

Paulo Junior Trindade dos Santos  
Cristhian Magnus de Marco  
Gabriela Samrsla Moller

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO  
DO DIREITO PROCESSUAL:**

entre (des)leituras e possibilidades  
contextuais para o direito

**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO E DOUTORADO

**editora  
unoesc**

**Editora Unoesc**

**Coordenação**

Tiago de Matia

Agente administrativa: Simone Dal Moro

Revisão metodológica: Esther Arnold

Projeto Gráfico e capa: Saimon Vasconcellos Guedes

Diagramação: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Santos, Paulo Junior Trindade dos.

Constitucionalização do direito processual: entre (des)leituras e possibilidades contextuais para o direito / Paulo Junior Trindade dos Santos, Crithian Magnus De Marco, Gabriela Samrsla Moller. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2021.

294 p. : il.

ISBN: 978-65-86158-72-4

Inclui bibliografia

1. Direito processual. 2. Direitos fundamentais. 3. Desenvolvimento regional. I. De Marco, Crithian Magnus. II. Moller, Gabriela Samrsla. II. Título.

Dóris 341.401

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da Unoesc de Joaçaba

**Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc**

Reitor

Aristides Cimadon

Vice-reitores de Campi

Campus de Chapecó

Carlos Eduardo Carvalho

Campus de São Miguel do Oeste

Vitor Carlos D'Agostini

Campus de Videira

Ildo Fabris

Campus de Xanxerê

Genesio Téo

Pró-reitora Acadêmica  
Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração  
Ricardo Antonio De Marco

**Conselho Editorial**

Jovani Antônio Steffani

Tiago de Matia

Sandra Fachineto

Aline Pertile Remor

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

**A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.**

# SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES .....	5
O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS: DA ABERTURA PROCESSUAL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO PARA DEBATE .....	9
A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO TEXTO E CONTEXTO: A PASSAGEM DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO CIVIL .....	39
O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E AS NOVAS TENDÊNCIAS AO DIREITO: O DIREITO COMO PROCESSO? .....	67
DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL.....	115
UMA REFLEXÃO SOBRE A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.....	133
A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL .....	159
FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NOVOS ATORES SOCIAIS PARA UM NOVO CPC.....	179
DO DEBATE PROCESSUAL E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO: O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO JUSTO PROCESSO .....	203

MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO  
HUMANO À MORADIA: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E  
CIDADE .....251

ARBITRAGEM E SEUS REFLEXOS JURISDICIONAIS: UMA  
LEITURA A PARTIR DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL .....275

## APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

**Paulo Junior Trindade dos Santos**, é Advogado e Professor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc (Direitos Fundamentais e sua relação com o Direito Privado, e efetivação de direitos). Pós-doutorando em Direito pela Unoesc (Constitucionalismo pós-moderno e sistema jurídico em rede – 2019). Pós-doutor (Direito, novas tecnologias e transdisciplinariedade – 2019). Doutor (Filosofia do direito processual como gênese do direito – 2018) e Mestre (Filosofia do direito processual como gênese do direito – 2014) em Direito pela Unisinos, com auxílio de Bolsas CAPES e CNPq. Ganhador do Prêmio Caed-Jus 2019 de Teses (Filosofia do Direito Processual (da Jurisdição ao Processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito). Grupos de Pesquisa em que atua: Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional, do(a) Universidade Federal do Paraná; Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; Direitos Fundamentais Sociais e Desenvolvimento Sustentável: Teorias do Direito e Políticas Públicas – Unoesc; Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos. Pesquisador nas áreas: Direito Público com ênfase em “Teoria Geral do Estado e do Direito Constitucional” e em Direito Processual Civil; Direito Privado: ênfase em Direito Civil e sua Contemporaneidade; Constitucionalização do Direito; Filosofia do-no Direito e Direito e Tecnologia.

**Cristhian Magnus de Marco**, é Pós-doutorado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, concluído em 2017, com pesquisas sobre o princípio da sustentabilidade. Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, finalizado em 2012. Tema da tese: O direito fundamental à cidade sustentável. Mestrado

em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, em 2000, com dissertação sobre o Município na Federação. Professor e pesquisador do Programa de Pesquisa, Extensão e Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc. Áreas de interesse: Teoria dos Direitos Fundamentais; Direito à Moradia; Desenvolvimento Sustentável.

**Gabriela Samrsla Möller**, Doutoranda (2021) com Bolsa PROSUC/CAPES e Mestra (2021) em Direito pelo PPGD/Unoesc. Professora no Curso de Direito da Unoesc – Joaçaba. Bolsista de iniciação científica durante a Graduação em grupo voltado ao estudo do Processo Civil e da Teoria do Direito. *E-mail*: gabi.moller@hotmail.com. Orcid ID: <https://orcid.org/0000-0001-7378-3235>.

## APRESENTAÇÃO DO LIVRO

O livro, chama-se “Constitucionalização do Direito Processual – entre (des)leituras e possibilidades contextuais para o direito”, e junto aos seus diversos textos, os quais visam proporcionar aos leitores a apresentação, construção e o desenvolvimento de estudos, aqueles que iniciaram e fizeram nascer uma “filosofia do direito processual”, demarcado este livro é pela epistemologia jurídica constitucional (como teoria do conhecimento), voltada à ampla proteção e efetivação de direitos fundamentais, apresentando ainda, vários textos que seguem essa episteme do direito, destaca-se, que veio a utilizar para tais estudos metodologia científica do (des)construtivismo, justificando-se pela hermenêutica-fenomenológica da percepção (oportunizando a interação entre texto e contexto, pela via da ontologia existencial), com o fim de explorar a existência, seguindo o norte do reconhecimento do humano constituindo-se em plena existência ao direito.

Importante destacar, que o trabalho é fruto de várias pesquisas realizadas junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Unoesc, que detém concentração em direitos fundamentais, e neste norte segue a construção e desenvolvimento de um processo como garantia de proteção de direitos fundamentais e impulsionador da democracia participativa, processo este voltado a efetivação e concretização de direitos. Segue a construção de um processo como direito para o reconhecimento autêntico do direito pela profícua relação e interação entre texto e contexto.

