação ao processo.

Assim, o processo, como mero instrumento, não deveria se preocupar com o direito material, buscando este “autonomia”. Nesse contexto o processo e o direito material se distanciaram, vivenciando a fase tecnicista do processo,

conforme esclarece o Prof. Guerra Filho (2007, p. 07):

Já não basta mais ver em uma constituição o instrumento de defesa dos membros de uma sociedade política individualmente, diante do poder estatal, ao conferir àqueles direitos fundamentais e organizar esse poder impondo-lhe o respeito a uma delimitação legal de áreas distintas de atuação, na forma de uma tripartição de funções.

Porém, novo momento político se fez presente, onde a reaproximação entre direito e processo se implantou como ideal. Instalou-se a necessidade de uma visão instrumentalista do processo, que além de instrumento necessitava ser trabalhado como instrumento ético, como esclarece Ada Pellegrini Grinover (2001):

(...) registra que o processo deve ser informado por princípios éticos. A relação jurídica processual, estabelecida entre as partes e o juiz, rege-se por normas jurídicas e normas de conduta. De há muito, o processo deixou de ser visto como instrumento meramente técnico, para assumir a dimensão de instrumento ético voltado a pacificar com justiça.

Esse novo paradigma se apresentou com a adoção da Constituição Federal, onde um novo Estado Democrático de Direito se impôs, erigindo muitos princípios processuais a categoria de constitucionais.

Valores éticos foram expressos na Carta Magna, bem como inúmeros direitos, considerando como inspiração “a dignidade da pessoa humana – art. 1º, inciso III”. Num processo a atividade das partes objetiva alcançar a vitória, porém numa dimensão de cooperação com o órgão judiciário, onde a conduta das mesmas seja capaz de gerar um provimento jurisdicional mais próximo possível da verdade, aproximando-se ao máximo da certeza, adquirindo um alto grau de probabilidade. Assim, toda estrutura de organização e poder de um Estado é orientada pelos valores constitucionais estabelecidos.

Isso justifica a adoção pelo Código de Processo Civil brasileiro de normas que objetivam inibir ou sancionar o abuso do processo, impondo uma conduta irrepreensível às partes e seus procuradores. Ou ainda, a adoção de diversas normas que consigam alterar o enfoque de normas adotadas sob a égide de um estado liberal clássico para um Estado Democrático de Direito que interfere na esfera dos particulares, observando uma igualdade substancial e implementando políticas públicas no sentido de realizar o Estado Democrático de Direito ou o bem comum.

O Estado apresentado pela CF/88 exige uma estruturação capaz de garantir de forma adequada e efetiva inviolabilidade de direitos materiais e imateriais.

O novo Estado de Direito, compreendeu que direito material e processo se encontram numa relação de integração. As necessidades do direito material ou os resultados jurídicos substanciais equivalem a tutelas de direitos.

Conforme artigo 5º, parágrafo 1º, da CF/88, brasileiros e estrangeiros residentes no país tem direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. Isso vincula imediatamente o Poder Público, ou, o legislador que passa a ser obrigado a traçar técnicas processuais adequada às tutelas de direitos; ou o juiz que passa a ter o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva.

Necessariamente essa mudança de paradigma exige mudança de mentalidade.

Importante o pensar de Canotilho (2002, p. 936) no sentido de que “a ideia de procedimento no direito constitucional não é um fenômeno novo”, (...) “o que há, porém, de especificamente novo, na moderna teoria do procedimento, é a acentuação da imprescindibilidade, no direito constitucional e na teoria da Constituição, de uma adequada dimensão procedimental.”

Naquele momento o autor já dizia sobre pensar o processo a partir da Constituição e na democratização do exercício do poder, daí a importância das discussões que seguem.

3.1 Princípios Processuais na Constituição

O atual Estado de Direito (Estado sob o regime de Direito – Século XIX em oposição ao Estado sob o regime de Polícia – Século XVII), no qual é visível o desenvolvimento jurídico em que se encontram os direitos fundamentais, os quais se representam como elementos definidores e legitimadores de todo o ordenamento jurídico positivo é o Estado de Direito democrático e constitucional, Estado de Direitos Fundamentais.

Assim, cabe à Constituição estabelecer os fundamentos mínimos da estrutura básica da sociedade, criando, inclusive, condições jurídicas diferenciadas de promoção dos direitos daqueles que merecem proteção especial, posto a supercomplexidade da sociedade (CAMBI, 2011, p. 27).

Na proposta de preocupação com tais diferenças sociais e, conseqüentemente, tratamento jurídico diferenciado, o Texto Constitucional prevê em seu artigo 3º, os objetivos do Estado. Seria uma proposta de igualdade material utópica, pois jamais se realizam de forma plena?

Acerca das preocupações com o neoconstitucionalismo esclarece Eduardo Cambi (2011, p. 29):

O neoconstitucionalismo está voltado à realização do Estado Democrático de Direito, por intermédio da efetivação dos direitos fundamentais. Aposta no caráter *transformador* das Constituições modernas, pois, como *utopias de direito positivo*, servem como norte capaz de orientar as necessárias mudanças sociais.

