

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-867-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Belém, Brasil).

CDU: 34



XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho e Pesquisa (GT) denominado “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II” do XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI Belém – PA promovido pelo CONPEDI em parceria com o Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) em Belém do Pará, com enfoque na temática “DIREITO, DESENVOLVIMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS: AMAZÔNIA DO SÉCULO XXI”, o evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 na CESUPA, no Campus Av. Alcindo Cacela, 980 - Umarizal, Belém - PA, 66065-217.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temáticas diversas atinentes ao processo e o acesso e jurisdição da justiça, apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões jurídicas relevantes na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo com o título “Processo administrativo e os princípios constitucionais processuais à luz do Código de Processo Civil”, dos autores Adriano da Silva Ribeiro e Sérgio Henriques Zandona Freitas, evidencia o conceito e a classificação do processo administrativo, com destaque crítico para a efetividade dos princípios constitucionais processuais para, em seguida, discutir a viabilidade da aplicação subsidiária ou complementar do CPC/15 no processo administrativo.

O segundo artigo “O abuso do direito aplicado à gratuidade da justiça no sistema processual civil” da lavra da autora Maria José Carvalho de Sousa Milhomem aponta que a análise do abuso de direito de ação, com fulcro na gratuidade da justiça, por aqueles que, na verdade, possuem plenas condições de arcar com o ônus econômico do processo, prejudica o acesso à justiça pela parcela mais carente da população, que de fato faz jus ao benefício.

“Ampliando as hipóteses de mediação nos procedimentos possessórios do Código de Processo Civil de 2015”, terceiro da coletânea, é o trabalho dos autores Felipe de Almeida Campos e Marcos Paulo Andrade Bianchini, apontam a importância do Código de Processo

Civil de 2015 ao tratar das possessórias nos artigos 560 a 566, prevendo a realização de audiência de justificação no artigo 562 para, na sequência examinar se no artigo 565 há previsão da realização de audiência de mediação, e se está limitada aos procedimentos coletivos e de posse velha.

O quarto texto, com o verbete “O negócio jurídico processual como estratégia para a concretização de direitos econômicos, sociais e culturais”, de autoria de Eliana Magno Gomes Paes, debruça seus estudos sobre o instituto dos negócios jurídicos processuais atípicos e a estratégia eficaz à concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais, com estudo sobre os conceitos de prestação e ativismo judicial.

O quinto texto, da lavra dos autores Raíssa Fabris de Souza e Luiz Fernando Bellinetti, intitulado “Ativismo judicial e a teoria dos precedentes vinculantes” analisa o princípio da separação dos poderes e o período pós-positivista, ingressando no tema do ativismo judicial e, por fim, da teoria dos precedentes vinculantes, mecanismo considerado apto a proporcionar maior segurança jurídica e confiança legítima aos cidadãos.

No sexto artigo intitulado “Democracia, audiências públicas e o poder judiciário: distanciamentos e aproximações sob o enfoque da democratização da justiça”, de autoria de Bruna Caroline Lima de Souza e Dirceu Pereira Siqueira, fazem importante estudo sobre o uso das audiências públicas como instrumento para o exercício da democracia participativa, principalmente no poder judiciário, e de modo específico, a análise da importância exercida pela atuação jurisdicional e como as audiências públicas podem aproximar as decisões judiciais da realidade social e viabilizar o exercício da participação democrática nesse âmbito.

O sétimo texto da coletânea, do autor Jose Ezequiel Albuquerque Bernardino, com o verbete-pergunta se “Há efetividade na execução fiscal realizada pela justiça eleitoral?” discorre sobre a abordagem da efetividade da execução fiscal no âmbito da Justiça Eleitoral, levando-se em consideração pesquisa realizada pelo CNJ, que atesta um congestionamento processual das execuções fiscais desta Justiça Especializada, dada a infringência da legislação eleitoral, traçando um paralelo com a anistia da aplicação de multas eleitorais realizada pelo Congresso Nacional.

“Ativismo judicial e agravo de instrumento: mitigação da taxatividade das hipóteses de cabimento em contraposição ao princípio de reserva legal” é o título do oitavo texto da coletânea, com autoria de Helena Patrícia Freitas e Luciana Cecília Morato, apontam os

problemas decorrentes da interpretação do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o agravo de instrumento, que traz, no artigo 1.015, elenco de hipóteses de cabimento, cuja taxatividade foi mitigada no julgamento de recurso especial repetitivo.

O nono texto, intitulado “Processo constitucional democrático e a formação participada do mérito processual: uma releitura do princípio da imparcialidade do juízo no processo civil brasileiro”, dos autores Fabrício Veiga Costa e Regis André, investiga o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual e da fundamentação racional e exauriente da decisão.

“O recurso extraordinário como instrumento de unificação dos modelos de controle de constitucionalidade no Brasil”, apresenta-se como décimo texto da coletânea, do autor Bernardo Silva de Seixas, faz importante reflexão sobre a aproximação do Recurso Extraordinário com o controle concentrado de Constitucionalidade, para, no final, concluir em qual espécie de controle o respectivo recurso se enquadra, ou se é um elo de ligação entre os dois sistemas.

O décimo-primeiro texto da coletânea, da lavra dos autores Lincoln Mattos Magalhaes e Jânio Pereira da Cunha, intitulado “A sustentação oral no processo judicial: contribuição de Jürgen Habermas para um processo constitucional democrático” questiona às noções do procedimento, participação e influência, com a idéia de legitimação democrática das decisões judiciais, bem como a sua regulação no Código de Processo Civil de 2015, com olhar no Modelo Constitucional de Processo, adotado no Brasil.

O décimo-segundo texto da coletânea “O artigo 878 da CLT e a necessária releitura à luz do processo constitucional democrático” apresenta-se como temática abordada pelos autores Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond, ao compararem a garantias fundamentais do processo previstos na Constituição da República e a necessária execução de ofício pelo magistrado quando operada a coisa julgada material.

O décimo-terceiro texto intitulado “Meios de facilitação da defesa do consumidor”, dos autores Alexandre Herrera de Oliveira e Oscar Ivan Prux, enfrenta os motivadores da proteção aos consumidores, analisa se o ônus da prova é o único meio de realizar essa facilitação, observado ainda o princípio da isonomia e os direitos da personalidade, focados nos direitos dos consumidores.

“Meios de solução digital de conflitos - Online Dispute Resolution (ODR)”, de autoria de Maíra de Oliveira Lima Ruiz Fujita e Bianca Santos Cavalli Almeida, como décimo-quarto texto, busca esclarecer o mecanismo da ODR, como instrumento ágil, econômico e simples para solução de conflitos em espaço virtual, examinando os meios de solução digital de conflitos, bem como os possíveis benefícios ou desvantagens da utilização destes novos recursos, ao invés da utilização de métodos tradicionais que requerem a reunião presencial entre as partes, visando a negociação ou conciliação, dentre outras hipóteses.

Os autores Leticia Squaris Camilo Men e Marcelo Negri Soares apresentam importante temática, no décimo-quinto texto da coletânea, com o artigo intitulado o “A força dos precedentes no CPC/2015 e a alteração do entendimento predominante”, ao colacionarem o conceito e a natureza jurídica dos precedentes, súmulas e jurisprudência, pelo que busca demonstrar que o distinguishing é a técnica adequada para verificar se o precedente se aplica ao novo sistema, se deverá ser utilizado na fundamentação do magistrado ou se será superado.