E ainda, os estudos visam o fortalecimento e a cooperação institucional, e ainda, tem como intuito a busca para com a consolidação de pesquisas e aproximar o diálogo de saberes entre as disciplinas de ambos os professores, assim seguindo o exemplo do fortalecimento das pesquisas entre o Professor Cristhian Magnus De Marco e da Professora Gabriela Moller, que juntamente

com os meus estudos, e que tem-se como ponto em comum o grupo de estudos em “Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa”.

Além disso, os estudos apresentam uma produtora interação com vários Programas de Graduação e Grupos de Estudo, para que viéssemos absorver estudos e pesquisas atuais. Os grupos que interagimos são: **1)** Virada de Copérnico – Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Universidade Federal do Paraná; **2)** Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias – Unoesc; **3)** Desenvolvimento Local e Cidadania Participativa – Unoesc; **4)** Processo Civil em relação à Constituição, cultura, democracia, inteligência artificial e Poder – Unisinos.

Dos Autores,  
Entre meados e fins do rigoroso inverno de 2021,  
Chapecó e Joaçaba – SC.

Paulo Junior Trindade dos Santos  
Cristhian Magnus de Marco  
Gabriela Samrsla Moller

# O PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS: DA ABERTURA PROCESSUAL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO PARA DEBATE<sup>1</sup>

## *THE CONSTITUTIONAL CIVIL PROCEDURE AND FUNDAMENTAL AND HUMAN RIGHTS: FROM PROCEDURAL OPENNESS AS A DEMOCRATIC SPACE FOR DEBATE*

### RESUMO

A Constituição Federal, foi amplamente relevante para uma profunda reestruturação do sistema jurídico pátrio em uma dupla dimensão: normas processuais Constitucionalizadas e a busca da efetiva tutela jurisdicional. A epistemologia Constitucional ressignifica vários dos institutos processuais, criados com o positivismo exegético ou pela pandectista, de modo que a epistemologia Constitucional supera a visão rígida e rigorosa da mera aplicação da lei, substituída por uma interpretação da Constituição que acaba aderindo aos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Frente a um cenário de incessantes complexidades sociais, o Processo não pode ser visto como um instituto rígido, devendo ser visualizado em sua potencial amplitude, com especial atenção aos objetos (do processo e do debate processual), passando o contexto a compor os contornos do Direito, horizontalizando a Democracia e concretizando a Constituição em sua amplitude.

**Palavras-chave:** Constituição Federal Brasileira. Processo civil. Democracia participativa.

<sup>1</sup> O capítulo de livro foi publicado na Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. 2, no ano de 2019, e tinha como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

## ABSTRACT

*The Federal Constitution was largely relevant to a profound restructuring of the country's legal system in a double dimension: constitutionalised procedural norms and the search for effective judicial protection. The Constitutional epistemology resignifies several of the procedural institutes, created with exegetical positivism or the pandectista, so that Constitutional epistemology overcomes the rigid and rigorous vision of mere law enforcement, replaced by an interpretation of the Constitution that ends up adhering to Human Rights and Fundamental Rights. Facing a scenario of incessant social complexities, the Process can not be seen as a rigid institute, and should be visualized in its potential amplitude, with special attention to the objects (of the process and of the procedural debate), passing the context to compose the contours of the Right, horizontalizing Democracy and concretizing the Constitution in its amplitude.*

**Keywords:** *Brazilian Federal Constitution. Civil procedure. Participative democracy.*

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – A Dupla Manifestação da Constitucionalização do Processo Civil: as normas processuais constitucionalizadas e a tutela judicial efetiva; 3 – As Garantias Constitucionais do Processo: o processo civil como espaço democrático; 4 – Processo Justo e Participação Processual: uma nova abertura constitucional ao processo civil; 5 – Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

O Processo Civil consiste em um produto cultural de uma sociedade, de modo que obedece às evoluções e conquistas políticas e sociais de um dado tempo. Se o Direito é, por excelência, expressão da vida social, o Direito processual, por seu turno, é a camada externa do Direito, sendo sensível por natureza, uma vez que suas extremidades estão como que em contato direto com a sociedade e com os seus conflitos, operando a difícil tarefa de hierarquizar os interesses sociais e responder com justiça social a conflitos

cada vez mais complexos, os quais o Direito legislado, no mais das vezes, não consegue apreender; tarefa que se torna mais difícil em uma sociedade plural, global e complexa. A este fenômeno, denomina-se “*la cada vez más compleja naturaleza jurídica de los derechos fundamentales*” (MIGUEL, 2016, p. 133), fenômeno fundamental para entender as necessárias evoluções do Processo Civil na atualidade.

Em um período anterior à Constitucionalização do Direito, o Processo Civil por muito foi desconsiderado em sua potência Democrática, sendo cerrado no paradigma da *razão fechada* (SILVA, 2004), responsável por delimitar a atuação dos institutos processuais<sup>2</sup>, reflexo da aura de racionalidade da Ciência Jurídica que repousou sobre um jogo de crenças mais profundas, de que é testemunha a mística que acompanha a Lei (CHEVALLIER, 2009). Noutro norte, a permeabilidade Constitucional supera a visão clássica do Processo Civil<sup>3</sup>, pois a sociedade passa a deter como garantia a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva, muitas vezes abarcadora de novas manifestações que superam a tessitura legal (RIBEIRO, 2004), impulsionando importantes evoluções sociais.

A epistemologia Constitucional permeia as normas processuais e demarca o início de uma expansão da importância do Processo para o Direito, capaz de tornar concretos os objetivos e fundamentos Constitucionais. A Constituição Federal reflete um Processo onde as garantias Constitucionais processuais são consideradas em sua plenitude e refletidas no *objeto do debate processual*, a partir do diálogo, debate e flexibilização procedimental, considerados na decisão judicial (fundamentação), o que confere valor adjudicativo ao processo: sendo este instrumento, que de um lado busca compor as lides levadas a solução e, de outro lado, serve de instrumento de

<sup>2</sup> Para aprofundamento sobre crítica que delimitou o Processo Civil a institutos cerrados, ver: Santos (2018).