Neoconstitucionalismo é expressão que passou a ser utilizada em um período de pós Segunda Guerra no mundo e pós CF/88 no Brasil, para a qual: as constituições deixam de ser vistas como meras cartas programáticas abandonando a visão da aplicação e interpretação pura do legalismo positivista exegético e onde pode se destacar três características decisivas: a) a supremacia constitucional; b) a força normativa da constituição; e, c) a jurisdição constitucional (BARROSO, 2006, p. 15- 26).

Com as revoluções burguesas do final do Séc. XVIII houve uma alteração significativa no conceito de Constituição, de sinônimo de Estado (“ordem da polis” em Aristóteles) para “carta de liberdade”. Porém, no Estado Moderno (Hobbes), passou a possuir natureza contratual, construída para tutelar necessidades e direitos individuais.

A noção inicial de contrato social foi trazida por John Locke (1690), em três direitos fundamentais: vida, liberdade e propriedade.

Nesse sentido em destaque as palavras de Zollinger (2006, p. 26):

O constitucionalismo do Estado liberal refletia na sua gênese os ideais iluministas do Século XVII e XVIII, marcadamente influenciados pelo pensamento contratualista de John Locke, segundo o qual os homens tem direitos inatos (vida, liberdade e propriedade) oponíveis, sobretudo, perante o Estado, cuja origem estaria na própria autovinculação dos homens. Assim, sobre uma base individualista e subjetivista, os direitos fundamentais reconhecidos nas primeiras Constituições escritas do mundo ocidental nasceram como limitação jurídica ao poder estatal, configurando-se como direitos subjetivos dos indivíduos.

E continua o autor (ZOLLINGER, 2006, p. 26). Essa posição prevaleceu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

Dessa forma, a Modernidade vê nascer como coetâneos o Estado de Direito, o movimento do constitucionalismo e a proteção e positivização dos direitos fundamentais, produtos do movimento liberal burguês surgido contra a opres-

são de um regime absolutista. Essa idéia foi manifestada no conhecido art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao proclamar que o Estado, no qual não estivessem garantidos os direitos individuais e nem prevista a separação dos poderes, não possuiria, de fato, uma Constituição.

A Constituição não é só a explicação do contrato social, devendo realizar os valores emanados desse contrato – sua força normativa deve constituir a ação do Estado – morrer sem assistência médica ou social – de modo que o contrato social não é um acordo vazio, mas deve servir a tutelar os direitos fundamentais, para que não ocorra a ruptura do pacto. Nesta visão é afastada a restrição do juiz em aplicar o direito somente por meio da lei e positivando a vontade do legislador, sendo que o Estado precisa começar a agir de maneira dinâmica concretizando direitos fundamentais (CAMBI, 2011, p. 669).

Destaque-se um dos votos do ex-ministro Eros Grau, enquanto ministro do Supremo Tribunal Federal, que serve como reflexão para a aplicação do direito no Estado Democrático de Direito:

(...) Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito - porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação – ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos - para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento (...) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, Agr. Reg. na reclamação 3.034-2/PB).

O atual modelo constitucional mescla a necessidade de regras e princípios (ALEXY, 2008, p. 135) de modo a conseguir dar ao direito a capacidade de flexibilizar-se em uma sociedade que muda em grande velocidade. Sendo que os princípios assumem o centro do sistema jurídico para conseguir dar ao Estado a capacidade de alcançar seus objetivos e na aplicação do direito, olhar, tanto de modo formal como material.

Importante a menção acerca da diferença entre regras e princípios. Canotilho (2002, p. 1124-1125) sugere vários critérios para a diferenciação (quanto ao *grau de abstração*, quanto ao *grau de determinabilidade*, quanto ao *caráter de fundamentalidade*, quanto a *proximidade da ideia de direito*, e quanto a *natureza normogenética*).

Assim, quanto ao *grau de abstração* (generalidade), norma geral é aquela se que dirige a todos que se encontrem numa mesma situação. Abstratividade significa que a norma se refere a uma situação abstrata e não a um caso concreto. Tanto os princípios quanto as regras são espécies de normas jurídicas, por isso são abstratas. (CANOTILHO, 2002, p. 1124)

Os princípios são normas generalíssimas. Enquanto estes possuem um pressuposto fático como hipóteses heterogêneas, as regras prevêm hipóteses homogêneas. Os princípios são mais abstratos do que as regras.

O *grau de determinabilidade* verifica-se quanto da aplicação ao caso concreto. Assim, os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações caracterizadoras, ao passo que as regras são aplicadas diretamente. (ESSER apud CANOTILHO, 2002, p. 1124)

Em razão do *caráter de fundamentalidade*, os princípios são normas, estão no ordenamento jurídico ocupando um papel de destaque, tendo em vista que são fontes para este sistema, como os próprios princípios constitucionais. (GUASTINI apud CANOTILHO, 2002, p. 1124)

Os princípios, diferente das regras, se *aproximam da ideia de direito*, juridicamente vinculantes nas exigências de justiça. As regras vinculam-se a um conteúdo meramente funcional. (LARENZ apud CANOTILHO, 2002, p. 1124)

Outro critério importante a ser pontuado é a *natureza normogenética*. Assim, os princípios são fundamento de regras, balizam as regras jurídicas. (CANOTILHO, 2002, p. 1125)

Canotilho (2002, p. 1125) assevera que toda esta complexidade na diferenciação de princípios e regras pode estar associada a outras duas circunstâncias: qual a função dos princípios e seu aspecto de similitude com as regras.

