

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

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

ANDRÉ CORDEIRO LEAL

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

P963

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

CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: André Cordeiro Leal, Maria Dos Remédios Fontes Silva, Valesca Raizer Borges Moschen – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-133-3

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

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetivação da justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O XXIV Congresso do CONPEDI, realizado em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da UFMG, da Universidade Fumec e da Escola Superior Dom Helder Câmara, ocorreu em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 11 e 14 de novembro de 2015, sob a temática Direito e Política: da Vulnerabilidade à Sustentabilidade.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II desenvolveu suas atividades no dia 13 de novembro, na sede da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, e contou com a apresentação de vinte e nove textos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção *intuitu personae* e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos

problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen - UFES

Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva - UFRN

Prof. Dr. André Cordeiro Leal - FUMEC

Coordenadores do Grupo de Trabalho

IMPARCIALIDADE DO JUÍZO X A CONSCIÊNCIA DO JULGADOR NO ATO DE DECIDIR: UM ESTUDO CRÍTICO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA E DO ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FAIRNESS OF JUDGMENT X THE JUDGE AWARENESS IN THE ACT OF DECIDE: A CRITICAL STUDY OF DEMOCRATIC PROCESSUALITY AND ARTICLE 489 OF THE NEW CIVIL PROCEDURE CODE

Fabrcio Veiga Costa

Resumo

A liberdade do dedicator julgar nos ditames de sua consciência e subjetividade, visando absolutizar e perpetuar a ideologia da justiça e da paz social é mero reflexo de um concepção autocrática e de um modelo de processo que se desenvolve a partir do entendimento teórico de que a jurisdição é uma atividade pessoal do magistrado, cuja legitimação decorre de argumentos e de fundamentos pressupostos que coincidem com a sacralização e a divinização da pessoa do julgador. A construção de todo o pensamento teórico concernente, especificamente, ao processo e a jurisdição encontra-se diretamente vinculado à autoridade do juiz, pessoa dotada, no entendimento da maioria dos estudiosos, de uma sabedoria inata capaz de diluir e solucionar os conflitos de interesses a partir de sua percepção individual, pressuposta e inata sobre o que é o justo. O maior desafio da Filosofia e da Ciência do Direito é compreender a amplitude polissêmica, dicotômica e, muitas vezes, vazia sobre o justo sem incorrer na clássica armadilha da utilização da subjetividade e da consciência como referenciais para explicar a justiça. É exatamente nessa realidade utilitarista e pragmática que se encontra inserida a sociedade cognominada pós-moderna, mas que ao mesmo tempo convive com a universalização de ideologias pautadas na irracionalidade e na subjetividade daquele que decidirá. O Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015), em seu artigo 489, propõe a revisitação dos critérios de fundamentação das sentenças. O juiz, no ato de decidir, não mais poderá decidir de forma genérica, uma vez que toda citação doutrinária, de texto de lei, jurisprudência, deverá ser contextualizado pontualmente com as questões controversas que integram a demanda. Além disso, o magistrado deverá se manifestar sobre todas as questões alegadas pelas partes em juízo, justificando juridicamente porque acolheu os argumentos da parte vencedora e porque deixou de acolher os argumentos e alegações da parte sucumbente. O novo Código de Processo Civil revisita o conceito de sentença no que atine aos critérios de fundamentação jurídica das decisões.

Palavras-chave: Principio da imparcialidade, Processualidade democrática, Artigo 489 do novo código de processo civil

Abstract/Resumen/Résumé

Freedom of dedicator judge the dictates of their conscience and subjectivity, aiming absolutize and perpetuate the ideology of justice and social peace is a mere reflection of an

autocratic design and a process model that develops from the theoretical understanding that jurisdiction It is a personal activity of the magistrate, whose legitimacy stems from arguments and fundamentals assumptions that coincide with the consecration and the deification of judgmental person. The construction of the whole theoretical thought concerning, specifically, the process and the jurisdiction is directly linked to the judge's authority, gifted person, according to the majority of scholars, an innate wisdom able to dilute and resolve conflicts of interest from their individual perception, presupposed and innate about what is fair. The biggest challenge of Philosophy and Law of Science is to understand the polysemic range, dichotomous and often empty on the fair without incurring the classic trap of using subjectivity and consciousness as reference to explain justice. It is precisely this utilitarian and pragmatic reality that is inserted postmodern nicknamed society, but at the same time live with the universal ideologies ruled in irrationality and subjectivity of the one who will decide. The new Brazilian Civil Procedure Code (Law 13,105 / 2015), article 489, proposes to revisit the basis of the judgments criteria. The judge, upon deciding, can no longer decide in a general manner, since all doctrinal quotation, law text, jurisprudence, must be contextualized punctually with the controversial issues that are part of the demand. In addition, the magistrate shall issue an opinion on all matters alleged by the parties in court, justified legally because welcomed the arguments of the winning party and because he left to host the arguments and claims of the losing party. The new Civil Procedure Code revisits the concept of judgment in atine the legal basis of criteria of decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle of impartiality, Democratic processuality, Article 489 of the new civil procedure code

1. Introdução

Constitui objetivo geral da presente pesquisa científica desenvolver um estudo acerca do princípio da imparcialidade do juízo numa perspectiva comparativa com a carga de subjetividade o julgador no ato de decidir. O que propõe a presente pesquisa é demonstrar a necessidade de os estudiosos apresentarem proposições teóricas construídas a partir da Hermenêutica Constitucional Democrática, que representa o contraponto da discricionariedade do juiz, cujo referencial são juízos axiologizantes e de equidade. Especificamente pretende-se desenvolver um estudo jurídico do artigo 489 do Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015), com a finalidade de demonstrar que tal dispositivo legal tem o condão de propor uma revisitação teórica acerca do tema. A obrigatoriedade de o magistrado fundamentar as sentenças de forma não mais genérica, justificando e contextualizando as citações doutrinárias, jurisprudenciais, legais e constitucionais com os pontos controversos que integram a pretensão deduzida em juízo; a obrigatoriedade de os magistrados enfrentarem todas as questões de fato e de direito alegadas pelas partes como forma de efetivar os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal são questões que propostas pelo legislador do Novo Código de Processo Civil como forma de tornar mais objetiva e amenizar a carga metajurídica no provimento final.