<sup>3</sup> Hay que tratar de las relaciones entre proceso y Constitución – la madre de las reglas jurídicas –. La Constitución, tiene diversos modos de actuar sobre el proceso (GUILLÉN, 1992, p. 55).

atuação política (DAMASKA, 1986), uma vez que a Constituição Federal tem como norte elementar a participação das pessoas para a configurações das decisões do poder do Estado (BERIZONCE, 2013).

Mostrar-se-á que o Processo Civil Constitucionalizado assume papel ampliador dos horizontes do Direito, por onde o Processo ganha especial espaço para a *ressemantização* das garantias Constitucionais, na busca da tutela judicial efetiva, capaz de servir tanto como veículo de realização dos valores básicos consagrados no sistema Constitucional (direito subjetivo), como, mais recentemente, operar releitura/ampliação desses Direitos (situação jurídica subjetiva). A tarefa realizada pelo Processo Civil para uma democratização do Direito somente é possível pela permeabilidade da Constituição nos institutos processuais, responsáveis por tornar o Processo Civil espaço democrático para debate público. O Código Processual Civil de 2015, dentre suas diretrizes, buscou o estabelecimento de sintonia fina com a Constituição Federal, o que demonstra consonância e a atualidade do debate sobre Constituição-Processo Civil.

Os reflexos da Constituição no Processo se refletem tanto na normativa processual como na efetivação do Direito Constitucional em um plano prático, podendo-se falar de uma *dupla manifestação* da Constituição no Processo Civil. Deste modo, o presente artigo buscará desvelar como ambas as manifestações expostas contribuíram para as evoluções do Processo Civil e como, na atualidade, em um momento marcado pela complexidade social, na qual a direito subjetivo como lei, muitas vezes, já não mais atende os anseios por justiça social, pode o Processo Civil servir para melhor atender à Constituição Federal, demonstrando uma (necessária) ampliação dos horizontes do Direito, o que é possível obter por uma leitura atual dos reflexos da Constituição no Direito processual, por colaborar diretamente na existência de um Processo justo, que opera na ressemantização e criação do Direito.

Nesta data importante para a Constituição Federal, sendo o Processo Civil por excelência o veículo para tutela judicial efetiva, é necessário explanar as evoluções da ciência processual a partir do marco Constitucional, assim como eminentes desafios a serem enfrentados, levando em consideração que o Processo Civil ainda tem muito a evoluir como ferramenta de concretização, hermenêutica e ampliação dos preceitos da Constituição Federal, de modo que o presente tema é elementar para se discutir seriamente sobre os reflexos da Constituição Federal ao longo dos últimos 30 anos e para o futuro do Direito.

## 2 A DUPLA MANIFESTAÇÃO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL: AS NORMAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONALIZADAS E A TUTELA JUDICIAL EFETIVA

O fenômeno da Constitucionalização do Processo Civil é recente e, historicamente, o marco elementar é o influxo da Constitucionalização do Direito a partir da Segunda Guerra Mundial<sup>4</sup>, momento em que se inaugura nova ordem política e social com especial atenção à teoria piramidal de Kelsen (1998), que ganha força ao expressar como o ápice de seu vértice a Constituição, dotando o sistema jurídico de força normativa (cisão entre regras e princípios), instaurando uma *jurisdição constitucional* e, em consequência, legitimando o Processo Civil e a decisão judicial para a aferição da validade Constitucional<sup>5</sup>. Em um primeiro momento, assim, o conteúdo do Processo

<sup>4</sup> La constitucionalización de los principios del proceso no ha sido uniforme en todas las materias. Es así que, por ejemplo, en la materia penal el fenómeno que nos ocupa se viene implementando desde hace mucho tiempo, probablemente, entre otras razones, porque en esta materia los elementos ideológicos son más evidentes y, sobre todo porque en ella se decide sobre la libertad de las personas. En cambio, la constitucionalización de los principios del proceso civil, es un fenómeno relativamente reciente, ya que el mismo comienza a partir de la II Guerra Mundial (ACOSTA, 2005, p. 12).

<sup>5</sup> O que se torna importante para o Brasil com a adoção do modelo de controle de Constitucionalidade difuso.

Civil Constitucional centrou-se na criação de uma jurisdição Constitucional (SILVA, 2015).

Paralelamente, que toca às evoluções das normas processuais (FAVELA, 2001), somente no correr do século XX concretizar-se-ia a noção de uma normativa processual Constitucional (SILVA, 2015). Chiovenda (1930) foi responsável por influenciar nas reformas políticas das leis processuais e o uruguaio Eduardo Couture (1957) é quem delinea os primeiros traços da *Constitucionalização do Processo Civil*. A partir das contribuições dos renomados processualistas – o primeiro ao trazer ao Processo uma maior atenção do sistema jurídico, e o segundo na abertura Constitucional da normativa processual – os códigos processuais passaram absorver os princípios processuais derivados das Constituições Democráticas e passaram a servir como potencial ferramenta Democrática. Os estudos Constitucionais do processo foram capazes de descortinar novos horizontes para a Ciência Processual (o processualismo científico, revigorou-se pelas concepções constitucionalizantes) (NUNES; BAHIA, 2010), despertando novas implicações sociais e políticas do sistema (DINAMARCO, 2009), cujos reflexos foram sentidos na legislação pátria.

A primeira Constituição brasileira data de 1822, com a instalação do regime republicano, até a proclamação da Constituição de 1988, “[...] a história do Estado brasileiro sempre foi marcada pela instabilidade e absoluto desrespeito pela legalidade constitucional” (SANTOS, 2018, p. 161), períodos marcados por Revoluções, Ditaduras e perpetuação de injustiças, que impediram, por muito, a estabilização da Democracia no país. José Alfredo de Oliveira Baracho (1984) foi o primeiro processualista brasileiro a tratar sobre Processo Civil Constitucional, o que se assenta com a Constituição de 1988, Democrática e profunda nos seus sentidos sociais, momento em que se inicia uma evolução gradual dos institutos processuais e uma democratização do

Direito, pois à sociedade é reconhecida a tutela judicial efetiva e uma série de importantes garantias.