Dessa forma, para identificação da função dos princípios é necessário se estabelecer uma distinção entre: princípios hermenêuticos e jurídicos. Os princípios hermenêuticos possibilitam a integração e complementação do direito, ao passo que os princípios jurídicos, os quais devem ser diferenciados das regras (CANOTILHO, 2002, p. 1125) possuem qualidade de normas, contudo, distintas das normas jurídicas.

Em destaque citação do eminente autor:

(...) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretiza-

ção, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem). (...) os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas). (CANOTILHO, 2002, p. 1125-1126)

A partir desta distinção entre princípios e regras, verifica-se que os princípios processuais integram a Constituição são princípios, e não regras, que atuam como limitadores da atuação estatal, impondo aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e execução de tarefas.

O neoconstitucionalismo surge com este propósito de valorização dos princípios processuais no Texto Constitucional, sendo, portanto, a realização do Estado Democrático de Direito a partir da efetivação dos direitos fundamentais, vinculando os poderes públicos.

Contudo, esta também passou a ser uma preocupação para o legislador infraconstitucional: numa visão publicística do processo, que busca procedimentos adequados e com resultados efetivos na tutela dos direitos fundamentais (Neoprocessualismo) (CAMBI, 2011, p. 672-682).

Assevera CAMBI (2011, p. 683):

(...) Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, possa resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da consciência constitucional e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais (...).

Voltando o olhar ao Novo Código de Processo Civil, seu primeiro capítulo já postula inúmeros princípios que devem servir de guias para toda a interpretação e aplicação das disposições do código em conformidade com o Texto Constitucional.

Destaque-se que a incorporação de princípios no Novo Código de Processo Civil não pode ser visualizada como inovação, pois desde o advento da CF/88, os dispositivos devem ser interpretados constitucionalmente e de maneira a colocar novas necessidades ao processo e modificar o que se entende por tutela jurisdicional. Ademais, estão, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais vários dos princípios norteadores do processo (princípios processuais constitu-

cionais, portanto) determinando a direito à segurança: segurança jurídica.

Assim, quando a Constituição Federal determina em seu artigo 5.º, inciso XXXV, que “nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, garante a todo indivíduo o acesso ao Judiciário, bem como o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva ou princípio da efetividade jurisdicional, também conhecido como direito à prestação efetiva da tutela jurisdicional (BUENO, 2008, p. 148-149).

Tal constatação fica facilitada quando se pensa que a Constituição assumiu o papel central (principalmente com seus princípios) no ordenamento e trouxe diversos objetivos (em especial a pacificação social). De tal modo, não há como pensar somente em uma tutela que garanta acesso, mas naquela que possibilite uma proteção célere, adequada e efetiva (CAMBI, 2011, p. 674), oportunizando ao jurisdicionado “uma solução útil e eficaz para seus conflitos” (ZARIF, 2006, p. 143).

Importante destacar que a nova legislação processual civil, já no seu primeiro capítulo, está estrutura a partir dos direitos fundamentais que compõem o direito fundamental ao processo justo. Nas palavras de MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 91: “o Código de Processo Civil constitui direito constitucional aplicado”. E, continua: “o Código deve ser interpretado de acordo com a Constituição e com os direitos fundamentais”.

Processo justo constitui princípio fundamental para a organização do processo no Estado Constitucional, impondo deveres organizacionais ao Estado na sua função legislativa, judiciária e executiva, para tutela do direito de forma efetiva.

O primeiro capítulo da legislação processual civil conta com um perfil mínimo para tal proposta, a destacar-se: ser o processo civil um caminho capaz de prestação da tutela jurisdicional, adequada e efetiva (CF, 5º, XXXV); no qual as partes participem em pé de igualdade e paridade de armas (CF, art. 5º, I); com oportunidade de contraditório e ampla defesa (CF, art. 5º LV); perante um juiz natural (CF, art. 5º, XXVII e LIII); a partir de pronunciamentos motivados (CF, art. 93, IX); com duração razoável (CF, art. 5º, LXXVIII); procedimento público (CF, art. 5º, LX), com assistência gratuita, em sendo o caso (CF, 5º, LXIV) e, com formação de coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Portanto, assim como o princípio processual constitucional do o acesso à justiça, também o do devido processo legal desempenha papel importante enquanto instrumento na busca da proteção jurisdicional. Assim como estes, vários outros poderiam estar aqui mencionados, como a razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), uma vez que a proteção jurisdicional deve atender “satisfatoriamente a todos os direitos e garantias do ordenamento jurídico” (RIBEIRO, 2006, p. 155) e as próprias normas devem ser reguladas pelos princípios constitu-

cionais, garantindo os direitos fundamentais (MARINONI, 2008, p. 97).