A imparcialidade do juízo não pode trazer no seu bojo a ideologização de neutralidade do juiz, até porque, no momento de decidir o julgador obrigatoriamente tem que se posicionar e não agir com neutralidade. O que é preciso compreender inicialmente é que imparcialidade é um princípio corolário da obrigatoriedade de fundamentação jurídico-constitucional de todos os atos processuais, ou seja, consiste na superação da prevalência de argumentos metajurídicos e subjetivos como referenciais para decidir o caso concreto. Mesmo sabendo-se que o julgador é uma pessoa que sofre influência da sociedade, dos costumes e da cultura onde se encontra inserido, sabe-se que a leitura mais coerente e adequada com a processualidade democrática é aquela que privilegia a argumentação, a interpretação e a leitura jurídica das pretensões deduzidas em juízo, em detrimento da utilização da emoção, do mito do justo e da tradição de que o juiz é o sujeito legitimado a distribuir a justiça entre aquelas pessoas envolvidas em determinado conflito de interesses.

É nesse contexto que se pretende demonstrar que a consciência do julgador não pode ser o norte a reger e a conduzir a construção da decisão judicial. No momento em que uma pretensão é levada ao Judiciário a última expectativa do jurisdicionado deve ser aquela referente à opinião ou à visão subjetiva do julgador sobre um determinado caso concreto. O direito de ação no Estado Democrático materializa-se na oportunidade que o jurisdicionado tem de não se submeter a uma jurisdição sacerdotal, de poder discutir efetivamente as questões de fato e de direito que integram o mérito da pretensão deduzida em juízo e, acima de tudo, obter um provimento discursivamente construído pelas partes interessadas a partir de um debate que se desenvolve mediante critérios objetivamente jurídicos, em que a subjetividade do julgador fica para segundo plano, devendo prevalecer a Hermenêutica Constitucional como referencial para a análise da pretensão deduzida.

A crítica jurídica é o parâmetro para a apresentação de proposições teórico-democráticas, cujo propósito é viabilizar a superação de um modo de pensar o direito a partir de valores, ideologias, subjetividade e argumentações pressupostas. É necessário a ressemantização do discurso jurídico, para construir uma Hermenêutica em que seja viável efetivamente pensar o direito na perspectiva epistemológica, buscando-se superar o dogmatismo jurídico, considerado o referencial para a perpetuação daquela concepção positivista, taxonômica e engessada através da qual o máximo que o julgador consegue desenvolver é a reprodução do Direito decorrente de sua subjetividade e da mera adequação do fato à norma jurídica.

O provimento final deverá ser reflexo da ampla discursividade das questões de fato e de direito que integram o mérito processual, cuja construção deverá decorrer do exercício do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual, do devido processo legal e da obrigatoriedade de fundamentação jurídica coerente com a pretensão deduzida. Os limites de atuação dos magistrados são definidos pelo princípio da legalidade, o que implica dizer que constitui dever do julgador apreciar e se posicionar juridicamente sobre todas as questões suscitadas pelas partes no âmbito processual. Todas as vezes que o magistrado se esquiva, fica inerte ou se omite quanto à análise jurídica de uma ou mais questões fático-jurídicas trazidas pelas partes no processo haverá a configuração do cerceamento de defesa, tendo em vista constituir seu dever a análise jurídica de tudo o que for alegado e tiver relação direta ou indireta com a pretensão deduzida em juízo.

Quanto à metodologia foi utilizada inicialmente a pesquisa teórico-bibliográfica através da consulta a artigos científicos, livros e autores que debatem direta ou indiretamente as questões teóricas que integram o objeto do presente estudo. A pesquisa documental também foi desenvolvida no momento em que se fez necessária a análise do texto legal do Novo Código de Processo Civil como forma de verificar as novas proposições legislativas no que atine ao princípio da imparcialidade e obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais. A construção de análises temáticas, comparativas, teóricas, históricas e comparativas foram essenciais para a realização de um estudo crítico-epistemológico do tema-problema objeto da presente pesquisa.

1. A dogmática como fundamento da norma jurídica posta e pressuposta frente à liberdade do dedizador no ato de julgar: uma breve revisitação da historicidade da atuação do magistrado no ato de julgar

A consciência do juiz na tradição europeia é um tema que permeia toda a história da humanidade. Esse breve resgate histórico nos permite compreender a formação do pensamento ideológico vigente de que a figura do juiz se equipara à de entidades divinizadas. Sob o ponto de vista cronológico, é historicamente difícil situar o surgimento do juiz oriental, de forma a expor linearmente o desenvolvimento de sua função, tendo em vista que durante os períodos antigos da história o poder de julgar pertenceu, durante muito tempo, aos chefes de família (LAFONT, 2010, p. 25-26).

No período do Direito Romano “a consciência do juiz constitui, em geral, um dado estrutural da ontologia do direito e, inversamente, o direito é o testemunho da consciência moral” (TOUYA, 2010, p. 59). No período medieval verifica-se que a consciência do juiz é, antes de tudo, cristã, tendo em vista que tem deveres para com Deus, o Juiz supremo e modelo para os juizes terrenos (CARBASSE, 2010, p. 80).