A Constitucionalização do Processo Civil implicou significativos reflexos ao Direito, que se imbricam por uma correspondência do instrumento aos objetivos; ou melhor, entre a Constituição e o ordenamento processual, mediante as manifestações concretas da jurisdição, expressadas por princípios sócio-políticos e técnicos (CASTILHO, 1950), tais como:

- a) – la Constitución presupone la existencia de un proceso como garantía de la persona humana;
- b) – la ley, en el desenvolvimiento normativo jerárquico de preceptos, debe instituir ese proceso;
- c) – pero la ley no puede instituir formas que hagan ilusoria la concepción del proceso consagrada en la Constitución;
- d) – si la ley instituyera una forma de proceso que privara al individuo de una razonable oportunidad para hacer valer su derecho, sería inconstitucional;
- e) – en esas condiciones, deben entrar en juego los medios de impugnación que el orden jurídico local instituya para hacer efectivo el controlador de la constitucionalidad de las leyes (COUTURE, 1977, p. 149-150).

Por este fato, a dimensão conquistada pelo Direito Constitucional em relação a todos os ramos do Direito mostra-se particularmente intenso no que diz respeito ao Processo Civil (OLIVEIRA, 2004), elevado à categoria Constitucional e como um instituto de direito público<sup>6,7</sup>, tornando-se

<sup>6</sup> [...] en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: los más altos valores sociales aún con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado (BENABENTOS, 2005, p. 78).

<sup>7</sup> **Ruolo degli orientamenti pubblicistici della scienza del processo** – Gli “orientamenti pubblicistici” della scienza del processo, che maturano in conseguenza della fase apertasi in Germania nella seconda metà del XIX secolo non sostano questo equilibrio. Tra la fine del secolo XIX e i primi decenni del XX secolo studioso tedeschi e italiani elaborano l’azione como categoria generale atipica, cioè como situazione giuridica soggettiva processuale che ha per presupposto l’affermazione del soggetto di essere titolare di um diritto sostanziale, riconosciuto como tale dall’ordinamento, e per contenuto possibilità di ricorrere alla tutela giurisdizionale civile predisposta dallo Stato, senza la necessità di prevedere norme che ricolleghino il diritto di agire in giudizio a ciascun singolo diritto (o a ciascun singola categoria di diritti) e-o ciascuna singola violazione (a ciascuna singola categoria di violazioni). Questa teoria tende ad accentuare l’obbligo dello Stato di assicurare tutela giurisdizionale a tutti i diritti previsti dalle norme sostanziali. Essa ha consentito cos’ì di superare i limiti di un sistema di tutela giurisdizionale che ancora avvertita l’influenza della tipicità delle azioni del diritto romano classico: oggi non

politicamente um espaço de debate democrático (DINAMARCO, 2009) e processualmente um sistema jurídico no qual convergem situações jurídicas diversas, ativas e passivas; assim como, desde a Teoria do Direito (KELSEN, 1998), torna-se, também, fonte de criação de uma norma jurídica pela sentença judicial (BEDOYA, 2007), ocasionando a Constitucionalização do direito fundamental das pessoas e, dentro disto, uma tutela das garantias mínimas que deve reunir todo o Processo (TROCKER, 1974).

Em um primeiro estágio, sob uma perspectiva formal da Constituição, buscou-se descrever como a máquina jurídica deveria trabalhar, de modo que a Constitucionalização do Processo traz consigo a incorporação de normas processuais na Constituição, caracterizando, de forma inconfundível, base constitucional do Direito Processual através das garantias processuais. As normas processuais Constitucionais foram elementares para fundar um Processo participativo/dialogal mediante o qual a Constituição defenderia a si mesmo tanto dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970) – ocasionado por um Processo inquisitorial, sem institutos processuais capazes de proporcionar justiça ao caso concreto –, como para evitar que o futuro legislador desconhecesse e violasse Direitos protegidos Constitucionalmente (TROCKER, 1974).

Em um segundo estágio, a Constitucionalização do processo desenvolve-se a partir da perspectiva material – sua razão social (FERRAJOLI, 2007) –, voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), ajustando a Constituição às situações sociais (COSTA, 2013). O Processo Civil também passa a ser visto também a partir de uma dimensão coletiva, servindo para evitar que por via das tutelas individuais se acaba desconhecendo as tutelas de outros indivíduos em circunstâncias similares (BERIZONCE, 2013). Desde essa perspectiva, os

---

è necessario prevedere norme processuali che colleghino il potere di agire in giudizio a ciascun diritto sostanziale o ciascuna lesione (CAPONI, 2012, p. 109-110).

conflitos também passam a ser vistos a partir do interesse público, desvelando nova dimensão ao Processo Civil e ampliando o papel político do Processo.

A intrínseca a relação entre Constituição e Processo, expresso pelas Constituições materiais junto ao sistema normativo (COUTURE, 1957), propicia uma progressiva tomada de consciência política da sociedade e crítica perante as instituições da superestrutura mais politizadas, postulando que a Justiça se paute por aquelas ideias fundamentais postas em relevo pelos processos-constitucionalistas, podendo ser verificado dois eixos vetoriais nesta construção do Direito. A relação Processo-Constituição é fortalecida e novos horizontes são visualizados ao Processo, na busca de concretizar plenamente a Constituição, pois “[...] contém não só as normas, mas também, cognitivamente, a sua necessidade de adaptação” (FEBBRAJO, 2016, p. 29), o que pede uma conexão circular dos aspectos materiais e formais da Constituição.