O décimo-sexto artigo com o verbete “A falácia na aplicação da tese jurídica fixada em IRDR: a função meramente preparatória do incidente”, de autoria de Vinicius Silva Lemos, aponta a divergência doutrinária e jurisprudencial existente acerca a relação entre a recorribilidade da decisão do incidente de resolução de demandas repetitivas e a transferência de competência judicante para os Tribunais Superiores, com o intuito de estabelecer paradigmas sobre a real função do instituto diante da sistemática repetitiva no direito processual do país.

O décimo-sétimo artigo com o título “A insuficiência da utilização da indisponibilidade do direito material como critério limitador do negócio jurídico processual”, das autoras Clarice Santos da Silva e Rosalina Moitta Pinto da Costa, evidencia o conceito de modelo constitucional de processo, o qual influencia decisivamente para a adequada compreensão da tutela jurisdicional para, na sequência, abordar a negociação jurídica processual, sua definição e importância para o respeito à liberdade das partes e, por fim, responder se a indisponibilidade do direito material pode concretizar a realização de negócios jurídicos processuais.

O décimo-oitavo artigo “O sistema de precedentes como instrumento de efetivação de direitos fundamentais” da lavra da autora Suzanne Teixeira Odane Rodrigues aponta a contribuição do sistema de precedentes para o Direito brasileiro, em especial, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais.

“A tutela coletiva do consumidor sob uma análise juseconômica processual da litigância consumerista”, décimo-nono da coletânea, é o trabalho dos autores Carla Maria Barreto Goncalves e Alisson Jose Maia Melo, apontam a importância da coletivização da tutela processual como iniciativa típica de estruturação juseconômica do processo, pois concede maior resguardo aos consumidores brasileiros que normalmente são inertes para judicializar seus direitos, averiguar as bases teóricas da Tutela Processual Coletiva do Consumidor e o confronto com as premissas da Análise Econômica do Direito.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual de efetividade na busca pelo consenso entre os conflitantes. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema processual brasileiro e internacional, além do acesso à justiça, ainda muito focado no arcaico litígio entre partes.

É imprescindível dizer que os trabalhos apresentados são de extrema relevância para a pesquisa em direito no país, demonstrando notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, desenvolvidos em uma perspectiva contemporânea. A presente publicação coletiva demonstra uma visão lúcida e enriquecedora sobre a solução de conflitos, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o direito e os desafios na temática para o século XXI, pelo que certamente será de vigorosa aceitação junto à comunidade acadêmica.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica à submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica, multifacetada e de consenso.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

por seu Curso de Direito e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos no Estado Democrático Constitucional de Direito.

Belém do Pará, novembro de 2019.

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas - PPGD Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama - Universidade Paranaense – UNIPAR

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E A FORMAÇÃO PARTICIPADA DO MÉRITO PROCESSUAL: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUÍZO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.

DEMOCRATIC CONSTITUTIONAL PROCESS AND PARTICIPATE TRAINING OF PROCEDURAL MERGER: A REPEAL OF THE PRINCIPLE OF IMPAIRMENT OF JUDGMENT IN THE BRAZILIAN CIVIL PROCEDURE.

Fabício Veiga Costa ¹
Regis André ²

Resumo

O objetivo da pesquisa é investigar o princípio da imparcialidade do juízo no contexto do processo civil constitucional democrático, demonstrando-se sua relação com a formação participada do mérito processual. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática, teórica e atualidade, especialmente no direito dos sujeitos do processo serem coautores do provimento final. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental, análises críticas, teóricas e interpretativas, demonstrou-se que a imparcialidade do juízo é reflexo da formação participada do mérito processual e da fundamentação racional e exauriente da decisão.

Palavras-chave: Imparcialidade do juízo, Fundamentação das decisões, Mérito participado, Processo constitucional democrático, Processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

The aim of the research is to investigate the principle of impartiality of judgment in the context of democratic constitutional civil process, demonstrating its relationship with the participatory formation of procedural merit. The choice of theme is justified because of its practical, theoretical and current relevance, especially in the right of the subjects of the process to be co-authors of the final provision. Through bibliographic and documentary research, critical, theoretical and interpretative analyzes, it was shown that the impartiality of the judgment reflects the participatory formation of the procedural merit and the rational and exhaustive reasoning of the decision.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Impartiality of judgment, Justification of the decisions, Merit participated, Democratic constitutional process, Civil process

¹ Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Pós-Doutor em Educação. Doutor e Mestre em Direito Processual. Pós-Doutorando em Psicologia.

² Doutor e Mestre em Direito. Coordenador do curso de Direito da Fundação Pedro Leopoldo -MG-. Membro da Comissão Estadual de Educação da OAB/MG

1. Introdução

Consitui objetivo geral da presente pesquisa a investigação do processo constitucional democrático e sua relação com a formação participada do provimento final de mérito, de modo a analisar crítica e sistematicamente o princípio da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil brasileiro. A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática, teórica e atualidade, haja vista que a observância da imparcialidade do juízo é condição para a efetividade dos princípios da segurança jurídica, contraditório, ampla defesa e devido processo legal no âmbito processual civil.

Inicialmente foi desenvolvido um estudo do modelo de processo civil autocrático, centrado no protagonismo e na discricionariedade jurisdicional, possibilitando ao magistrado se utilizar de argumentos jurídicos e metajurídicos na fundamentação de suas decisões. Nessa perspectiva, o julgador se coloca em posição hierarquicamente superior às partes, tornando inviável a formação dialógico-participada dos sujeitos do processo no debate do mérito processual. Assim, a imparcialidade do juízo e a segurança jurídica no âmbito processual ficam comprometidas sob a perspectiva democrático-constitucionalizada, tendo em vista a prevalência das proposições unilateralmente construídas pelo juiz.

Em razão das premissas inicialmente apresentadas foi desenvolvido um estudo sobre os breves apontamentos teóricos do processo constitucional democrático, considerado uma instituição que sistematiza um espaço processual no qual os sujeitos do processo passam a ter o direito de participarem diretamente da formação do mérito processual. Dessa forma, torna-se possível desconstruir os parâmetros fundantes do modelo autocrático de processo, relativizando-se o protagonismo e a discricionariedade judicial para, assim, permitir que os sujeitos do processo sejam co-autores do provimento final de mérito.

Foi nesse contexto propositivo que se construiu o recorte do tema problema proposto, ou seja, por meio do estudo da imparcialidade do juízo como corolário da fundamentação racional das decisões judiciais, bem como o estudo crítico do artigo 489 CPC, que se discutiu a relação existente entre a formação participada do mérito processual com o princípio da imparcialidade do juízo. A pergunta problema apresentada ao debate é a seguinte: a construção dialética do mérito processual pelos sujeitos interessados na lide constitui um meio legítimo e democrático de assegurar a imparcialidade do juízo e a fundamentação racional da decisão judicial?

Quanto à metodologia, utilizou-se da pesquisa bibliográfica e documental, visto que a consulta de livros, artigos científicos, dispositivos legais e constitucionais foram de

significativa importância para a investigação do objeto de pesquisa ora apresentado. Por meio do método dedutivo foi possível delimitar a problemática levantada, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo do processo constitucional democrático e a formação participada do mérito, especificando-se no estudo da sua relação com o princípio da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil democrático. As análises temáticas, teóricas, interpretativas e comparativas viabilizaram a apresentação de apontamentos críticos do objeto de pesquisa, ultrapassando-se o debate dogmático e propondo um estudo de cunho epistemológico, a fim de levantar aporias para outras pesquisas a partir do que fora apresentado.

2. O modelo de processo autocrático como fundamento pressuposto da jurisdição centrada na pessoa do julgador

O estudo do modelo de processo autocrático é de fundamental relevância no contexto dessa pesquisa, tendo em vista que se pretende demonstrar que a condução unilateral do processo e debate do mérito, diretamente pelo julgador, impossibilita a formação participada do provimento jurisdicional pelos sujeitos interessados na lide, além de comprometer a imparcialidade do juízo.