No período da Idade Moderna o juiz passa a exercer suas atribuições de modo livre, vinculando-se à norma jurídica se considerá-la justa, podendo, inclusive, violá-la em nome de um princípio moral ou religioso que ele considere superior (SCHIOPPA, 2010, p. 113). Especificamente na França do século XVI o ato de julgar se equiparava a uma função

divina, visto que o pensamento jurídico da época encontrava-se diretamente impregnado pelos preceitos advindos das Sagradas Escrituras (THIREAU, 2010, p. 157). Ainda no século XVI os magistrados franceses permanecem fiéis à tradição cristã e à voz de Deus (ZAGAMÉ, 2010, p. 185).

O século XIX caracteriza-se pela superação do pensamento sistemático legado pelo jusnaturalismo e o advento do racionalismo jurídico, que culminou com a positivação do direito escrito emanado de um poder constituído responsável pela sistematização da norma jurídica a partir de regras costumeiras. Trata-se de um direito posto pelo legislador no contexto de um Estado absolutista, que refletia claramente a ideologia de perpetuação da autoridade estatal mediante a pulverização da proclamação da universalização dos direitos à igualdade e liberdade (FERRAZ JUNIOR, 2003, p. 72-73). Sob o ponto de vista crítico, pode-se afirmar que o direito proposto pelo Estado Liberal é de cunho essencialmente individualista e que no contexto processual representou significativa contribuição teórica para a construção de um modelo de processo através do qual o juiz obrigatoriamente se colocava em posição hierarquicamente superior às partes, exercendo a jurisdição como uma atividade pessoal voltada à distribuição da justiça e da paz social entre as pessoas envolvidas direta ou indiretamente em conflitos de interesses.

O juiz do século XIX começa a ser visto com o sujeito dotado de uma percepção inata de justiça e, por isso, utiliza essa sua sabedoria sacerdotal no ato de interpretação e de aplicação da lei. É por isso que se pode afirmar que “o juiz do século XIX não trata a fundamentação de suas decisões de maneira tão fria quanto seu antecessor” (BEIGNIER, 2010, p. 327). Com o advento do positivismo jurídico verifica-se na atuação do juiz do século XIX a tendência de adequação do fato a norma, ou seja, “o juiz do século XIX tem por missão aplicar estritamente a vontade legisladora (A) que ele chegará, às vezes, a elucidar por referências aos métodos tradicionais de interpretação da lei (B)” (BEIGNIER, 2010, p. 329).

O que se pode depreender desse período da história da humanidade é que a aplicação do direito ao caso concreto ficou um tanto engessada pelas proposições juspositivistas perpetradas pelo legislador. A atuação dos magistrados em adequar o caso concreto à letra fria da lei retirava qualquer possibilidade das partes em obter um provimento jurisdicional

suficiente a levar em consideração as peculiaridades fáticas e os desdobramentos jurídicos específicos da pretensão deduzida em juízo.

Em 1868, o jurista alemão Oskar vön Bülow, autor da Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais, e considerado precursor do Movimento do Direito Livre (LEAL, 2008, p. 45), propõe que o processo é uma relação jurídica¹ entre pessoas (juiz, autor e réu) em que o juiz é considerado o intérprete especializado da lei, exerce a jurisdição como uma atividade pessoal e se coloca hierarquicamente em posição superior às partes envolvidas no conflito de interesses.

A jurisdição era vista como o poder-dever do juiz dizer o direito no caso concreto, ressaltando-se que dizer o direito poderia consistir em adequar o fato à norma; deixar de aplicar a norma se considerá-la injusta ou criar a norma mais adequada ao caso concreto. A atividade jurisdicional não se submetia a qualquer tipo de controle, tendo em vista que o julgador detinha ampla liberdade no ato de decidir, haja vista que o seu compromisso era garantir às partes uma decisão judicial justa. Nesse contexto, sabe-se que o princípio da imparcialidade estava intrinsecamente relacionado com o conceito de justiça subjetivamente definido pelo juiz no ato de julgar.

É a partir da obra de Bülow que se identifica a proliferação do dogma da jurisdição enquanto atividade pessoal do julgador², o que certamente levou o jurista mineiro Ernane Fidelis dos Santos afirmar que “para assegurar a imparcialidade do Juiz, é ele dotado de completa independência, a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior. No exercício da jurisdição o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a própria lei” (STRECK, 2012, p. 35). Isso evidencia claramente que a

¹ Essa relação jurídica processual, a própria essência do processo, diversamente do que ocorre com as demais relações jurídicas, caminha gradualmente, encontrando-se em contínuo movimento. Enquanto as relações jurídicas de direito privado – que constituem o objeto da atividade judicial – aparecem apenas quando já concluídas; 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).

² Para além da operacionalidade *stricto sensu*, a doutrina indica o caminho para a interpretação, colocando a consciência ou a convicção pessoal como norteadores do juiz, perfectibilizando essa “metodologia” de vários modos. E isso “aparecerá” de várias maneiras, como na direta aposta na: a) interpretação como ato de vontade do juiz ou no adágio “sentença como *sentire*”; b) interpretação como fruto da subjetividade judicial; c) interpretação como produto da consciência do julgador; b) crença de que o juiz deve fazer a “ponderação de valores” a partir de seus “valores”; e) razoabilidade e/ou proporcionalidade como ato voluntarista do julgador; f) crença de que “os casos difíceis se resolvem discricionariamente”; g) cisão estrutural entre regras e princípios, em que estes proporciona (ria) uma “abertura se sentido” que deverá ser preenchida e/ou reproduzida pelo intérprete (STRECK, 2012, p. 33).

atividade jurisdicional não se submete a qualquer tipo de controle, tendo em vista que “depois de tantos anos, os juízes aprendem como moldar seu sentimento aos fatos trazidos nos autos e ao ordenamento jurídico em vigor. Primeiro se tem a solução, depois se busca a lei para fundamentá-la” (STRECK, 2012, p. 35).