Com esta nova e Democrática roupagem, o Processo Civil “[...] 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 [...]” (LEAL, 2002, p. 69), uma vez que a função da administração da justiça e da função judicial têm como conteúdo algo *maior* do que simplesmente resolver conflitos, mas sim em dar significado e expressão a concretos valores públicos contidos no Direito (BERIZONCE, 2013). A Constituição é e deve ser tida, sempre, como um projeto aberto a constantes inclusões (NUNES; BAHIA, 2010). Uma das inclusões, que se revela a mais essencial, ocorre pela *“vinculación que existe entre el proceso civil y la constitución, particularmente haremos hincapié en la teoría sobre la acción y sobre el proceso y en los fundamentos constitucionales de los principios que estructuran el proceso civil”* (ACOSTA, 2005, p. 13).

Ainda, a partir de uma resignificação do processo, a discussão política no judiciário pode ser muito mais democrática, pois o juiz pode administrar a

concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou por fenômenos que superam a representatividade da lei. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política – e, são eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa – preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela representativa.

Por todos os fatores e estágios derivados da Constitucionalização do Processo<sup>8</sup>, ocorre um natural – e polêmico – aumento do controle jurisdicional sobre os demais poderes, inicialmente reconhecendo que o legislador não é onipotente<sup>9</sup>, dado que as leis que promulga não são válidas por serem vigentes, mas somente se e quando forem coerentes com a Constituição. Outro elemento que amplia o papel do controle jurisdicional é a extensão das funções próprias do Estado social em consequência de sua intervenção na economia e pelas novas prestações requeridas pelos direitos sociais: saúde, educação, segurança social, subsistência e outros análogos (TARUFFO, 2005): os assuntos levados aos juízes e tribunais passam a apresentar grande relevância social, albergando uma nova função ao Processo Civil. Em consequência, paralelamente ao avanço Constituição-Processo e Processo-Constituição<sup>10</sup>, ocasionado pelo aumento do controle jurisdicional, surge um fenômeno que afeta a Ciência Jurídica como um todo: o Processo Civil passa a centrar-se diametralmente na *jurisdição*, por decisões assentadas na *filosofia*

<sup>8</sup> Para a análise mais detalhada dos fatores que ocasionam o aumento do poder jurisdicional, ver: Berizonce (2010, p. 49-50).

<sup>9</sup> Nesse sentido, ver a interessante diferenciação que Ferrajoli realiza entre separação e divisão dos poderes, em Ferrajoli (2007, p. 863).

<sup>10</sup> a) no sentido Constituição-Processo, tem-se tutela constitucional deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados ao plano constitucional; b) no sentido Processo-Constituição, a chamada jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (jurisdição constitucional das liberdades), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídico, constitucional inclusive (DINAMARCO, 2009, p. 26-27).

da consciência (STRECK, 2010), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial.

Chega-se ao ponto fundamental para o presente artigo, pois é o ponto fulcral para a discussão séria acerca da Constitucionalização do Processo Civil: elementar, para uma atual e Democrática perspectiva Constitucional do Processo, é a passagem da (centralidade na) Jurisdição – visão unilateral do Processo, decisões fundadas na *lei pela lei*, desatenção ao contraditório processual – para o debate/diálogo/participação Democrática das partes, centralizando-se o Processo Civil nos objetos processuais<sup>11</sup>, ou seja, o agregado das manifestações das partes e da jurisdição recolhidas no correr do Processo, o que será elemento de fundamentação para a decisão judicial. Aqui reside o local de debate processual entre Estado e partes, debates capazes de ressemantizar a lei bem como trazer, por intermédio do Processo, novas situações jurídicas subjetivas que necessitam ser protegidas.

Essa nova dimensão reconhecida ao Poder Judicial denota um novo papel que o Processo Civil adquire com a Constitucionalização do Direito. Uma maior participação dos juízes, um maior diálogo com as partes, a busca da tutela efetiva, bem como da discussão acerca das políticas públicas, pressupõe um novo modelo de gestão calcada sobre a *dialética dialogal* (GADAMER, 1998) de modo que o protagonismo do juiz passa a ser o protagonismo das partes, havendo especial reconhecimento da fundamental dialética processual “*La fundamentación de las decisiones requiere un plus argumentativo y de motivación rigurosa, en especial para sustentar las selecciones ponderativas*” (BERIZONCE, 2013, p. 371).

Evidencia-se a necessidade de se reafirmar um Processo Civil por uma dimensão mais Democrática, o que é possível com a participação ativa das partes na construção da decisão judicial. Com a Constitucionalização do Direito, não mais temos apenas garantias, mas existe a proteção à ameaça e

<sup>11</sup> Para um aprofundamento no estudo dos objetos processuais, ver: Wild (2018).

lesão ao direito (art, 5º XXXV, CF), Direitos que superam a lei e encontram no direito fundamental de ação e de petição a abertura contextual aos conflitos que poderão vir a ser traduzidos como Direito pelo Processo, pelo que se denomina situação jurídica subjetiva, uma nova proposta que supera o estrito legalismo e uma visão centralizada do Direito, absorvendo o contexto social<sup>12</sup>. A denunciada passagem da Jurisdição ao Processo torna-se possível a partir dos elementos democráticos trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Uma atual mirada na Constitucionalização do Processo ressignifica os fundamentos para um Processo Democrático e participativo, por meio do qual as garantias de justiça contidas na Constituição transcendem o Processo e refletem-se no Direito. Posta essa significativa manifestação da Constituição junto às normas processuais, acredita-se que os efeitos reflexos desta Constitucionalização do Processo operam a construção de um Direito *adaptativo* e que atende às *complexidades sociais*, o que seria uma *onda renovatória do Processo* ocasionada por uma leitura da epistemologia Constitucional frente às complexidades sociais; ou seja, além de garantir, efetivar e assegurar direitos, não teria o Processo Civil um horizonte mais amplo ao Direito? Esse seria um terceiro estágio momento da Epistemologia Constitucional e da Constitucionalização do Processo Civil.