A partir dos séculos XVIII e XIX são desenhados de forma mais clara os contornos de um modelo de processo decorrente de raízes contratuais, ou seja, a relação processual “se constituía pela contratual aceitação prévia dos contendores em acatar a decisão do juiz” (LEAL, 2009, p. 77). Em 1850 Savigny sistematizou a teoria do processo como quase-contrato “[...] porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate” (LEAL, 2009, P. 78).

A duas primeiras teorias do processo tem gênese no direito privado e são de natureza contratualista. Deixam clara a concepção autocrática de processo, uma vez que as partes são colocadas em absoluta posição de subserviência em relação ao julgador. Na verdade são obrigadas a se submeterem às determinações impostas pelo decisor. Em 1868 o jurista alemão Oskar Von Bulow, autor da teoria do processo como relação jurídica, destaca-se no cenário jurídico como o precursor do marco da autonomia do processo ante ao direito material (LEAL, 2009, p. 78). O processo passa a ser visto como uma relação jurídica entre pessoas, relação essa a qual o julgador é colocado hierarquicamente em posição superior à partes. A validade jurídica da constituição da relação processual decorria da observância dos pressupostos processuais de existência e desenvolvimento do processo. “[...] A relação processual é percebida desde a origem

e conclui-se por meio de um contrato de direito público pelo qual o juiz assume a obrigação de decidir (declarar e atuar o direito deduzido em juízo), e as partes se obrigam a submeter-se ao resultado dessa atividade” (AGUIAR; COSTA; SOUZA; TEIXEIRA, 2005, p. 23).

No início do século XX o jurista italiano Giuseppe Chiovenda teoriza a ação como um direito voltado para garantir às partes interessadas a atuação da vontade concreta da lei, ou seja, “[...] a autonomia e independência da ação torna-se patente nos casos em que a ação tende a um bem impossível de alcançar-se por via da obrigação, só se podendo alcançar através do processo” (PIMENTA; MARQUES; QUEIROZ, VIEIRA, 2004, p. 36). A ação como um direito potestativo materializa-se na premissa de que a mesma “[...] é o poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei” (PIMENTA; MARQUES; QUEIROZ, VIEIRA, 2004, p. 27). Nessa seara o processo é compreendido como uma relação jurídica através da qual o magistrado é o responsável por garantir entre as partes a efetivação da atuação da vontade concreta da lei, ou seja, “o processo surge como um instrumento de justiça nas mãos do Estado, não para manifestar a vontade da lei, porquanto essa já se formou antes (legislativamente) da existência do processo, mas, tão somente, certificar-se de qual é esta vontade e executá-la” (PIMENTA; MARQUES; QUEIROZ, VIEIRA, 2004, p. 52).

Ainda na primeira metade do século XX Piero Calamandrei sistematiza o processo como uma relação jurídica conduzida diretamente pela autoridade do julgador. Mesmo propondo um modelo de processo em bases dialéticas, a concepção de processo sistematizada por Calamandrei continua reproduzindo um modelo autocrático, através do qual a relação processual é conduzida diretamente pelo julgador e subserviência das partes em se submeterem ao conteúdo do que foi unilateralmente decidido. Importante destacar nesse contexto que “o estabelecimento regular da relação processual entre as partes e perante o juiz decorre da instauração efetiva do contraditório, ou seja, da oportunização ao réu de participar diretamente da dinâmica do processo” (COSTA, 2012, p. 41). Não se pode esquecer nesse contexto que o contraditório em questão é visto na perspectiva formal, ou seja, o magistrado não fica vinculado às alegações das partes no momento em que decide e julga a pretensão deduzida, até porque, sua decisão decorrerá de seu senso inato de justiça e da percepção subjetiva, metajurídica e axiologizante que permeia as peculiaridades do caso concreto.

Pautado nas concepções teóricas desenhadas por Bulow e Chiovenda, o jurista italiano Francesco Carnelutti adota a teoria da relação jurídica, “para o qual o processo é visto como um método para a formação ou a aplicação do direito, ou seja, o processo consistiria numa relação jurídica de origem em normas instrumentais que determinariam poderes e sujeições para a solução da lide” (COSTA, 2012, p. 45). A justa composição da lide é o objetivo seguido pelo

magistrado no modelo de processo proposto por Carnelutti, ou seja, o julgador tinha o condão de decidir de forma justa, mesmo que para isso tivesse que se vincular ao texto frio da lei; abandonar o texto frio da lei se o considerá-lo injusto ou buscar outras fontes metajurídicas como critério de construção de uma decisão considerada no seu senso subjetivo como justa. Fica evidente nesse cenário que o julgador é quem detém absoluta liberdade no ato de julgar, uma vez que a atividade jurisdicional não se submete a qualquer tipo de controle, haja vista que o referencial para considerar uma decisão judicial como legítima juridicamente é que a mesma seja considerada justa por quem a proferiu.

Enrico Tullio Liebman, jurista italiano erradicado no Brasil a partir da década de quarenta do século XX, propõe um modelo de processo centrado na idéia de relação jurídica, através da qual o juiz é visto como o intérprete qualificado da lei. Ou seja, “o processo é uma relação jurídica constituída pelas partes (autor e réu), perante o judiciário, através da qual o juiz se coloca em posição hierarquicamente superior, excluindo toda e qualquer forma de participação direta ou indireta das partes na construção do mérito processual” (COSTA, 2012, p. 52).

O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 abocanhou todas as proposições teóricas acima mencionadas e que reproduzem um modelo de processo em que o julgador é o verdadeiro protagonista e legitimado a conduzir toda a relação processual. Pautado na ideologia do julgamento justo, o juiz tem liberdade para valorar provas e conduzir toda a instrução processual, de modo a formar seu convencimento. Ressalta-se que esse convencimento do julgador normalmente materializa a concepção através da qual a decisão precisa ser justa, mesmo que seja necessário utilizar-se de critérios metajurídicos como referenciais para decidir. Esse é o modelo autocrático de processo objeto da respectiva crítica científica, cujo decisionismo decorre da percepção pessoal que o juiz tem acerca do caso concreto, entendimento esse que não se compatibiliza com a processualidade democrática pautada em proposições de cunho jurídico-constitucional.

Dessa forma, o código de processo civil brasileiro de 1973, além de adotar o modelo de processo autocrático, por colocar o juiz em posição hierarquicamente superior aos sujeitos do processo, inviabiliza a formação participada do mérito processual, causando reflexos diretos no âmbito da imparcialidade do juízo, tendo em vista que coloca o julgador em posição de protagonista e com legitimidade pressuposta para utilizar de critérios metajurídicos como fundamento de suas decisões.

3. Processo constitucional democrático e jurisdição constitucional: breves

apontamentos teóricos

Compreender o processo e a jurisdição sob a perspectiva constitucionalizada e democrática é de fundamental importância na presente pesquisa, haja vista que a partir das proposições teóricas a seguir expostas será possível entender que a imparcialidade do juízo é reflexo direto da formação participada do mérito processual, bem como da fundamentação racional do provimento pelo julgador, cuja efetividade se condiciona à análise específica de cada prova e ponto controverso suscitado pelas partes no âmbito processual.