Está impregnada entre os juristas a clássica ideologia de que o juiz é um ser humano que no ato de decidir deve levar em consideração suas convicções pessoais com o condão de conseguir construir uma decisão justa. Dessa forma, abandona-se o projeto de construção de uma Hermenêutica Constitucional como referencial teórico e objetivo para as decisões para utilizar como referenciais no ato de julgar a justiça, a criatividade e a sensibilidade do juiz. Nesse sentido se posiciona Lídia Reis de Almeida Prado ao afirmar que “A restrição do Direito à norma – de caráter abstrato e geral – não consegue conviver com a nova lei de justiça, que implica uma grande confiança no poder criativo do julgador, de quem se espera uma sensibilidade muito refinada para lidar com o sempre mutante contexto social” (2010, p. 88).

Admitir que um julgador decida a partir de sua criatividade e senso de justiça é uma forma clara de reconhecer e legitimar a violação do princípio da segurança jurídica. Ou seja, no momento em que o jurisdicionado é surpreendido com uma decisão decorrente das convicções pessoais (e não das percepções jurídico-constitucionais) do julgador acerca do caso concreto, certamente é violado no que tange a proteção de seus próprios Direitos. Assim, o judiciário passa a ser visto como um recinto em que nem sempre os direitos dos jurisdicionados são protegidos. A proteção jurídica dos direitos das partes, nesse contexto, fica absolutamente condicionada às convicções pessoais, às crenças e a forte carga de subjetividade do julgador quando da análise do caso concreto.

Nesse contexto teórico, a sentença ou qualquer decisão judicial é vista como um ato de vontade solitária do julgador, do decisionismo, do solipsismo, ou seja, o princípio da imparcialidade fica reduzido ao juízo da autoridade de quem decide, algo que contraria absolutamente a Hermenêutica Constitucional, considerada um ramo da Filosofia do Direito que tem como escopo trazer maior objetividade, racionalidade e critérios científicos no ato de pensar o Direito e de definir os critérios mais adequados constitucionalmente para a análise das pretensões deduzidas em juízo sob o prisma da processualidade democrática. A reprodução desse modelo ontológico é a forma mais clara de conferir discricionariedade

ao juiz no ato de decidir, tendo como referencial o paradigma epistemológico da filosofia da consciência “que se faz presente no imaginário dos juristas” e umbilicalmente vinculado ao sujeito solipsista, produto e reflexo direto do positivismo jurídico” (STRECK, 2012, p. 57).

Importante ressaltar que a crítica que se faz à discricionariedade do juiz no ato de julgar não representa uma proibição de interpretar o direito a ser aplicado ao caso concreto. A compreensão do princípio da imparcialidade sob o viés democrático pressupõe a definição de critérios lógicos, constitucionalizados, jurídico-legais e objetivos de ver, analisar, interpretar, compreender e apreciar as peculiaridades vinculadas a cada pretensão deduzida em juízo.

O princípio da imparcialidade nada mais é do que a parcialidade do juízo vista como corolário da obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões judiciais. Trata-se da superação da subjetividade do julgador pela Hermenêutica Constitucional Democrática dos Direitos Fundamentais. Para Lênio Luiz Streck “[...] o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que esta transforma os juízes em legisladores. E, para, além disso, esse poder discricionário propicia a criação do próprio objeto do conhecimento, típica manifestação do positivismo” (2012, p. 93).

A intensa carga axiológica e metajurídica no ato de julgar são questões que ultrapassam a esfera do debate jurídico justamente pelo fato do respectivo tema não ser, na maioria das vezes, objeto de compreensão a partir da Hermenêutica Constitucional, considerada como referencial teórico para a implementação dos Direitos Fundamentais no Estado Democrático.

A própria etimologia da palavra sentença relaciona-se diretamente ao sentimento do juiz no ato de decidir³. Para Luis Recaséns Siche, citado por Lídia Reis de Almeida Prado, “[...] na produção do julgado, destaca-se o papel do sentimento do juiz, cuja importância fica evidenciada pela etimologia da palavra sentença, que vem de *sentire*, isto é, experimentar uma emoção, uma intuição emocional” (2010, p. 18).

A intuição como critério regente das decisões judiciais traz no seu bojo a significação de que o jurisdicionado encontra-se em absoluta condição de subserviência ao subjetivismo

³ O juiz aplica a lei em sua alma e consciência. Essa fórmula sacramental e ritualizada encerra uma conotação mística, e encontra suas raízes na história. Possui, igualmente, uma conotação moral, uma vez que, segundo a opinião comum, ela significa que continuamos a nos dirigir ao juiz para lhe pedir que pronuncie o bem e o mal (COULON, 2010, p. 387).

do julgador. Nesse mesmo sentido, Joaquim Dualde afirma que “[...] torna-se necessário que o juiz utilize a sensibilidade e a intuição como método de penetrar na realidade, corrigindo as desfigurações advindas da busca do conhecimento através de conceitos” (PRADO, 2010, p. 19). Tais entendimentos perpetrados pelos estudiosos ora mencionados denotam claramente que os julgadores são vistos como pessoas pressupostamente dotadas de uma sabedoria inata, de natureza divino-sacerdotal, com a responsabilidade de assegurar às partes uma decisão justa, produto de seu sentimento e subjetividade. Seriam os magistrados pessoas escolhidas por entidades míticas para fazer valer a justiça entre os homens?