4 O PROCESSO COMO MECANISMO DE SEGURANÇA JURÍDICA

A atividade jurisdicional está voltada além da solução das lides, mas, e especialmente, a pacificação social, posto que o Estado presta um grande valor social por meio do processo e do exercício da jurisdição, o que determina segurança jurídica.

Nesse sentido, menciona Cândido Rangel Dinamarco (2005, p. 193-196):

(...) a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: a paz social. (...) É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e também por serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são os bens da vida sobre os quais indidem. (...) São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. A vida em sociedade seria bem pior se os estados pessoais de insatisfação fossem todos fadados a se perpetuar em decepções permanentes e inafastáveis; e o Estado, legislando e exercendo a jurisdição, oferece com isso a promessa de pôr fim a esses estados. (...) O Estado está, com isso, positivando o seu poder, no sentido de evitar as condutas desagregadoras, estimular as agregadoras, distribuir os bens entre as pessoas – e, por essas formas, criar o clima favorável à paz entre os homens, eliminando as insatisfações.

É certo que a pacificação em razão da prática processual somente será realizado de maneira efetiva se as decisões judiciais forem satisfatórias do ponto de vista sociológico, o que irá determinar ao Poder Judiciário que deixe de lado o excesso de formalismo. Os processos não são apenas papéis, mas, diferente, representam vidas humanas cujos destinos são ali decididos.

Em destaque, José Roberto Bedaque (2010, p. 26):

Mas o processo não é, e nem poderia ser, somente forma. Toda a organização e a estrutura desse mecanismo encontram sua razão de ser nos valores e princípios constitucionais por ele incorporados. A técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja,

aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional. De nada adianta o processo regular do ponto de vista formal, mas substancialmente em desacordo com os valores constitucionais que o regem.

Importante verificar que a decisão não diz respeito apenas às partes. No contexto social democrático, interessa aos juizes, posto que estão estes incumbidos a dar coerência à aplicação do direito, bem como aos jurisdicionados, uma vez que necessitam de segurança jurídica e previsibilidade para desenvolverem suas vidas e atividades. (MARINONI, 2013, p. 810-811)

A segurança jurídica pode ser compreendida, ainda, sob duas dimensões: estática, destina-se a examinar qual é o conteúdo do Direito; e uma dinâmica, investiga qual é a força do Direito. (ÁVILA, 2012, p. 295)

A dimensão estática, desse modo, diz respeito ao problema do conhecimento do Direito. O direito deve ser compreensível, capaz de informar ao cidadão, para que perceba a segurança do Direito. (ÁVILA, 2012, p. 296)

A dimensão dinâmica tem relação com o problema da ação no tempo, estabelecendo quais os objetivos devem ser garantidos para que o Direito possa “assegurar” direitos ao cidadão. (ÁVILA, 2012, p. 297)

A tutela jurisdicional deve ser confiável, segundo Ávila (2012, p. 297) “no sentido de permitir que o cidadão possa saber quais são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas”. A confiabilidade está associada ao passado, como foram os efeitos jurídicos dos atos praticados no passado pelo Direito.

E, ainda, a dimensão dinâmica deve ser calculável, permitindo que o cidadão possa saber como e quando as mudanças serão feitas, evitando surpresas. E Ávila (2012, p. 301) fecha a ideia esclarecendo que “(...) na dimensão dinâmica o princípio da segurança jurídica via garantir a respeitosa transição do passado ao presente e do presente ao futuro por meio do conhecimento do Direito”.

Nesta visão é afastada a restrição do juiz em aplicar o direito somente por meio da lei e positivando a vontade do legislador, sendo que o Estado precisa começar a agir de maneira dinâmica concretizando direitos fundamentais (CAMBI, 2011, p. 669).

Um dos votos do ex-ministro Eros Grau do Supremo Tribunal Federal, serve como reflexão para a aplicação do direito no Estado Democrático de Direito:

(...) Permito-me, ademais, insistir em que ao interpretarmos/aplicarmos o direito - porque aí não há dois momentos distintos, mas uma só operação - ao praticarmos essa única operação, isto é, ao interpretarmos/aplicarmos

o direito não nos exercitamos no mundo das abstrações, porém trabalhamos com a materialidade mais substancial da realidade. Decidimos não sobre teses, teorias ou doutrinas, mas situações do mundo da vida. Não estamos aqui para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen, porém para vivificarmos o ordenamento, todo ele. Por isso o tomamos na sua totalidade. Não somos meros leitores de seus textos - para o que nos bastaria a alfabetização --- mas magistrados que produzem normas, tecendo e recompondo o próprio ordenamento (...) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009).

As mudanças trazidas pelo constitucionalismo pós Segunda Guerra incorporam-se no processo, que também ganha uma visão “Neoprocessualista” incorporando uma visão publicística que dá ao processo, objetivos como a pacificação social e a realização da justiça (não sendo mais um fim em si mesmo), os quais deverão ser percorridos com a visão instrumentalista separando formalismos excessivos, buscando procedimentos adequados e oferecendo resultados efetivos para os jurisdicionados (CAMBI, 2011, p. 672-682)

(...) Portanto, o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo não são tendências que devem ficar apenas no plano teórico, exigindo do operador jurídico novas práticas para que, assim, possa resistir, sempre com apego na Constituição, a toda forma de retrocessos, o que servirá – e isto, por si só, não é pouco – para a concretização da consciência constitucional e para a formação de uma silenciosa cultura democrática de proteção dos direitos e garantias fundamentais (...) (CAMBI, 2011, p. 683).