### 3 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: O PROCESSO CIVIL COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO

Nas palavras de Taruffo (2004), a Constituição brasileiro de 1988 insere-se no que pode ser definido como a “fase madura” da evolução da justiça civil a partir da metade do século XX com a Constitucionalização da garantia

<sup>12</sup> Esta circularidade revela a natureza, normativa e cognitiva, ao mesmo tempo, da Constituição, que leva a transpor não somente normas jurídicas, mas também normas sociais, e a transformar estas últimas em jurídicas (FEBBRAJO, 2016, p. 28).

fundamental do Processo Civil. As garantias jurisdicionais são responsáveis pela tutela judicial efetiva dos direitos fundamentais, que supera o Estado de Direito por um Estado de Justiça, por isso se afirmar que de nada adianta o conhecimento dos direitos se o cidadão não conhece as suas garantias (MORELLO, 2000).

As garantias básicas do Processo Civil aderidas pela Constituição Federal, compõe um *terceiro grupo* de artigos do texto Constitucional, e estabelecem um quadro de garantias básicas do Processo. A mútua interação dos três grupos de normas no âmbito da Constituição atuam em função do objetivo de *justiça social*, que é uma mesma unidade teleológica na concreta experiência jurídica:

Un primer grupo de preceptos constitucionales sienta las bases sobre la organización de la jurisdicción en el estado de derecho. Los principios fundamentales sobre la significación del poder judicial en e estado de derecho, el principio da unidad jurisdiccional, la garantía de la protección jurídica estatal y la exclusividad de la jurisdicción encuentran, en diversos artículos constitucionales, formulación precisa. Por otra parte, se sientan asimismo los principios básicos sobre la estructura jerárquica y postulados fundamentales del estatuto del personal jurisdiccional. En este grupo de preceptos, aun predominando su finalidad organizativa, se contienen también diversos principios que deben inspirar la actuación práctica de los Tribunales.

Un según grupo de normas constitucionales lo integran aquellas que califican la actuación de la función jurisdicción en el estado de derecho. Son, por así decirlo, los principios constitucionales de la propia jurisdicción en el ámbito civil. La sumisión del Juez a la ley, la seguridad jurídica, la libertad de acceso a Tribunales de Justicia y del principio dispositivo constituyen las fuentes constitucionales que inspiran la actuación jurisdiccional en el orden civil. Estas normas constituyen la verdadera filosofía del proceso civil en nuestro sistema procesal.

En fin, un tercer grupo de artículos del texto constitucional establecen un cuadro de garantías básicas del proceso. Estas garantías están concebidas en servicio de una mejor protección. Estas garantías fundamentales de la persona en el proceso y de la tutela de los derechos legítimos hechos valer en el proceso civil. El sistema establecido por nuestra Constitución es realmente amplio y en él tienen cabida todas cuantas aspiraciones de protección jurídica pueden surgir en la práctica. Este grupo de normas constitucionales son las verdaderas “tablas de la ley” para el proceso, de tal manera que deben cumplirse en todos los preceptos concretos contenidos en los Códigos procesales. Pero la Constitución no se ha limitado a promulgar un decálogo de

mandamientos procesales, sino que su programa va más lejos. Como refuerzo operativo de dichas garantías ha establecido asimismo unos instrumentos procesales de tutela directa de esas garantías del proceso en vía constitucional. Sin duda los más expeditivos, se han puesto directamente al alcance de cualquier ciudadano, que de esta forma puede hacer oír su voz ante las más altas instancias judiciales del Estado, e incluso, como se verá, ante organismos internacionales (MENDEZ, 1983, p. 10-11).

As garantias Processuais ganham tónus e importância passando a auferir um duplo espectro de atuação: a manutenção da posição formal do cidadão nas suas relações com o Estado e, ultrapassando esse significado, a possibilidade de defesa concreta dessas posições perante o Poder Público, onde o Processo Civil Constitucionalizado assume elementar papel

[...] na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais processuais, não poderiam mais dar nenhuma contribuição as velhas concepções da ação em sentido abstrato, ou de pretensão de tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch). A questão só pode ser equacionada no plano constitucional (OLIVEIRA, 2008, p. 82).

O fenômeno da constitucionalização dos Direitos e das garantias Processuais, ressalta o caráter publicístico do Processo, distanciando o Processo Civil de uma conotação privatística “[...] deixando de ser um mecanismo de exclusiva utilização individual para se tornar um meio à disposição do Estado para a realização da justiça, que é um valor eminentemente social” (CAMBI, 2007, p. 25-56) manifestado nas normas Processuais, como na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.

A norma Constitucional delimita princípios gerais e normas específicas que podem ser aplicadas para com todos os tipos de Processo, onde é aferida

a verdadeira garantida dos direitos da pessoa por meio de sua proteção processual “[...] *para lo cual es necesario distinguir entre los derechos del hombre y las garantías de tales derechos, que no son otras que los medios procesales mediante los cuales es posible su realización y eficacia*” (FIX ZAMUDIO, 1982, p. 51), ofertando a tutela Constitucional ao Direito<sup>13</sup>, sendo espaço para criação de uma regra de conduta mais segura ante o caso concreto (RIBEIRO, 2004).

As garantias processuais rearticulam os institutos processuais, com especial atenção ao objeto do processo, que passa a ser dividido em objeto do processo e objeto do debate processual, pois reconhece-se à *discussão/debate processual*<sup>14</sup> um elemento fundamental para a Democracia. Nesse sentido, com o norte Constitucional, a ação processual, exercício da pretensão à tutela jurídica, é reconhecida como um direito fundamental (RIBEIRO, 2004). A ação processual, como norma dinâmica (metadireito), permite ajustar o conflito ao contexto, permeada pelas garantias constitucionais: este se trata do elemento fundamental para a abertura da tessitura do texto ao contexto (BENABENTOS, 2005) pela participação dos cidadãos na formação das decisões, mais sensíveis ao reflexo do contexto social (BARBOSA MOREIRA, 1987).