No Brasil, o jurista Miguel Reale, ao propor sua Teoria Tridimensional do Direito, enfatiza a necessidade da humanidade do juiz na implementação da justiça, uma vez que os juízos valorativos (subjetividade do julgador) devem ser vistos como os referenciais lógicos do magistrado no ato de julgar (PRADO, 2010, p. 22-23).

Esses autores certamente contribuem para a mitologização da figura do juiz como entidade divinizada e garantidora da justiça aos jurisdicionados, reforçando substancialmente a autoridade e a autocracia daquele sujeito responsável por decidir.

O próprio uso da toga traz simbolicamente o exercício do poder e da autoridade do juiz no ato de decidir, conforme preceitua Joseph Campbell: “Quando o juiz adentra ao recinto de um tribunal e todos se levantam não estão se levantando para o indivíduo, mas para a toga que ele veste e para o papel que ele vai desempenhar”. Nesse mesmo sentido sabe-se que “quando se torna juiz um homem deixa de ser o que era e passa a ser o representante de uma função eterna [...]. As pessoas percebem que estão diante de uma personalidade mitológica” (1993, p. 12).

Dotados de uma potencialidade inata de pensar, sentir, agir e decidir de forma justa, esse arquétipo de juiz ideologicamente construído para representar o poder do Estado vem corroborar o fenômeno do mito da autoridade, da subordinação da massa de jurisdicionados e de perpetuação da estabilidade social tão idealizada.

Os símbolos da Deusa da Justiça, da toga, da retórica, do uso habilidoso da palavra, da intervenção estatal nas liberdades individuais são todos exemplos que visam demonstrar o poder do Estado materializado na pessoa do juiz, sujeito legitimado a representá-lo,

distribuir a justiça entre os homens e, se necessário for, utilizar-se da força como forma de garantir a manutenção da autoridade e do poder.

Para esses estudiosos a sensibilidade e a criatividade do juiz é uma forma legítima para assegurar a justiça e a democracia de suas decisões. Considerando-se que o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus pilares o sistema participativo, o princípio da legalidade, do contraditório, da ampla defesa, da isonomia processual, do devido processo legal, a obrigatoriedade de fundamentação jurídica das decisões judiciais e o dever de implementação dos Direitos Fundamentais previstos no plano constituinte e instituinte, pode-se afirmar que os respectivos argumentos e proposições são de natureza peremptória e pautada em juízos *a priori*, além de serem absolutamente contrários às proposições teóricas utilizadas como referencial para entender o que é o Estado Democrático de Direito.

Tal crítica científica justifica-se no sentido de que a jurisdição constitucional não pode ser vista como uma atividade pessoal do julgador, tendo em vista que está constantemente sujeita à ampla e irrestrita fiscalidade, sempre que o julgador fizer prevalecer sua subjetividade e emoção em detrimento da construção participada e discursiva do provimento final, produto de critérios objetivamente jurídicos e decorrentes da Hermenêutica Constitucional.

O processo visto como uma instituição constitucionalizada e *locus* da ampla discursividade e fiscalidade da atuação jurisdicional deve ser compreendido como um recinto de formação participada do mérito processual por todos os interessados no provimento final. Por isso, a decisão final não pode ser reflexo de meras conjecturas metafísicas, metajurídicas e axiológicas, e nem do decisionismo pautado na ideológica concepção de justiça decorrente do pessoalismo do julgador.

A imparcialidade do juízo (não do juiz enquanto pessoa, haja vista que a jurisdição no Estado Democrático de Direito não é uma atividade pessoal do julgador) é a garantia assegurada ao jurisdicionado de que sua pretensão será objetivamente apreciada a partir de argumentos e fundamentos de ordem jurídico-constitucional.

2. A construção de um modelo de processo autocrático.

A partir dos séculos XVIII e XIX são desenhados de forma mais clara e evidente 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 decididor.

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 subjetivo⁴ como justa. Fica evidente nesse cenário que o julgador é quem detém

⁴ A quase totalidade dos processualistas envolvidos pelo fascínio de argumentos que se desenvolvem em nome da justiça social e de indicações estratégicas de ação, insiste em conceituar o processo como relação jurídica entre pessoas (autor, réu e juiz) impregnando o direito e a jurisdição de subjetividade do juiz, como se ele, mediante sua sensibilidade, pudesse canalizar os sentimentos da nação, colocando os sujeitos de direito como meros expectadores da ordem jurídico-política” (ALMEIDA, 2005, p. 64-65).

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 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 autocrático⁵ 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.

4. O processo como instituição constitucionalizada no Estado Democrático de Direito.

⁵ A concepção do processo como relação jurídica entre as pessoas, desenvolvida por Bülow em 1868, foi aprimorada por Chiovenda, Carnelutti, Liebman e predomina nos códigos e leis processuais. Admite que o processo é um vínculo entre sujeitos (juiz, autor e réu), em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, conduta. Segundo esta teoria, o processo instaura a subordinação entre as partes e o juiz (ALMEIDA, 2005, p. 62).

A Constituição brasileira de 1988⁶ 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 contraditório⁷ 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 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 prova⁸ 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 a juízo. O

⁶ A partir daí, a institucionalização do processo efetivada pela Constituição de 1988 determina que o ato judicante não mais pode ser abordado como instrumento posto à disposição do Estado para atingir objetivos metajurídicos por via da atividade solitária do julgador. A justiça não mais é do julgador, mas a do povo (fonte única do Direito), que a faz inserir em leis democraticamente elaboradas.