Oferecer uma tutela efetiva é mais que trazer os fins, também é necessário fornecer meios (CAMBI, 2011, p. 219), portanto, não basta o processo estar conforme a Constituição e seus objetivos.

O processo deve, também, oferecer meios para a sua realização, tanto na condução, quanto para as decisões, sendo que para este movimento é necessário o afastamento do modelo puro lógico dedutivista do positivismo e a aproximação dos princípios, de modo a fornecer ao processo uma flexibilidade e a persecução de escopos, para além das suas formalidades (OLIVEIRA, 2004, p. 2)

Sobre o tema, pontua Souza (2005, p. 22-23):

(...) Nada mais constrangedor e até mesmo causador de sofrimento do que a indecisão criada por situações litigiosas, enquanto a lide não é resolvida. Traumática como se

sabe, é a demora no provimento jurisdicional final. Também já se sabe que nos dias modernos, não basta que o juiz resolva a ação declarativa, necessário se faz que torne efetiva a prestação jurisdicional, o que se acostumou chamar de efetividade da tutela jurisdicional. A efetividade da tutela jurisdicional é um dos apanágios da proteção dos direitos humanos. Ressalta-se que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, assegura que a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça ao direito. A garantia é constitucional, mas o meio de efetivá-la é processual, através do direito de ação. Esse direito de ação somente pode ser exercido através do processo. Disso resulta a importância do processo civil, na defesa e proteção dos direitos humanos. Toda a defesa dos direitos humanos na órbita civil, há de passar pelo crivo do direito processual civil (...).

Portanto, o processo é mecanismo de segurança jurídica quando se preocupa com os direitos fundamentais, com vistas à paz social e tutela da vida em sociedade. Nesse contexto, importante os apontamentos de Albino Gabriel Turbay Junior (2013, p. 07):

Os valores escolhidos na Constituição e principalmente o amadurecimento da idéia constitucionalista em nosso Estado faz com que o Direito Constitucional Brasileiro se insira no contexto do chamado Neoconstitucionalismo, ou seja, um novo constitucionalismo que interfere com suas concepções não só na formação do sistema jurídico em âmbito legislativo, mas também nas atividades jurisdicionais.

O processo encerra com a decisão judicial, a qual constitui papel de destaque na segurança e construção do direito, opondo-se que aconteça de modo estruturada e organizada. Os fundamentos da decisão judicial implicam em fator de segurança jurídica ao respeitar a construção histórica do Direito criado a partir de um Estado Democrático. Adverte Turbay Jr. (2013, p. 07): “Nos Estados Democráticos as constituições tem a missão de prever e proteger os direitos fundamentais, e tem como característica a Supremacia da Constituição”.

5 A COISA JULGADA ENQUANTO ELEMENTO DE SEGURANÇA JURÍDICA

O processo é meio de pacificação dos conflitos sociais, daí a necessidade de decisões pautadas na segurança jurídica. Inclusive, ao contemplar a coisa julgada em seu texto, o legislador constitucional pretende assegurar a estabilidade das relações jurídicas, preservando as decisões judiciais de alterações que pudessem, em um Estado Democrático de Direito, questionar a autonomia do sistema.

Nesse sentido, Sarlet (2006, p. 5)

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, “que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui” e que também para o Direito tal destino se revela inexorável, igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e - no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico - por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.

A segurança jurídica é um atributo e uma finalidade do Estado de Direito. Segundo Rafael Valim, 2010, p. 34, “há uma notória fundamentação recíproca entre o princípio da segurança jurídica e o Estado de Direito, sendo aquele elemento indispensável deste, ao mesmo tempo em que este é condição necessária daquele”. Assim, ainda que a coisa julgada seja necessária à segurança das relações jurídicas, bem como, à credibilidade das Instituições Públicas, deve-se admitir sua relativização, especialmente quando se fala do direito material de tutela ambiental, no caso, prestação jurisdicional em matéria de meio ambiente, que significa a própria vida ou qualidade de vida de uma coletividade, valor maior que a sociedade deve fazer prevalecer.

O fenômeno da coisa julgada ocorre quando os efeitos decorrentes de

uma decisão se tornam imutáveis e indiscutíveis no processo em que é proferida e em futuras demandas, não sendo mais possível discutir o que foi decidido (LIEBMAN, 1984, p. 84).

Destaque Chioyenda (200, p. 452):

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixadas pelo juiz com respeito ao bem da vida (res), que foi objeto de contestação, não mais pode, daí por diante, contestar; o autor que venceu não pode mais ver-se perturbado no gozo daquele bem; o autor que perdeu não pode mais reclamar, ulteriormente o gozo. A eficácia ou autoridade da coisa julgada é, portanto, por definição, destinada a agir no futuro, com relação aos futuros processos.

Nery Júnior (2009, p. 513) assevera quanto ao alcance da coisa julgada:

Sua proteção não está apenas na CF 5º, XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1º). O Estado Democrático de Direito (CF 1º caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental – CF 5º XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 §4º I e IV), portanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por consequência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior.