Os estudos do processo como instituição constitucionalizada apta a reger, em contraditório, ampla defesa e isonomia, o procedimento, como direito-garantia fundamental, desponta inicialmente na obra do jurista mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho (LEAL, 2009, p. 84). O movimento de constitucionalização do processo e da jurisdição coincide com a desconstrução teórica da ideologia que sedimentou uma hermenêutica que se desenvolveu basicamente a partir da sabedoria inata do julgador, dando lugar à hermenêutica constitucional e democrática dos direitos fundamentais, centrada em critérios objetivamente jurídicos e utilizados como parâmetro ao discurso processualizado e à aplicabilidade do princípio da fundamentação racional das decisões judiciais, como reflexos do devido processo legal (ressalta-se que o devido processo legal deve ser compreendido como o prolongamento do processo constitucional e de suas extensões procedimentais).

Nesse ínterim, o processo deixa de ser visto como mero instrumento¹ para o exercício da jurisdição e de proclamação da vontade do julgador como o único legitimado a decidir, e passa a redesenhar sua finalidade na perspectiva em que o compartilhamento do centro das decisões passou a legitimar todos os interessados na construção discursivo-democrática do conteúdo que integrará o mérito do provimento jurisdicional. Buscou-se, com isso, instituir o

¹ Quando Cândido Rangel Dinamarco proclama, ao se contrapor a Fazzalari, que a diferença entre ambos “*é que o professor de Roma põe o Processo ao centro do sistema*” enquanto a proposta é que “*ali se ponha a jurisdição*”, conclui-se facilmente que o insigne professor paulista e seus inúmeros discípulos, em todo o Brasil e no mundo, ainda não fizeram opção pelo estudo do direito democrático, pensando ainda ser o plano da DECISÃO exclusivo do decididor (juiz) e não um espaço procedimental de argumentos e fundamentos processualmente assegurados até mesmo para discutir a legitimidade da força do direito e dos critérios jurídicos de sua produção, aplicação e recriação.

Em face da teoria constitucional legalmente adotada na Constituição brasileira de 1988, o *momento decisório* não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas é o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado.

Nessa perspectiva, que é de direito democrático, o *processo* não é instrumento da jurisdição ou mera relação jurídica entre partes e juiz, porque é instituição-eixo do princípio do existir do sistema (aberto) normativo constitucional-democrático e que legitima o exercício normativo da jurisdicionalidade em todas as esferas de atuação do Estado que, por sua vez, também se legitima pelas bases processuais institutivas de sua existência constitucional (LEAL, 2002, p. 68-69).

discurso democrático como o referencial teórico para o estabelecimento de critérios jurídicos da decisão judicial compartilhada. A teoria neo-institucionalista do processo², de autoria do jurista mineiro Rosemiro Pereira Leal, de cunho dialógico-popular, propõe o estudo do processo como uma instituição constitucionalizada hábil a assegurar irrestritamente o controle dos procedimentos político-jurídicos, num espaço discursivo-processualizado que legitima o exercício da cidadania processual.

O processo na teoria do direito democrático deve ser visto como um sistema de institucionalização do discurso que oportunizará a legitimação do provimento pela participação das partes juridicamente interessadas na argumentação da pretensão deduzida. As proposições que teorizarão o direito democrático são produto da instauração do discurso no plano instituinte e constituinte, uma vez que “a positivação do direito democrático não parte de uma *ontologia insita à norma* (nomogênese), como preconizam os jusnaturalistas, os fenomenologistas e os realistas, em suas múltiplas e engenhosas vertentes conjecturais, mas é elaborado no recinto discursivo de juridificação procedimental definidora dos critérios de produção, aplicação e garantia de direitos” (LEAL, 2002, p. 75-76).

O estudo do processo no Estado Democrático de Direito somente é possível a partir da Constituição, pois o processo deve ser visto como garantia constitucional, a jurisdição³ como um direito fundamental e a ação como um direito incondicionado de discutir o mérito das pretensões mediante o amplo e efetivo acesso ao judiciário. A construção da noção constitucionalizada de processo, como instituição voltada para a efetivação dos direitos fundamentais previstos no plano constituinte, decorre da necessidade dos estudiosos em superar a concepção técnica de um modelo visto como mero instrumento para o exercício da jurisdição, através do qual a gestão e a condução de toda a relação processual são exercidas exclusivamente pelo julgador, sem permitir qualquer ingerência das partes interessadas quanto ao objeto discutido processualmente.

O advento de estudos voltados à sistematização crítica de uma concepção de processo que contemple o exercício da cidadania a partir do princípio da participação permite o redimensionamento de toda a teoria clássica do processo, cuja democratização pressupõe,

² [...] o que se busca com uma **teoria neo-institucionalista do processo** é a fixação constitucional do conceito do que seja juridicamente **processo**, tendo como base produtiva de seus conteúdos a estrutura de um **discurso** advindo do exercício permanente da cidadania pela plebiscitarização continuada no espaço processual das temáticas fundamentais à construção efetiva de uma **Sociedade Jurídico-Política de Direito Democrático** (LEAL, 2009, p. 89) (grifo nosso).

³ [...] a **jurisdição**, sob ângulos de jurisdiciedade ou jurisdicionalidade geral, é a atividade e instrumento do **Estado**, submetidos à principiologia do **processo** como pressuposto inarredável de garantia máxima de direitos fundamentais na **Sociedade Democrática de Direito** (LEAL, 2009, p. 65).(grifo nosso).

inicialmente, a observância do princípio da supremacia da constituição e do devido processo legal, tal como explicita, de forma muito clara, o jurista Ronaldo Bretas de Carvalho Dias:

Em síntese, mais uma vez escudado na doutrina de Baracho, podemos dizer que a teoria constitucionalista do processo toma por base a idéia primeira da supremacia das normas da Constituição sobre as normas processuais. Considera o processo uma importante garantia constitucional, daí a razão pela qual surge consolidada nos textos das Constituições do moderno Estado Democrático de Direito, sufragando o direito das pessoas obterem a função jurisdicional do Estado, segundo a metodologia normativa do processo constitucional. A viga-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formatam o devido processo constitucional ou modelo constitucional de processo: a) o direito de ação (direito de postular a jurisdição); b) o direito de ampla defesa; c) o direito ao advogado ou ao defensor público; d) o direito ao procedimento desenvolvido em contraditório; e) o direito à produção da prova; f) o direito ao processo sem dilações indevidas; g) o direito a uma decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido no texto constitucional (juízo natural ou juízo constitucional) e fundamentada no ordenamento jurídico vigente (reserva legal); h) o direito aos recursos (DIAS, 2010, p. 92-93).

A partir das premissas expostas, o processo constitucional⁴ deverá ser visto como um recinto que oportuniza o debate da pretensão por todos os interlocutores e interessados na produção do provimento estatal. Importante ressaltar, que a participação no processo será regida pelos princípios constitucionais que legitimarão o discurso democrático de construção do provimento, a fim de assegurar: a) a igualdade jurídica de argumentação a todos os sujeitos do processo; b) o direito dos interessados livremente produzirem provas e se utilizarem dos meios de provas lícita e legitimamente admitidos em direito; c) a garantia de que as partes não serão surpreendidas por uma decisão unilateralmente imposta pelo julgador que não permite a co-autoria dos destinatários do provimento; d) o direito a uma decisão judicial juridicamente fundamentada e produto da análise racional, pelo julgador, de todos os temas, as questões e alegações trazidas pelas partes para o processo; ou seja, a validade e a constitucionalidade de uma decisão judicial pressupõe o dever do julgador se manifestar, de forma fundamentada, sobre todas as questões postas pelas partes e que integram a matéria de mérito objeto da demanda; e) a efetividade processual é corolário dos princípios da celeridade processual e da duração razoável do processo, cuja leitura deve ser feita sob a ótica do tempo lógico do processo, e não do tempo cronológico, ou seja, um processo regularmente efetivo é aquele em

⁴ O processo lastreado em um modelo constitucional (Andolina, Vignera) constitui a base e o mecanismo de aplicação e controle de um direito democrático. Processo democrático não é aquele instrumento formal que aplica o direito com rapidez máxima, mas, sim, aquela estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados (DIAS, 2010, p. 92 *apud* NUNES, 2008, p. 247-250).

que não existem dilações indevidas, as partes tem o direito de argumentação ampla (sem a supressão ou a limitação do direito ao debate da pretensão por questões atinentes ao tempo cronológico), não praticam a litigância de má-fé ou qualquer outro ato condizente a violação do princípio da lealdade processual; f) o exercício da cidadania, considerada um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, somente será possível através do processo constitucional, visto como uma garantia assegurada a todos os jurisdicionados e legitimados de influir substancialmente nos fundamentos que integrarão o conteúdo decisório do provimento de mérito.