Assim, no plano decisório, o *contraditório*, referido no art. 5º, LV, da CR/88, deve ser entendido, na atualidade, como princípio constitucional que atua como referente inafastável na leitura do Código de Processo Civil e da legislação procedimental no plano infraconstitucional.

O contraditório, como componente de uma estrutura jurídico-institucional, passa a impor, *per se*, modificações à própria idéia de Processo (LEAL, 2002, p. 102-103).

⁷ Mais do que garantia de participação das partes em simétrica paridade, portando, o contraditório deve efetivamente ser entrelaçado com o princípio (requisito) da fundamentação das decisões de forma a gerar bases argumentativas acerca dos fatos e do direito debatido para a motivação das decisões (LEAL, 2002, p. 105).

⁸ Nessa perspectiva, portanto, torna-se patente a obsolescência das abordagens tradicionais a que nos referimos, principalmente quanto à apreciação da prova, porque, como visto, fixam-se somente no fato de que o julgador está adstrito a fundamental racionalmente suas decisões – o que não basta ao novo processo constitucionalizado.

A questão de fundo que é deslembada pela afirmativa de que o juiz é livre para decidir, *bastando* que motive racionalmente sua decisão, é exatamente da própria racionalidade decisória no Estado Democrático de Direito, porque o juiz, mediante *mera* indicação de textos legais e de fórmulas de que se utiliza para aplicação das normas ao caso posto extirparia das partes o direito fundamental de construir discursivamente a própria racionalidade decisória (LEAL, 2002, p. 104-105).

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 desvincilhada da racionalidade discursiva, torna a decisão judicial nula e contrária ao texto constitucional.

Já o princípio do devido processo legal⁹, 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 co-autores do provimento jurisdicional, de modo a interferir e participar diretamente da construção discursiva da decisão que é mero reflexo daquilo que foi objeto do debate realizado pelas partes no âmbito processual.

A constitucionalização do processo é a forma utilizada para garantir a legitimidade democrática das decisões. 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. Nesse sentido se posiciona Ronaldo Bretas de Carvalho Dias

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 (2010, p. 125-126).

⁹ A vigia-mestra do processo constitucional é o devido processo legal, cuja concepção é desenvolvida tomando-se por base os pontos estruturais adiante enumerados, que formaram o devido processo constitucional ou modelo constitucional do 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 revisitação teórica do modelo de processo calcado em raízes autocráticas passa diretamente pela constitucionalização do discurso utilizado como referencial para a construção dos provimentos jurisdicionais. Trata-se da forma mais adequada, legítima e coerente de criticar juridicamente o arbítrio do julgador no ato de decidir. A segurança jurídica do jurisdicionado quanto aos provimentos está diretamente vinculada ao direito que o mesmo tem de não ter sua pretensão julgada a partir de argumentos axiologizantes.

A Hermenêutica Constitucional deve ser o referencial lógico e jurídico das decisões judiciais, ou seja, o magistrado, a partir de uma análise e apreciação minuciosa de todas as questões trazidas pelas partes deverá encontrar a argumentação jurídico-constitucional mais adequada e condizente com o caso concreto. Submeter o jurisdicionado à subjetividade do decisor é obrigá-lo a ter que suportar a absoluta insegurança jurídica de se ver obrigado a aderir à decisão ora proferida solitariamente pelo magistrado.

5. Releitura crítica do princípio da imparcialidade como corolário da obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Imparcialidade do juízo é o direito que o jurisdicionado tem de que sua pretensão será objetivamente julgada a partir de critérios de cunho jurídico-constitucional. 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 em juízo. O

princípio da fundamentação das decisões jurisdicional 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 jurídica 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 desconsiderando 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 ao 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.

6. Um Estudo de Caso da Portaria 09/2011 da Comarca de Santo Antônio do Monte.

No dia 30 de junho de 2011 a juíza de Direito da Comarca de Santo Antônio do Monte, Estado de Minas Gerais, editou a Portaria 09/2011 proibindo a distribuição no Juizado Especial Cível de execuções extrajudiciais e ações de conhecimento (ações de cobrança) cujos valores sejam inferiores a um salário mínimo. A justificativa inicial utilizada como parâmetro pela douta magistrada foi a ausência de efetividade processual no recebimento de valores irrisórios. Os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, economicidade e celeridade processual foram também invocados como argumento para proibir que o Judiciário mineiro fosse transformado em verdadeiro escritório de cobrança com inúmeras execuções e ações de conhecimento de valor irrisório.

Importante esclarecer que no mês de março de 2012 a respectiva portaria foi revogada por determinação da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sob o argumento de violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, expressamente previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição brasileira de 1988.

De forma surpreendente, após a revogação da presente portaria, alguns advogados da Comarca de Santo Antônio do Monte publicaram manifesto de apoio à juíza de Direito responsável pela edição da Portaria 09/2011, momento em que apresentam os seguintes argumentos e justificativas:

MANIFESTO DE APOIO À DRA. LORENA TEIXEIRA VAZ DIAS
COM RELAÇÃO A PORTARIA Nº 09/2011

OS ADVOGADOS QUE ESTA SUBSCREVEM, militantes na Comarca de Santo Antônio do Monte/MG, vem manifestar total apoio à Portaria da MM. Juíza de Direito, Dra. Lorena Teixeira Vaz Dias, que estipulava valor mínimo para ingresso com ações de cobrança perante o Juizado Especial Cível da Comarca de Santo Antônio do Monte/MG, mas que

contudo fora revogada, o que fazem utilizando-se deste meio de comunicação:

A honrada Comarca de Santo Antônio do Monte, cuja instalação data de 30/03/1892, sempre teve o privilégio de ter uma Justiça célere, seja por causa dos Juízes, Promotores, Serventuários e dos próprios advogados que aqui militam ou já militaram.