A coisa julgada está atrelada a ideia de justiça: tal instituto insere-se no ordenamento jurídico como um instrumento de efetivação do princípio da segurança jurídica. Não é conveniente à sociedade que as decisões judiciais sejam permanentemente instáveis. Sobre o tema, assevera João Batista Lopes (2001, p. 209-210):

Após ter violentado uma jovem donzela, um dos cavaleiros do rei Artur foi submetido ao julgamento da rainha e de suas damas. Elas resolveram poupar a vida do cavaleiro caso ele encontrasse no prazo de um ano e um dia a resposta para esta pergunta: “O que é que quase todas as

mulheres mais desejam?” Passado um ano, chega o último dia, e o cavaleiro dirige-se ao castelo da rainha sem ter encontrado resposta alguma. No caminho o cavaleiro defronta-se com “uma bruxa tão feia quanto a imaginação possa inventar”, a qual, após saber do apuro em que o cavaleiro se encontra, diz conhecer a resposta para a questão, mas que apenas a revelará caso o cavaleiro dê sua palavra de que “seja qual for a coisa que eu vos peça em seguida, a fareis se estiver ao vosso alcance”. Posto mais uma vez diante de duas alternativas (ser degolado a mando da rainha ou o desejo da bruxa, fosse qual fosse), o cavaleiro escolhe a segunda, e fica então conhecendo o segredo: “Quase todas as mulheres desejam ser soberanas e governar acima de seus maridos e impor o seu modo de amar”. Satisfeitas a rainha e as damas da Corte com a resposta, a bruxa exige do cavaleiro que ele case com ela. Na noite de núpcias, a bruxa volta a propor duas alternativas ao cavaleiro: “Ou a aceita tão feia como é, e ela será uma esposa fiel e obediente toda a sua vida, ou transformar-se numa jovem e formosa donzela mas nunca lhe será fiel!”. Após ponderar algum tempo entre as duas alternativas, o cavaleiro não escolhe nem uma nem outra, mas recusa-se a escolher. Nesse instante, a bruxa transforma-se numa bela jovem e também numa esposa fiel e obediente.

Considerando que uma das finalidades da coisa julgada é imprimir segurança as decisões, determina-se também na credibilidade dos poderes constituídos. Assim, para Nascimento (2005, p. 14-15)

(...) a coisa julgada é matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto insere no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva a parâmetros da Constituição. [...] A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia, e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade.

Desse modo, é preocupação do Estado democrático e social de Direito, ao impor um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segu-

rança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, evitar atos de cunho retrocessivo de um modo geral.

Associado a este, o princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação - por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) - de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar.

Ademais, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no art. 5.º, § 1.º, CF/88, abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo.

A jurisdição sempre serviu bem ao Estado, mas não ao cidadão e suas necessidades sociais.

6 O ARTIGO 489 NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES

O dever de motivação das decisões é previsto no direito brasileiro desde as Ordenações Filipinas:

E para as partes saberem se lhes convém apelar, ou agravar das sentenças definitivas, ou vir com embargos a elas, e os Juizes de mor alçada entenderem melhor os fundamentos, por que os Juizes inferiores se movem a condenar, ou absolver, mandamos que todos nossos Desembargadores, e quaisquer outros Julgadores, ora Letrados, ora não o sejam, declarem especificamente em suas sentenças definitivas, assim na primeira instância, como no caso da apelação ou agravo, ou revista, as causas, em que se fundaram a condenar, ou absolver, ou a confirmar ou a revogar. (Ordenações Filipinas, Livro III, título LXVI, nº 07)

Assim, pela fundamentação, podia-se dar conhecimento aos interessados das razões da decisão, e qual postura tomar a partir dela, recorrer ou não. Exigência que acompanhou a história processual, como cláusula constitucional implícita, decorrente do Estado de Direito. (MOREIRA, 1988, p. 89)

Com a constituinte de 1988, essa garantia passou a ser expressa no art. 93, IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e

fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”

A proposta do constituinte contempla a característica de harmonia entre os poderes, posto que o Poder Judiciário não pode estar acima dos demais. Ressalte-se que o dever de fundamentação da decisão judicial está elencado como cláusula pétrea, e, ainda, concretiza o valor constitucional de justiça e segurança jurídica, além das garantias do devido processo legal, acesso à justiça (inafastabilidade da jurisdição), juiz natural, contraditório, ampla defesa, etc. (SILVA, 2007, p. 99-133)

No atual Código de Processo Civil, o dever de fundamentação da decisão judicial vem previsto no art. 489, § 1º (Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil):

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A importância da fundamentação das decisões judiciais levou o legislador ordinário a fixar uma série de parâmetros a serem observados no desempenho da atividade de motivação da sentença, todos eles como escopo de garantir a efetividade desta garantia inerente à própria concepção de Estado de Direito.

A motivação das decisões judiciais, além servir para proporcionar a controle do raciocínio adotado pelo legislador, permite à parte desenvolver a sua atuação recursal, num sistema de dialeticidade, levando a atividade intelectual desenvolvida pelo julgador e expressa na fundamentação para análise da instân-

cia superior.