A teorização do estudo do processo no modelo constitucional se justifica na busca da superação do decisionismo judicial decorrente das percepções metajurídicas do juiz com relação ao julgamento do caso concreto. Nesse contexto torna-se relevante afirmar que “o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores” (STRECK, 2012, p. 93), ou seja, “o poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo” (STRECK, 2012, p. 93). Ou seja, “discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é um criador livre de vinculos” (CAPPELLETTI, 1999, p. 23-24), tendo em vista que “na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” (CAPPELLETTI, 1999, p. 24).

Nesse cenário, “o juiz ou o decididor, nas democracias, não é livre intérprete da lei, mas o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental” (LEAL, 2009, p. 63). A atividade construtora do provimento não deve decorrer de atos, de posturas ou de condutas solitárias dos juízes, visto que, precisa ser compartilhada entre todos os interlocutores e interessados na elaboração do provimento. A isonomia discursiva é requisito à observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, visto que a legitimidade democrática da decisão passa pela possibilidade das partes interessadas não serem surpreendidas com o conteúdo e os fundamentos do julgado, muitas vezes desconexos e contrários àqueles argumentos e questões que orientaram todo o debate do objeto da ação judicial proposta.

O devido processo legal é um princípio cuja compreensão não pode ser reduzida aos princípios do contraditório e da ampla defesa⁵, uma vez que a sua observância no contexto da

⁵ [...] o **instituto do devido processo legal** define-se pela coexistência dos **princípios** da ampla defesa (necessariamente aqui incluído o direito ao advogado) e do contraditório, acrescentando-se o da isonomia à configuração constitucional da **instituição** do processo. (LEAL, 2009, p. 65).

constitucionalidade democrática é pressuposto da legitimação do conteúdo da matéria de mérito discutida processualmente. O devido processo constitucional não é o exercício da jurisdição (autoritária), como atividade ou poder pessoal do juiz, quanto à análise do mérito processual, mas a garantia de esgotamento do debate e de testificação dos argumentos que integram o cerne da pretensão. Não é o julgador quem define unilateralmente as questões de mérito, sem antes consultar as partes interessadas. A observância do princípio do devido processo legal somente ocorrerá quando houver o compartilhamento da atividade do juiz e das partes interessadas quanto à definição das questões de mérito que nortearão todo o discurso processual⁶.

“O contraditório deixa de ser um mero *atributo* do processo e passa à condição de princípio (norma) determinativo de sua própria inserção na estruturação de *todos* os procedimentos preparatórios dos atos jurisdicionais (LEAL, 2002, p. 88). Trata-se de princípio que traduz a dialogicidade necessária entre os interlocutores, oportunizando o amplo debate, exercendo a liberdade de dizer, contradizer e silenciar-se quanto ao conteúdo do processo. Não se pode restringir o entendimento do contraditório à idéia de bilateralidade, pois o que se busca é a dialeticidade entre os sujeitos legitimados ao processo, não apenas entre o autor e o demandado na relação processual. A argumentação desenvolvida por meio do contraditório é corolário da legitimação do espaço discursivo-processual, haja vista que não é possível estabelecer condições ou impor restrições ao exercício do direito de debate do mérito processual da demanda. No exercício da atividade jurisdicional o julgador é o gestor do processo e quem legitimamente controlará e deverá garantir a todos os interessados o exercício do contraditório.

A efetivação do contraditório no modelo constitucional do processo não ocorre apenas com a oportunidade das partes interessadas debaterem a pretensão deduzida. O enfrentamento, pelo juiz, de todas as alegações perpetradas judicialmente pelas partes deve ser vista como a essência do princípio em questão. Por isso, o cerceamento de defesa se configura em dois momentos: a) quando o julgador deixa de oportunizar o direito de diálogo e de debate da pretensão pela parte interessada; b) sempre que o julgador se esquiva do dever de análise jurídica das questões processuais e meritórias suscitadas pelas partes, comprometendo-se, por consequência, a aplicabilidade do princípio do dever de fundamentação jurídico-legal e

⁶ A **parte** já constitucionalmente legitimada é o agente do **dever-ser** normativo (**devido processo legal**) que se concretiza na procedimentalidade (efeito expansivo) para criação (legiferação) ou definição (judicação) do direito. O **espaço-político (isegoria)** de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da **isonomia** – que são **isotopia, isomenia e isocrítica** -, em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (**isotopia**), igualdade de todos de interpretar a lei (**isomenia**) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (**isocrítica**). Essa situação jurídico-processual devida é que permitirá a enunciação das **democracias** como governo de uma nova **totalidade social concreta**, isto é: povo concretizador e criador da sua própria igualdade jurídica pelo devido **processo constitucional** (LEAL, 2009, p. 61).(grifo nosso).

constitucional das decisões e dos provimentos jurisdicionais. O contraditório é um princípio que foi instituído como norma jurídica regente do processo constitucional para evitar que os sujeitos legitimados ao processo sejam surpreendidos com decisões as quais não tiveram a oportunidade de interferir e de participar da construção discursiva.

A dialogicidade como pressuposto lógico do contraditório deve ser uma garantia estendida não apenas à parte autora e à parte demandada, tendo em vista que o julgador, o Ministério Público e qualquer outro interessado na construção do provimento têm autonomia de interagir processualmente e debater, de forma livre e independente, os fundamentos da demanda. Não estender o contraditório a todo legitimado ao processo (individual e coletivo) é acarretar a nulidade do cerne do provimento, uma vez que tal decisão não poderá ser reconhecida e legitimada pelo ordenamento jurídico-constitucional e democrático brasileiro, pelo fato de violar as diretrizes legais e constitucionais de construção discursivamente isonômica do mérito processual.

A ampla defesa é um princípio considerado coextensão da igual oportunidade de argumentação jurídica da pretensão por todos os legitimados ao processo. A amplitude na defesa deve ser garantida através, não apenas, do direito de diálogo da pretensão, mas, acima de tudo, da possibilidade das partes produzirem provas legitimamente adequadas ao caso concreto e com o fim de fundamentar e de justificar suas alegações. O exercício das prerrogativas atinentes à defesa da parte também devem ser asseguradas e extensíveis igualmente a todos os demais sujeitos interessados. É por isso que o direito de produzir provas não é assegurado de forma exclusiva ao autor ou ao demandado na ação proposta; a legitimidade do julgador determinar, de ofício, a produção de provas, com o propósito de enriquecer o debate dos fundamentos da pretensão, bem como a possibilidade de qualquer interessado requerer a produção de qualquer prova legitimamente admitida em direito são bons exemplos para ilustrar a dimensão teórica do princípio da ampla defesa.