A pretensão processual, sob égide da Constituição, torna-se profícuo espaço para debate, redimensionalização e criação do Direito, pois trazem à discussão processual o conflito, uma vez que a Democracia pressupõe o conflito como motor de progresso social “[...] a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais” (SILVA, 2004, p. 303-305).

<sup>13</sup> No puede haber duda alguna de que dichas normas son garantía del suceder del proceso, regulando equilibradamente las expectativas y cargas de las partes y los poderes del Juez por igual. El proceso se somete a dicha normas precisamente porque se han considerado las más adecuadas en un momento determinado y así se han codificado. Pues bien, la infracción de las normas de procedimiento da lugar a la inobservancia de las debidas garantías y debe tener acceso sin duda a la tutela constitucional (MENDEZ, 1983, p. 126).

<sup>14</sup> Sobre esse ponto, recomenda-se a leitura de Ribeiro (2004) o qual traz ao processo brasileiro a importante ideia de objeto do debate processual.

O Processo Constitucional busca a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do Processo e da jurisdição, mas, também, das litigiosidades e da leitura dos direitos fundamentais. Isto desvela que a decisão judicial não pode ser considerada somente um *autêntico relato de um conflito individualizado*, ou seja, por uma visão meramente *reativa* do processo<sup>15</sup>, mas sim deve ser vista por seu caráter estrutural, uma maneira de observar a decisão para além dos caprichosos interesses particulares enfrentados, por onde sobrepõe-se a ameaça de interesses comuns e públicos, superior ao conflito entre as partes (PUGA, 2013).

O Processo Civil atual, devido à carga política e estrutural, realiza tanto a resolução de conflitos como a implementação de políticas (DAMASKA, 1986), tendo de ser visto como a oportunidade política, jurídica e moral, ademais – para com a convergência e conciliação daqueles que são interessados frente à lide que se comporá e a sociedade, que recebe os efeitos das decisões na construção de um sistema jurídico justo.

## 4 PROCESSO JUSTO E PARTICIPAÇÃO PROCESSUAL: UMA NOVA ABERTURA CONSTITUCIONAL AO PROCESSO CIVIL

Exposta a íntima relação entre Constituição e Processo, junto à fundamental passagem da *Jurisdição ao Processo*, também se mostra elementar a passagem do *Devido Processo Legal* para a ideia de um *Processo Justo*. Por conseguinte, tanto as garantias processuais, tratadas neste ponto, quanto o processo como garantia fundamental Constitucionalizada, tratado anteriormente, são ativamente importantes para com a realização

<sup>15</sup> ver Damaska (1986).

da Democracia Substancial, marcada pelo pluralismo e participação para priorizar o consenso e construir o Direito.

O Constitucionalismo inaugura o Estado Democrático de Direito, ou o que se denomina, na atualidade, como Estado Ativo Responsivo<sup>16</sup>, conceito que considera a Democracia como uma construção continuada da comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de constante revisão e adaptação, conferindo ao Direito processual um caráter modificador, concretizador e estruturante das garantias fundamentais (STRECK, 2011).

A instituição constitucionalizada do Estado Democrático de Direito põe-se em construção continuada pela comunidade jurídica, uma vez que não é um projeto congenitamente acabado, mas uma proposição suscetível de revisibilidade constante pelo devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principlológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivaram processualmente no mundo vivente (LEAL, 2002, p. 31).

A função jurisdicional construída pelo Estado (meramente) reativo<sup>17</sup> é, infelizmente, até hoje refletida nas teorias processuais, com a estrita finalidade de pôr fim ao litígio pelo predomínio de uma operação lógico-matemática no direito (teoria do fato jurídico) ou o predomínio da filosofia da consciência (solipsismo judicial), tolhendo a potencialidade da Democracia Participativa. Na atualidade, o Direito não mais aprisiona o Processo à lei: as teorias modernas sobre o Processo, permeadas pela episteme Constitucional, concedem novas dimensões ao Direito.

<sup>16</sup> Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas. Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricão. É por esse motivo que o direito responsivo pressupõe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas (NONET; SLEZNICK, 2010, p. 125-126).

<sup>17</sup> Arquetizado junto ao modelo de Estado Liberal e Social, ambos de gênese contratual, os quais dimensionavam a política como filha da democracia representativa.

A liberdade individual defendida pelo Estado Reativo passou por diversas alterações com efeitos de várias transformações no âmago das estruturas Estatais, chegando assim ao Estado Ativo-Responsivo, modelo de Estado que corresponde à atual leitura da Constitucionalização do Direito, capaz de superar o conceito estático de indivíduo repovoando sua estrutura pelas funções de um cidadão ativo, a partir da fixação política-jurídica das dimensões formais e matérias dos direitos humanos e fundamentais e que, de forma reflexa, incide nas garantias processuais, pois servem de aporte para com a efetiva proteção dos Direitos, reforçando e protegendo a aplicabilidade<sup>18</sup>.

Tudo isso, apresenta-se como exigências Democráticas, construindo-se um Processo que perpasse e reformule seus objetivos e finalidades estimulando pelas sociedades complexas:

[...] dire che le garanzie del processo vengono enunciate nel contesto della reinvidicazione dei diritto fondamentali del cittadino, come strumento necessario per la realizzazione di questi diritti. Non è un so che in Italia e in Germania di tali garanzie si parli in ostituzioni che seguono alla catuta dei regimi totalitari e che, in contrasto e reazione rispetto alle ideologie di questi regimi, mirando realizzare modelli di Statto democratico. Un fenomeno in tuto simile si verifica poi i Spagna e in Portogallo, quando anche in quei Paesi avveine la aduta di regime autoritari, e nuove Constituioni segnano la nascita di sistemi democratici. Ancora, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo è una solenne riaffermazione di questi diritti contro i regimi che in Europa li avevano negati e violati. In questa prospecttiva emerge con chiarezza la funzione politica dell'enunciazione delle garanzie fondamentali del processo: esse reppresentano infatti un aspetto essenziale della natura democraie dello Stato, e segnano la contrapposizione della concezione democrazia del potere e dell'ordinamento giuridico rispetto ai regimi autoritari o totalitari. Questi, infatti, si caratterizzano per la negazione, il dionoscimento e la violazione dei diritti e delle garanzie, in particolare di quelle che appaiono finalizzate a far sì che tutti i cittadini possano ottenere giustizia (TARUFFO, 2004, p. 120).