A ausência de fundamentação, portanto, fere o princípio do contraditório.

6.1 Análise do art. 489, § 1º no Novo Código de Processo Civil

A fundamentação das decisões judiciais é ponto central em que se apóia o Estado Constitucional, integrando, inclusive, aspectos determinantes do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

Ao motivar o processo, o juiz deve analisar o problema jurídico posto pelas partes para sua apreciação.

Ao especificar o dever de fundamentação, o legislador pretendeu conferir maior efetividade ao comando constitucional que institui a obrigatoriedade de fundamentar, a partir de um rol exemplificativo. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O § 1º, inciso I do art. 489 do atual Código de Processo Civil estabelece a necessidade do juiz explicitar os motivos que o levaram em suas conclusões de acordo com o fundamento legal utilizado.

Assim, a fundamentação deve ser concreta, dizendo respeito à situação jurídica deduzida em juízo pelas partes.

Sobre o tema, esclarece a doutrina:

Por essa razão, não se considera fundamentada a decisão que simplesmente indica, reproduz ou faz uma paráfrase do texto normativo (simples alteração de determinados termos sem descaracterização do significado) sem mostrar qual é a relevância do dispositivo citado para a solução do caso concreto. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 492)

Ademais, “a motivação há de ser exauriente e com respeito ao conteúdo normativo do art. 489, § 1º, do CPC” (ARAÚJO, 2016, p. 158).

Na hipótese do § 1º, inciso II do art. 489 do Novo Código de Processo Civil, o dispositivo demonstra preocupação com “conceitos jurídicos indeterminados” que possam ser utilizados pelo magistrado quando de suas conclusões. O conceito jurídico, ainda que indeterminado (moralidade, interesse público, boa-fé, meios necessários, dentre outros) é determinado ao caso concreto.

Nesse sentido, asseveram MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (2015, p. 492-493):

É muito comum o emprego pelo legislador de termos positivamente vagos (“função social”, “boa-fé”, “dignidade”, “medidas necessárias”, “repercussão geral” e outros). Toda vez que o legislador emprega termos dessa ordem – normalmente enquadrados pela doutrina como conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais, regras abertas ou conceitos- válvula, dentre outras determinações – há nessa utilização um verdadeiro pedido de colaboração para que o juiz dê contornos mais nítidos ao significado do termo vago empregado. É por essa razão que a simples invocação do termo vago pelo juiz – e pelas partes em suas manifestações – sem que se outorgue apropriados contornos ao termo e argumente-se por quais motivos o seu emprego é pertinente ao caso concreto não constitui uma razão válida para sustentar qualquer posição jurídica e qualquer decisão.

No § 1º, inciso III do art. 489 do Novo Código de Processo Civil claramente o legislador ordinário busca coibir a denominada motivação genérica, o que não se confunde com fundamentação repetida. Assim, nada impede que o juiz, em situações concretas que se repetem, em mesmo idênticas, como as ações de massa, faça uso de fundamentação já usada.

Adverte a doutrina:

É que a fundamentação constitui, antes de qualquer coisa, a resposta judicial à argumentação formulada pelas partes em torno das razões existentes para julgar nesse ou naquele sentido determinado caso concreto. Se a decisão se presta para justificar qualquer decisão, é porque normalmente não se atém aos fatos concretos que singularizam a causa que a fundamentação tem justamente por endereço resolver. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 493)

Na hipótese do § 1º, inciso IV do art. 489 do Novo Código de Processo Civil estabelece que reputa não fundamentada a decisão que “não enfrenta todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”. Desse modo, o magistrado deve enfrentar todos os argumentos lançados pelo autor e também pelo réu que justificam a decisão de procedência ou improcedência. “A garantia do direito de defesa e da produção de todas as provas que são necessárias para a comprovação do alegado cairia por terra se o juiz não estivesse obrigado a demonstrar a sua motivação (...)” (ARAÚJO, 2016, p. 158-159).

Comenta ainda o autor:

A exigência do art. 489, § 1º, IV, atende aos reclamos do processo civil constitucional moderno e do Estado de Direito. Ao contrário do que se sustenta pela leitura desatenta do dispositivo, o juiz não está obrigado a examinar todas as teses que foram suscitadas para a procedência e improcedência do pedido, mas apenas aquelas que poderiam infirmar a conclusão que foi tomada no processo.

Busca, ainda, efetivar o papel da parte como agente apto a interferir na produção judicial e do direito, ressaltando a função primordial da defesa e o papel do advogado, que exerce função política no processo (KELSEN, 1979, p. 472-473).

Na hipótese do § 1º, inciso V do art. 489 do Novo Código de Processo Civil estipula não ser fundamentada a decisão que “se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”.