O exaurimento dos argumentos e das provas possíveis e necessariamente produzidas não pode ser suprimido cronologicamente pelo dogma da celeridade, da economia e da efetividade processual. Isso significa dizer que uma possível sumarização da cognição, concretizada pela limitação da ampla defesa e do contraditório, terá como consequência a nulidade do provimento. Não se pretende aqui sustentar a realização de demandas intermináveis; pelo contrário, é nítida a necessidade de estabelecimento de prazos preclusivos para regulamentar o exercício da ampla defesa e do contraditório nas ações judiciais. Entretanto, enquanto não ocorrer o advento da preclusão temporal e do momento em que o julgador fixará os pontos controvertidos na fase saneadora do procedimento, as partes interessadas terão

legitimidade para levantar qualquer argumento, produzir todas as provas necessárias ao esclarecimento objetivo da pretensão e se utilizar de todos os meios lícitos e legítimos, admitidos em direito, para assegurar a amplitude adequada à construção do mérito processual.

O estudo da jurisdição e a sua releitura crítica são fundamentais para o entendimento da problemática científica proposta na presente pesquisa, qual seja, os critérios e os fundamentos jurídico-constitucional-democráticos de construção participada do mérito processual, e sua relação com o princípio da imparcialidade do juízo, corolário da fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais.

A jurisdição no Estado Democrático de Direito não pode ser vista e compreendida como uma atividade pessoal do juiz ou o poder de julgar de forma justa, tendo em vista que se trata de uma “atividade estatal subordinada aos princípios e fins do processo” (LEAL, 2009, p. 66), ou seja, não devemos compreender a jurisdição como uma atividade jurídico-resolutiva e pessoal do juiz, mas o próprio conteúdo da lei conduzido pelos agentes indicados na lei democrática (LEAL, 2009, p. 63). Nesse mesmo sentido crítico se manifesta Rosemiro Pereira Leal

Já, por muitas vezes, falamos da polissemia exalada pela palavra “justiça” prodigamente utilizada pelos juristas que colocam a **jurisdição** como módulo central do sistema teórico e normativo do Direito Processual, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco, dizendo que o “processo é permeável aos influxos axiológicos da sociedade, devendo o modo de ser do processo estar presente no espírito do juiz no momento do julgamento”. Evidente que, a aceitar sem reservas tais colocações, o processo se transfigura em estranha ritualística de judicância carismática, num retrocesso desalentador que chega às raias do hermetismo, porque só plenamente operável por uma sensibilidade superior e imanente ao bom juiz, como donativo da divindade (LEAL, 2009, p. 66).(grifo nosso)

O estudo sistemático da jurisdição constitucional passa pela revisitação dos seus aspectos teóricos primordiais, quais sejam, a noção de que o exercício da atividade jurisdicional decorre da legitimidade do julgador dizer, de forma livre, o direito mais adequado ao caso concreto, podendo, assim, se utilizar de critérios e parâmetros jurídicos e metajurídicos⁷ (juízos

⁷ É certo que o juízo do bem e do mal das condutas humanas é feito em primeiro lugar pelo legislador e depositado no texto da lei, mas também ninguém desconhece que esta, uma vez posta, se destaca das intenções de quem a elaborou e passa a ter o seu próprio espírito; a *mens legis* corresponde, assim, ao juízo axiológico que razoavelmente se pode considerar como instalado no texto legal. Ao juiz cabe esse trabalho de descoberta. Mesmo não sendo legislador ou a ele equiparado, mesmo negando-se que o juiz seja substancialmente criador de direitos e obrigações (repúdio à Teoria Unitária do ordenamento jurídico), mesmo desconsiderando-se a influência que emana do direito jurisprudencial (*Richterrecht*), ainda assim sempre é preciso reconhecer que o momento da decisão de cada caso concreto é sempre um momento valorativo. Como todo intérprete, incumbe ao juiz postar-se como canal de comunicação entre a carga axiológica atual da sociedade em que vive e os textos, de modo que estes fiquem iluminados pelos valores reconhecidos e assim possa transparecer a realidade de norma que contém no momento presente. O juiz que não assuma essa postura perde a noção dos fins de sua própria atividade, a qual poderá ser exercida até de modo bem mais cômodo, mas não corresponderá às exigências da justiça. Para o adequado cumprimento da função jurisdicional, é indispensável **boa dose de sensibilidade do juiz** aos valores

axiologizantes, juízos de equidade) para a criação, a interpretação e a aplicação do direito mais adequado ao caso concreto. Os reflexos desse entendimento quanto ao estudo do mérito é que a legitimidade para a definição das questões relevantes a integrar a matéria de mérito é uma prerrogativa exclusiva do julgador. Não são as partes que direcionam o debate do mérito, mas, sim, será a autoridade do juiz quem conduzirá toda a apreciação, a análise e a interpretação de quaisquer alegações de fato e de direito que integrarão a decisão meritória solitariamente proferida pelo decididor.

Submeter o tema jurisdição à reflexão científica na seara da constitucionalidade democratizante é perceber que se trata de uma atividade exercida pela principiologia regente do processo (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, isonomia processual) e de forma compartilhada pelo julgador e todos os demais sujeitos legitimados ao debate processual da pretensão deduzida. Inspirado nesses fundamentos que Ronaldo Bretas de Carvalho Dias entende que a jurisdição constitucional deve ser vista como um direito fundamental

[...] no Estado Democrático de Direito, a jurisdição é direito fundamental das pessoas naturais e jurídicas, sejam estas de direito público ou de direito privado, porque positivado ou expresso no texto da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, inciso XXXV). Exatamente por isto, se é direito fundamental do povo, em contrapartida, é atividade-dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da própria Constituição, somente possível de ser exercida sob petição daquele que a invoca (direito de ação) e mediante a indispensável garantia fundamental do devido processo constitucional (art. 5º, incisos LIII, LIV e LV) (2010, p. 74-75).

Partindo-se da pressuposição de que a jurisdição é um direito fundamental, cuja titularidade pertence a toda pessoa física ou jurídica que demonstre interesse com relação a uma determinada pretensão, o exercício das atribuições legais do julgador deve condizer com a iniciativa de viabilizar a constituição de um espaço processual de debate e de testificação dos fundamentos inerentes ao objeto da ação judicial proposta. No âmbito do processo civil a jurisdição constitucional deverá ser exteriorizada mediante postura adotada pelo julgador no sentido de assegurar amplamente a ingerência e a participação das partes interessadas na construção do mérito processual, tendo em vista que a imparcialidade do julgador restará observada quando o mesmo se dispuser a analisar racionalmente todas as alegações e provas discursivamente produzidas pelas partes no âmbito processual.

sociais e às mutações sociológicas de sua sociedade. O juiz há de estar comprometido com esta e com as suas preferências. Repudia-se o juiz indiferente o que corresponde a repudiar também o pensamento do processo como instrumento meramente técnico. Ele é instrumento político, de muita conotação ética, e o juiz precisa estar consciente disso. As leis envelhecem e também podem ter sido mal feitas. Em ambas as hipóteses carecem de legitimidade as decisões que as considerem isoladamente e imponham o comando emergente da mera interpretação gramatical. Nunca é dispensável a interpretação dos textos legais no sistema da própria ordem jurídica positiva em consonância com os princípios e garantias constitucionais (interpretação sistemática) e sobretudo à luz dos valores aceitos (interpretação sociológica, axiológica) (grifo nosso) (DINAMARCO, 1996, p. 294-295).

É nesse contexto propositivo que se torna relevante afirmar que a jurisdição constitucional não é sinônimo de autoridade ou poder do julgador no ato de decidir solitariamente de forma constitucionalizada e, por isso, não pode ser vista e compreendida como a autonomia conferida aos magistrados, Tribunais Estaduais e Superiores de julgar unilateralmente pretensões a ele submetidas, sem permitir qualquer interferência dos legitimados ao provimento. A constitucionalização da do processo e da jurisdição, agora vista como um direito fundamental corolário da cidadania, viabiliza a qualquer interessado o direito de construção participada de toda e qualquer decisão judicial, cujos efeitos jurídicos poderão afetá-lo, não restringindo o debate processual apenas aos sujeitos que integram originariamente o processo.