Difícilmente nesta Comarca um processo tem ou teve seu trâmite além do esperado, ou seja, distribuições ágeis, serventuários promovendo rapidamente os processos, prazos de conclusão para os Juízes rápidos, intervenções do Ministério Público em tempo oportuno.

O que foi dito acima permanece sendo uma realidade relativamente aos feitos que tramitam na Justiça Comum. Porém, relativamente ao Juizado Cível, infelizmente já não se pode dizer o mesmo.

Desde que a existência do Juizado Cível passou a ser notória nesta Comarca, infelizmente, muitas pessoas passaram a utilizá-lo como um verdadeiro “balcão de cobrança”. Consequentemente, mais e mais ações passaram a tramitar perante o Juizado, especialmente ações de cobrança. E mais, cobranças de R\$30,00, R\$50,00, R\$200,00 e, assim por diante, inundaram o Juizado, ocasionando então a “quebra da tradição” desta Comarca de rapidez na prestação jurisdicional.

Como se não bastasse, a maioria destas cobranças ínfimas são destinadas a devedores notórios da Comarca, que ainda que tivessem condições não pagariam o que lhes é cobrado.

Assim, uma lei que a princípio foi instituída para imprimir maior agilidade no Judiciário (Lei nº 9.099/95), acabou por fazer efeito inverso, ao menos na Comarca de Santo Antônio do Monte (BRASIL, 2014)¹⁰.

Contrariando toda a lógica jurídica, a legislação infraconstitucional e as normas constitucionais o respectivo manifesto utilizou-se de argumentos de cunho metajurídico com o condão de limitar o acesso à jurisdição aos cidadãos que pretendiam receber legitimamente seus créditos perante o Judiciário. No momento em que houve a negativa da jurisdição, questiona-se: o cidadão que foi proibido de exigir judicialmente um crédito e, em razão disso, foi surpreendido com a prescrição, de quem seria a responsabilidade civil? Esse é um dentre tantos outros questionamentos surgidos em razão dessa negativa de prestação jurisdicional decorrente do exercício arbitrário da jurisdição.

Inexistem fundamentos coerentes para justificar a validade jurídica da respectiva Portaria perante o Direito brasileiro, pelos argumentos e justificativas a seguir expostos.

¹⁰ Disponível em https://www.facebook.com/permalink.php?id=121433507954181&story_fbid=245921642172033. Acesso em 25 jun. 2014.

A Lei 9009/95, ao instituir os Juizados Especiais Cíveis, em seu artigo 3º, inciso I é clara ao estabelecer que o Juizado Especial Cível tem competência para o processamento e julgamento de causas cíveis de menor complexidade, cujo valor não exceda a quarenta salários mínimos. Pela análise da literalidade do texto legal verifica-se que em momento algum o legislador infraconstitucional estabeleceu um valor mínimo como condição para a propositura de ação de cobrança ou de execução junto ao Juizado Especial Cível. No momento em que a magistrada editou a respectiva Portaria usurpou de sua função, extrapolando o exercício legítimo da jurisdição, ou seja, considerando-se que a atividade típica do julgador é apreciar objetivamente as pretensões deduzidas em juízo não teria, assim, legitimidade para legislar contrariamente ao próprio texto legal. Configura-se, assim, clara violação ao princípio constitucional da separação das funções estatais.

Certamente a edição da portaria em questão decorre de toda uma tradição historicista que ideologiza a figura mítico-transcendental do magistrado que, no exercício de suas atribuições, pensa, certamente, que sua atividade não se submete a qualquer tipo de controle ou limite imposto pelo texto constitucional e legislação infraconstitucional.

Está evidente, no presente caso, a utilização da subjetividade da magistrada no ato em que editou a respectiva portaria, uma vez que tal diploma de cunho legislativo é mero reflexo das percepções pessoais levantadas pela juíza na comarca onde atua. Verifica-se, assim, que a subjetividade do julgador, além de ser critério utilizado nos julgamentos, também é um parâmetro muitas vezes, utilizado para limitar ou retirar do jurisdicionado do direito de amplo acesso à jurisdição.

No momento em que a magistrada publicou a portaria em questão certamente se colocou acima do próprio texto constitucional, que é claro e categórico ao estabelecer que o acesso à jurisdição é um Direito Fundamental consagrado expressamente na Constituição brasileira de 1988.

A própria edição e aprovação da Lei 9099/95 é reflexo de todo um movimento jurídico, político e social de ampliação e de democratização das vias de acesso ao Judiciário. Reconhecer como válida a presente portaria é contrariar todas essas conquistas jurídicas e legitimar o arbítrio do julgador decorrente de um modelo de processo autocrático.

Outro argumento coerente para a crítica jurídica em tela encontra-se no princípio da supremacia da constituição e no princípio da reserva legal, considerados dois referenciais teóricos para o modelo de processo constitucional. A jurisdição é um Direito Fundamental considerado corolário ao exercício efetivo da cidadania e nesse sentido Luis Roberto Barroso afirma que “por força da supremacia constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental” (2009, p. 165). O processo deve ser visto como uma garantia constitucional do cidadão contra qualquer tipo de abuso praticado no âmbito jurisdicional e nesse sentido Ronaldo Bretas de Carvalho Dias é pontual ao afirmar que “os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional [...] são aqueles ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito” (2010, Pp. 119).