Portanto, considerando que o sistema pátrio tem, em regra sua pauta na lei, precedentes e súmulas, normalmente, apresentam-se como uma demarcação semântica do texto legislado. Assim, a aplicação destes requer identificação das

razões que indiquem o ajuste do caso ao preceito construído a partir deles. (ATAÍDE JR, 2012)

O § 1º, inciso VI do art. 489 do Novo Código de Processo Civil preocupa-se com o fato do magistrado deixar de observar precedente ou súmula. Não será fundamentada a decisão que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Verifica-se, portanto, uma mudança de paradigma, já que o precedente e a súmula terão o condão de regular as situações de forma abstrata e geral, como os preceitos veiculados pela lei. “O dispositivo em exame, ao mesmo tempo em que demonstra a força dos precedentes (art. 927, CPC), corresponde a uma ferramenta fundamental para a provocação da mudança e superação da jurisprudência.” (ARAÚJO, 2016, p. 160).

Para MARINONI; ARENHART; MITIDIERO (2015, p. 494):

Existindo precedente constitucional ou precedente federal sobre o caso debatido em juízo, a fidelidade ao direito constitui fidelidade ao precedente, daí que a ausência de efetivo enfrentamento – mediante a demonstração de distinção – pelo juízo de precedente invocado pela parte constitui omissão relevante na redação da fundamentação. Existindo precedente invocado pela parte, esse deve ser analisado pelo juízo. (...) A ausência de efetivo enfrentamento do precedente constitui violação do dever de fundamentação.

O precedente ganhou autoridade em nosso direito, podendo ser reduzidos a textos jurídicos como mecanismos de interpretação dos mesmos e, assim, integrando as decisões judiciais. (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2015, p. 147-148).

7 CONCLUSÃO

O processo é instrumento, e, como tal, é meio, imposto pelo Estado, legitimado não apenas na capacidade de realizar objetivos, mas, analisar como os mesmos são recebidos e experimentados pela sociedade.

A atividade jurisdicional tem inegáveis implicações na vida social, ao mesmo tempo que é expressão do poder estatal e reflete na estrutura política do Estado. Contudo, não há sentido, no Estado Democrático de Direito, que se tenha um ordenamento jurídico estatal como fonte autoritária de regras de convivência.

Desse modo, o processo é meio pelo qual se garante a defesa dos di-

reitos, a sustentação das razões do indivíduo e a produção de provas. Pode-se afirmar que a garantia real do acesso à justiça é princípio basilar de um Estado Democrático de Direito.

O Estado brasileiro, ao guiar-se pelo ideal de Estado de direito, deve proteger e realizar a liberdade e a segurança jurídica, estabelecendo mecanismos rígidos de controle e exercício do poder para proteção dos direitos fundamentais.

A motivação das decisões possui relação íntima com o Estado de Direito, com a segurança jurídica e com o devido processo legal. O dever de motivar decorre de uma construção histórica, que, em razão do Estado Liberal, passou a ser uma garantia de liberdade, racionalidade e tutela individual diante do Estado-Juiz.

Assim, ao fundamentar a decisão, o julgador estabelece os detalhes do processo e também do direito, esclarecendo para sociedade sua intenção, que vai de encontro com os caminhos da sociedade e este, com o Estado de Direito, respeitando a construção histórica do Direito na tutela dos chamados direitos fundamentais. É certo que a decisão judicial não interessa apenas as partes do processo, mas toda sociedade precisa confiar no Estado-Juiz, conhecendo sua intenção ao dizer o direito. Isso é fator fundamental para a segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Curso de processo civil: parte geral**. São Paulo: Malheiros, 2016.

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, n. 2, jul/dez. 2006, v. 4.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 01.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHIOVENDA, Guisepppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Campinas: Editora Bookseller, 2000, v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. III.

A instrumentalidade do processo. 12. ed., Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: *o contempt of court*. **Revista de processo**, São Paulo, v. 102, p. 219-227, abr./jun. 2001

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constituição**. 3. ed. São Paulo: RCS, 2007.

IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. José Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 01.

Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fun-

damentos determinantes da decisão. E-book – Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Editora: JusPODIVM, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015, v. 01.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** In: Temas de Direito Processual (Segunda Série). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

NASCIMENTO, Carlos Valter do. **Coisa julgada inconstitucional.** 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais.** In: Revista de Processo. São Paulo, jan. 2004, v. 113. Disponível em: <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em: 02 jun. 2017.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Prestação jurisdicional efetiva: uma garantia constitucional.** In: FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). Processo e constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Beclaute Oliveira. **A garantia fundamental da motivação da decisão judicial.** Salvador: JusPODIVM, 2007.

SOUZA, Gelson Amaro. **Direitos Humanos e Processo Civil. In: Argumenta.** Jacarezinho, 2005, v. 05.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 511961, Brasil: 17 jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 19 julho 2017. Agr. Reg. na reclamação 3.034- 2/PB, Brasil.

TURBAY JR., Albino Gabriel. **A legitimidade democrática do Poder**

Judiciário fundamentada na proteção dos direitos fundamentais. *In:* Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (org.). 1. ed. Birigui: Boreal Editora, 2013.

VALIM, Rafael. **O princípio da segurança jurídica no direito brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2010.

ZARIF, Cláudio Cintra. **Da necessidade de repensar o processo para que ele seja realmente efetivo.** *In:* FUX, L.; NERY JÚNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.).

Processo e constituição: Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZOLLINGER, Márcia Brandão. **Proteção processual aos direitos fundamentais.** Salvador: JusPODIVM, 2006.