4. A formação participada do mérito processual como reflexo do modelo constitucional de processo democrático.

A formação participada do mérito no contexto do processo civil brasileiro é considerada desdobramento teórico que fundamenta e sistematiza o modelo constitucional de processo. Nesse sentido é possível afirmar que “o mérito processual deverá refletir todo esse debate processual realizado entre os interessados e legitimados ao provimento, obrigando o julgador a se manifestar, de forma juridicamente fundamentada, sobre as proposições e os questionamentos propostos pelas partes ao longo do procedimento” (COSTA, 2012, p. 268).

Todas as vezes que o magistrado se omite, ignora, desconsidera ou deixa de analisar e de se posicionar quanto às questões de mérito suscitadas pelas partes interessadas estará negando a prestação da jurisdição, considerada um direito fundamental corolário do exercício da cidadania, além de ocasionar às partes interessadas evidente cerceamento de defesa, decorrente da violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e da isonomia processual.

O mérito processual deve ser resultado da interação e da participação efetiva de todos os interessados no provimento final, mediante a apresentação de temas e pontos controversos que sejam correlatos à pretensão inicialmente deduzida em juízo, na definição das questões de mérito e, por conseguinte, no amplo debate e na discursividade da pretensão no âmbito da processualidade democrática.

A construção participada do mérito processual no processo civil deve ser vista como uma forma legítima de exercício da cidadania, mediante a ampliação das vias de acesso ao judiciário e de participação dos interessados na definição e no debate de todas as questões de

mérito que integram a pretensão. Qualquer medida utilizada para limitar, suprimir ou restringir a participação dos interessados na construção discursiva do mérito processual representa a deslegitimação democratizante do provimento, uma vez que reproduz um modelo autocrático de processo, cujo exercício da jurisdição e a definição das questões de mérito ficam adstritas à autoridade do julgador, por ser considerada exclusivamente sua prerrogativa.

Diante das proposições ora expostas verifica-se que a implementação do princípio da imparcialidade do juízo decorre diretamente da oportunidade conferida aos sujeitos do processo de serem coautores do provimento final, ou seja, a decisão judicial deverá refletir a racionalidade crítica do julgador quanto à análise de todas as provas e alegações oportunamente produzidas e trazidas aos autos pelas partes, evitando-se a perpetuação do decisionismo judicial, reflexo da discricionariedade e protagonismo exercidos pelo magistrado.

5. Imparcialidade do juízo como corolário da fundamentação racional dos provimentos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito

A Constituição brasileira de 1988 trouxe uma proposta teórica de um modelo de processo visto essencialmente como um *locus* da formação participada do mérito processual, através da atuação direta de todos os interessados juridicamente na pretensão deduzida. Os próprios destinatários do provimento são seus co-autores. O contraditório é visto como um princípio constitucional explícito que legitima todos os interessados no direito de argumentação fática e jurídico-legal da questão (ponto controverso) levado ao judiciário. A implementação do contraditório decorre da obrigatoriedade de o magistrado ter que se posicionar e fundamentar juridicamente toda questão suscitada pelos interessados no provimento. No momento em que o julgador se esquivava ou se omite quanto à apreciação de uma ou mais questões suscitadas pelas partes deixa de assegurar efetivamente o princípio do contraditório no caso concreto.

O CPC 2015 reforça, ainda, a necessidade de uma decisão fundamentada de forma qualificada, quando, ao usar uma técnica peculiar, dispõe sobre o que não se considera fundamentação adequada, na redação do art. 489⁸. Isso apenas reafirma o entendimento

⁸ Art. 489. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado

anteriormente exposto de que a composição do mérito deverá refletir, de maneira adequada e o mais exaustiva quanto possível, o “desejo” das partes. Quando o magistrado deixa de apreciar uma ou mais questão de mérito alegada pelas partes, não se preocupando sequer em fundamentar sua recusa, ocorre a negativa da jurisdição. Há de se lembrar que no Estado Democrático de Direito a jurisdição deve ser vista como um direito assegurado a todos, indistintamente, de poder propor, debater e argumentar em juízo todas as pretensões as quais são titulares.

A negativa da jurisdição materializa-se em diversas situações, tais como: a) a supressão do direito das partes alegarem questões de mérito consideradas relevantes ao caso concreto e a pretensão inicialmente deduzida em juízo, ou seja, pela negativa do magistrado em não permitir que todas as partes juridicamente interessadas na pretensão deduzida possam participar da definição das questões de mérito; b) a violação do direito das partes juridicamente interessadas debaterem amplamente as questões de mérito levadas aos autos; c) a dispensa do magistrado em não ter o dever de se posicionar e de fundamentar todas as questões de mérito trazidas aos autos pelas partes interessadas, além de configurar verdadeira negativa de jurisdição, acarreta o cerceamento de defesa e o absoluto abandono do modelo de processo preconizado pela Constituição Federal de 1988 (CF 88).

Por isso, pensar o processo civil sob a égide do constitucionalismo democrático pressupõe inicialmente implementar, de forma efetiva, o princípio da participação, princípio esse que deve ser visto como um meio legítimo de garantia de formação participada do mérito, mediante a proposição e o debate das questões de mérito por todos os sujeitos juridicamente interessados na pretensão.

O cerceamento de defesa decorre essencialmente desse não enfrentamento de todas ou de parte das questões levadas pelas partes ao judiciário. A ampla defesa também é um princípio constitucional explícito que autoriza o jurisdicionado a produzir todas as provas e a se utilizar de todos os meios de provas suficientemente legítimos e coerentes com o objeto da demanda. Eventual indeferimento do pedido de produção de alguma prova específica deverá ser pautado na fundamentação fática e jurídico-legal da incoerência e desnecessidade de produção da respectiva prova como referencial lógico para o esclarecimento objetivo das questões trazidas

de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2o No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3o A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

a juízo. O cerceamento de defesa fica evidente no momento em que o decididor indefere o pedido de produção de provas pautado na ideologia de que já está convencido acerca dos pontos controversos que integram a pretensão deduzida. A valoração subjetiva pelo julgador das provas produzidas em juízo, absolutamente desvinculada da racionalidade discursiva, torna a decisão judicial nula e contrária ao texto constitucional.

Já o princípio do devido processo legal, também explicitamente previsto no texto constitucional, deverá ser inicialmente compreendido como o direito que o jurisdicionado tem de não ser surpreendido com uma decisão solitariamente proferida pelo magistrado. Trata-se de princípio que garante às partes interessadas o direito de serem efetivamente coautoras do provimento jurisdicional, de modo a interferir e participar diretamente da construção discursiva da decisão que deve ser mero reflexo daquilo que foi objeto do debate realizado pelas partes no âmbito processual. A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia assegurada ao jurisdicionado de que não será surpreendido por conjecturas subjetivas decorrentes do senso inato de justiça que macula a atividade jurisdicional autocrática.

É nesse contexto teórico-propositivo que a imparcialidade do juízo é vista como o direito que o jurisdicionado tem de que sua pretensão será objetivamente julgada a partir de critérios de cunho jurídico-constitucionais. Ou seja, a imparcialidade não se confunde com a neutralidade. Imparcial é o julgador que se posiciona diante do caso concreto, utilizando-se de fundamentos de natureza constitucional. Neutro é todo aquele juiz que se esquia de se posicionar quanto ao caso concreto, proferindo uma decisão obscura, que muitas vezes não garante nem nega direitos ao jurisdicionado.