Sabe-se que a constitucionalização do processo é a forma mais legítima de superação, pelo menos sob o ponto de vista teórico, do modelo de processo autocrático e centrado na autoridade sacerdotal e decorrente da subjetividade do decisor.

7. CONCLUSÃO

O modelo autocrático de processo vigente no Brasil, estampado nos Códigos e Legislações Processuais, especificamente do Código e Processo Civil de 1973, legitima a atuação soberana do julgador, permitindo-lhe decidir com base em fundamentos de cunho metajurídico, axiológico e pessoal. É nesse cenário que encontramos a valoração de provas pelos julgadores e a ideologização das decisões justas. A função mítica do juiz é garantir a perpetuação da justiça entre os homens e, para alcançar as cognominadas decisões justas, poderá o julgador decidir exatamente com base no texto literal da lei; julgar contrário ao texto de lei se considerá-lo injusto ou criar a própria lei aplicada ao caso concreto, em caso de lacuna, pautando-se nos costumes, analogias e outras fontes estranhas à Hermenêutica Jurídica.

A jurisdição é vista como o sacerdócio da justiça, uma vez que atividade do magistrado não se submete a qualquer tipo de controle, senão àquele decorrente de sua própria consciência e percepção pessoal do caso concreto. Um Estado que legitima a

atuação soberana dos magistrados certamente coloca o jurisdicionado em absoluta condição de subserviência aos abusos e arbítrios decorrentes do exercício ilegítimo da jurisdição.

Contrapondo-se a todas essas proposições teóricas decorrentes da dogmática jurídica encontramos o modelo de processo pautado nos princípios da supremacia da Constituição, reserva legal, obrigatoriedade da fundamentação das decisões judiciais, contraditório, ampla defesa, direito ao advogado e devido processo legal. Com o advento da Constituição brasileira de 1988 o processo deixa de ser um recinto de perpetuação do arbítrio do julgador e passa a ser visto com um *locus* de discursividade da pretensão deduzida por todos os sujeitos juridicamente interessados na construção do provimento final. Da mesma forma a jurisdição passa a ser vista como um Direito Fundamental corolário do exercício da cidadania no Estado Democrático de Direito.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro vigente (Lei 13.105/2015), em seu artigo 489, ressemantiza o estudo da fundamentação das decisões judiciais e o princípio da imparcialidade o juízo. As sentenças judiciais não podem mais ser fundamentadas genericamente, ou seja, toda doutrina, jurisprudência, texto de lei, citação de texto da Constituição brasileira de 1988 deverá ser devidamente contextualizado com as questões controversas que integram a demanda judicial. Além disso, verifica-se que a efetivação dos princípios constitucionais do contraditório, isonomia processual, ampla defesa e devido processo legal fica condicionada à obrigatoriedade de o magistrado enfrentar e a se manifestar juridicamente sobre todas as questões de fato e de direito alegadas pelas partes em juízo. O exaurimento do contraditório e da ampla defesa são pressupostos da validade jurídica da sentença. O Novo Código de Processo Civil supera o clássico entendimento de que o magistrado, no ato de decidir, se manifestará somente sobre as questões consideradas por ele como relevantes. Na sentença o juiz deve fundamentar juridicamente porque acolheu as alegações da parte vencedora, além de ter que justificar e fundamentar juridicamente porque não acolheu as alegações da parte sucumbente.

Nessa seara torna-se relevante revisitar teoricamente o princípio da imparcialidade, ou seja, imparcial é o julgador que decide de forma jurídico-constitucionalmente parcial o mérito processual da pretensão deduzida. Parcial é o magistrado que profere julgamentos pautados em argumentos metajurídicos e axiológicos, afastando-se da Hermenêutica Constitucional e gerando insegurança jurídica ao jurisdicionado. O juiz imparcial não pode

ser confundido com o juiz neutro, até porque, agir com neutralidade é não se posicionar diante do caso concreto enquanto agir com imparcialidade é justamente se posicionar de forma jurídica sobre o caso concreto levado ao Judiciário.

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.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEIGNIER, Bernard. A consciência do juiz na aplicação da lei no início do século XIX: a jurisprudência no tempo da exegese. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

BRASIL. **Manifesto de Apoio à Dra. Lorena Teixeira Vaz Dias com relação à Portaria nº 09/2011**. Disponível em https://www.facebook.com/permalink.php?id=121433507954181&story_fbid=245921642172033. Acesso em 25 jun. 2014.

CAMPBELL, Joseph; MOYERS, Bill. **O poder do mito**. São Paulo: Palas Athena, 1993.

CARBASSE, Jean-Marie. O juiz entre a lei e a justiça: abordagens medievais. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

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

COULON, Jean-Marie. A consciência do juiz hoje. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

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

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. Técnica, Decisão, Dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LAFONT, Sophie. O juiz bíblico. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

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

PIMENTA, André Patrus Ayres Pimenta; 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.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**. Aspectos da Lógica da Decisão Judicial. 5. ed. Campinas: Millennium, 2010.

SCHIOPPA, Antonio Padoa. Sobre a consciência do juiz no *ius commune* europeu. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

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

THIREAU, Jean-Louis. O bom juiz entre os juristas franceses do século XVI. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

TOUYA, José-Javier de Los Mozos. O juiz romano na época clássica. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.

ZAGAMÉ, Marie-France Renoux. Assegurar a obediência: a consciência do juiz na doutrina judicial no início da modernidade. **A consciência do Juiz na Tradição Jurídica Européia**. Organizadores: Jean-Marie Carbasse e Laurence Depambour-Tarride. Belo Horizonte: Livraria Tempus Ltda, 2010.