A imparcialidade é um princípio jurídico que precisa ser revisitado. Agir com imparcialidade é o mesmo que decidir de forma parcial, fundamentando juridico-constitucionalmente sua decisão. É por isso que o princípio da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais é corolário da imparcialidade do juízo. O juiz que decide no Estado Democrático de Direito de forma imparcial é aquele que fundamenta objetivamente seu provimento, encontrando a argumentação jurídico-constitucional mais pertinente e coerente com as questões de fato inerentes à pretensão deduzida. O princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é a garantia constitucional do processo no Estado Democrático de Direito:

A importância do princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais é demonstrada ao se constatar sua recepção em enunciados normativos expressos nos ordenamentos jurídicos modernos, quer no plano constitucional, quer no plano infraconstitucional, impondo aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico de motivarem seus pronunciamentos decisórios, visando a afastar o arbítrio judicial, caracterizado por anômalas ou patológicas intromissões de ideologias do julgador na

motivação das decisões, de forma incompatível com os princípios que estruturam o Estado Democrático de Direito (DIAS, 2010, p. 125-126).

Como exposto, sabe-se que a fundamentação racional das decisões judiciais é uma garantia constitucional assegurada a todo jurisdicionado de que suas pretensões não serão apreciadas a partir de concepções e pressuposições decorrentes da subjetividade e do pessoalismo do julgador. Nesse sentido, a imparcialidade do julgador vincula-se diretamente com a obrigatoriedade de fundamentação jurídico-constitucional de todos os seus atos, levando-se em consideração todas as peculiaridades do caso concreto. O cerceamento de defesa materializa-se quando o contraditório ou a ampla defesa não são oportunizados; quando o julgador oportuniza formalmente o contraditório, concedendo ao jurisdicionado o direito de apresentar suas alegações e simplesmente desconsidera todas ou parte dessas alegações no momento de decidir; quando o juiz julga com base em critérios subjetivos, metajurídicos, axiológicos e absolutamente contrários às provas dos autos; quando sumariza a cognição e limita o espaço de debate legítimo das questões controversas que integram a pretensão deduzida em juízo. A releitura crítica do princípio da imparcialidade torna-se juridicamente relevante no momento em que se percebe que quando o magistrado decide de forma pessoal certamente cerceia o direito de defesa das partes, tornando, assim, a decisão ora proferida absolutamente nula.

A superação dessa cultura jurídica da valoração do caso concreto pelo julgador passa diretamente pela hermenêutica jurídica, considerada o referencial teórico balizador da atividade jurisdicional, de modo que as partes interessadas compreendam e visualizem o provimento final como reflexo da leitura jurídica que o magistrado fez acerca do caso concreto e a partir de todas as alegações e argumentações de cunho fático e jurídico trazidas pelas partes no processo. O provimento final deve ser consequência do debate jurídico da pretensão, ocorrido no âmbito processual, e não mera consequência das percepções pessoais do julgador no ato de decidir, requisitos esses essenciais para assegurar a efetividade do princípio da imparcialidade do juízo, reflexo da formação dialógico-participada do mérito processual pelos sujeitos do processo.

6. Conclusão

O modelo constitucional de processo proposto pelo Estado Democrático de Direito tem como referencial teórico a utilização da racionalidade crítica como critério regente da fundamentação dos provimentos jurisdicionais. Para isso, a participação dialógica dos interessados na formação do mérito processual é pressuposto para a legitimidade democrática

do conteúdo decisório e corolário da imparcialidade do juízo no âmbito do processo civil brasileiro. Nesse contexto propositivo, a decisão democrática exige inicialmente a ruptura com as premissas autocráticas e fundantes do processo e da jurisdição, construídos a partir do protagonismo e da discricionariedade do julgador, sujeito esse legitimado e autorizado pressupostamente a utilizar parâmetros metajurídicos e axiologizantes como critérios de fundamentação de suas decisões judiciais.

A revisitação teórica do princípio da imparcialidade do juízo passa inicialmente pelo entendimento de que o mesmo é corolário da fundamentação racional das decisões. Juízo imparcial não pode ser confundido com a neutralidade judicial. Imparcial é o julgador que se posiciona diante do caso concreto, utilizando-se de critérios jurídico-constitucionais para a análise exauriente de todos os pontos controversos e provas produzidos pelas partes no âmbito processual civil. Neutro é o julgador que profere decisões obscuras, que se omite quanto ao enfrentamento racional das alegações das partes e, também, deixa de reconhecer expressamente a pretensão deduzida em juízo.

Visando esclarecer o debate proposto foi realizado um estudo sobre os breves apontamentos teóricos que explicam o processo e a jurisdição constitucional no âmbito das sociedades democráticas. Nesse sentido, o processo é visto como *locus* de ampla discursividade dos pontos controversos que integram a demanda, além da oportunidade conferida às partes de produzirem provas necessárias ao esclarecimento objetivo dos fatos alegados. A jurisdição constitucional é compreendida como um direito fundamental conferido aos sujeitos do processo de obterem um provimento jurisdicional que seja reflexo da análise e estudo racional e exauriente do julgador acerca das provas e alegações produzidas nos autos. Por isso, sempre que o magistrado deixar de analisar alguma prova ou alegação, limitar o espaço processual de debate e fazer prevalecer seu protagonismo ocasionará o cerceamento de defesa, seguido da negativa da prestação jurisdicional.

A partir dessas premissas debatidas ao longo do texto foi desenvolvido um estudo sobre a formação participada do mérito, demonstrando-se que se trata de reflexo do modelo de processo civil democrático que assegura a construção dialética do provimento final pelos sujeitos interessados na lide e, conseqüentemente torna viável a efetividade do princípio da imparcialidade do juízo, como desdobramento lógico da fundamentação racional das decisões judiciais.

A revisitação teórica do princípio da imparcialidade, no contexto do processo civil constitucionalizado no Estado Democrático de Direito, evidencia que a formação participada do mérito processual constitui um meio de assegurar racionalidade crítica ao provimento final,

que deverá ser reflexo direto da análise exauriente pelo julgador de todas as provas e alegações trazidas pelos interessados no espaço processual de debate amplo da pretensão deduzida.

7. Referências

AGUIAR, Cynara Silde Mesquita Veloso de; COSTA, Fabrício Veiga; SOUZA, Maria Inês Rodrigues de; TEIXEIRA, Welington Luzia. **Processo, Ação e Jurisdição em Oskar von Bülow. Estudos Continuados de Teoria do Processo.** Coordenador Rosemiro Pereira Leal. v. VI. Porto Alegre: Síntese, 2005.

ALMEIDA, Andréa Alves de. **Processualidade Jurídica e Legitimidade Normativa.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. **JUÍZES LEGISLADORES?** Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

COSTA, Fabrício Veiga. **MÉRITO PROCESSUAL** – a formação participada nas ações coletivas. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CRUZ, Clenderson. **A AMPLA DEFESA NA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Ronaldo Bretas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** Belo Horizonte; Del Rey, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRETA, Roberta Maia. **INTRODUÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do Processo em Crise.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Processual da Decisão Jurídica.** São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como Teoria da Lei Democrática.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e cognição – uma inserção no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARINONI, Luís Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PIMENTA, André Patrus Ayres; MARQUES, Cláudio Gonçalves; QUEIROZ, Flávia Gonçalves de; VIEIRA, Lara Piau. **Processo, Ação e Jurisdição em Chiovenda. Estudos Continuados de Teoria do Processo**. Coordenador Rosemiro Pereira Leal. v. V. Porto Alegre: Síntese, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido como minha consciência?** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.