<sup>18</sup> La formalización de los derechos humanos en textos escritos de primer rango se vincula por razones y ejemplos históricos al movimiento constitucional moderno. Las constituciones escritas y rígidas de la época moderna y actual proclaman declaraciones sobre estos derechos. También, las garantías para su efectiva observancia se introducen en los mismos, con lo que se refuerza y protege la aplicabilidad (NOSETE, 1981, p. 12).

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente e postas ao Estado Ativo-Responsivo, o devido processo legal aporta-se como *Processo Justo* (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI da Constituição Federal) “[...] determina também seja assegurada a efetividade real do resultado, aspecto que ressalta o nexu teleológico fundamental entre o agir em juízo e a tutela jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido” (OLIVEIRA, 2008, p. 84). Ao mencionar uma memorável frase do processualista Francesco Carnelutti, e discorrer sobre a dimensão constitucional do contraditório processual, Ribeiro (2014) aponta que no Processo é um fato que as partes não são julgadas, mas sim que *ajudam a julgar*, tanto pelas provas apresentadas como pelo que fora exposto nos objetos processuais.

As teorias modernas tentam apresentar a superação do *Devido processo Legal* para um *Processo Justo*. Nesse sentido, deve o Processo respeitar todas as garantias e, ao mesmo tempo, reivindicar sua qualidade de direito fundamental, responsável por buscar a satisfação de um ideal de justiça ligado a um Processo mais humano, mas solidário e mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALARCÓN, 2000). Em último termo, não ser privado da vida, liberdade ou propriedade sem a tramitação de um Processo onde sejam aplicadas as garantias processuais constitucionais, responsáveis por prestar a tutela jurisdicional efetiva e considerar o contexto social e a adaptação existencial.

A matriz da noção de *Processo Justo* reflete um Processo que não somente estava eivado na normativa/dogmática processual pela Constituição, mas que é capaz, efetivamente, de modificar a realidade social a partir de um Processo marcado pela Democrática Participação, elevando-se a um *maxi* princípio fundamental, que tem sua força motriz e garantia suprema (CALAMANDREI, 1960) pela síntese que opera entre a garantia processual e os epistemologia Constitucional (LUISS, 2005), ressemantizadores do Direito como lei: “*Questi sviluppi sono passati da una fase di orgogliosa chiusura nazionalista, sigillata da*

*un assolutismo giuridico che coglieva nella legge statale tutto il diritto”, para uma “[...] fasi successive, che hanno visto la moltiplicazione dei gradi di legalità (oltre a quella ordinaria, si stagliano quella costitucionale e quella sovranazionale, affidata al controllo di Corti giudiziarie)” (CAPONI, 2012, p. 110-111).*

A justiça do Processo deve estar presente no início, no desenvolvimento, na conclusão, assim como nas decisões, objetivas e materialmente justas (ALARCÓN, 2000). Neste mesmo sentido, Couture (1957) afirma que o *devido processo legal*, deve desde seu início, até a emissão da sentença, ser marcado pela justiça, pois o devido Processo legal é a garantia mesmo de um *Direito justo*. O Processo justo, construtor do Direito justo, em sua dinâmica, combina, em uma dimensão concreta e factual (TROCKER, 1974), uma ampla reformulação da tutela judicial, que recobra do Processo Civil a aplicação de todas as suas garantias e direitos fundamentais, refletindo grandes consequências práticas (AROCA, 1998).

O fenômeno da Constitucionalização dos Direitos e garantias processuais suplanta para si a *centralidade do ordenamento normativo processual*, devido ao caráter publicístico (AROCA, 2006)<sup>19</sup> do Processo, ocorrendo a abertura do direito subjetivo<sup>20</sup>. Em um Estado Ativo-Responsivo as Constituições propiciam uma amplitude interpretativa muito mais significativas, o que se deve aos sentidos possibilitados pelas cartas materiais que gestam. Nelas, Democracias não apenas formais (verticais), mas, também, substanciais (horizontais). Esses novos sentidos (mudança institucional) propiciam maior proteção de direitos em benefício dos cidadãos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas em uma jurisdição que só será possível nesse novo modelo Democrático-Participativo.

<sup>19</sup> O Processo como ramo do direito publico ultrapassa a sua aspiração individual de interesse e “[...]conquista, sin duda, política, del siglo XX frente al proceso liberal propio del siglo XIX, pero luego se quiere disimular a algunas de las ineludibles consecuencias con el ropaje de la técnica procesal” (AROCA, 2006, p. 154).

<sup>20</sup> Sobre esse ponto, ver Santos (2018), o qual erige a ideia de Situação Jurídica Subjetiva.

Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

Os princípios, os valores, os Direitos Humanos e o paradigma da justiça da Constituição Federal sempre devem oxigenar a Lei com seu ar, o que é operado pelo Processo: novos Direitos, transformações ou mutação representam a sorte da Constitucionalização do Processo e do Direito (MORELLO, 2000). O renovado espaço reconhecido aos juízes não encontra justificação apenas nas exigências de legitimação da justiça constitucional, senão também em razão do surgimento de uma compreensão cultural da Constituição e do Direito, que não reconhece mais somente às regras a capacidade de responder as demais de justiça que provém de uma sociedade pluralista e que comporta um repensar das categorias jurídicas tradicionais (GROPPI, 2003). O Direito subjetivo ampliado do formalismo da lei para atender as necessidades contextuais, superador do formalismo jurídico e do positivismo.

Tanto pela perspectiva das transformações quanto pelas perspectivas evolutivas emergidas pelo novo paradigma da complexidade evidenciam que a Ciência Processual busca uma efetividade normativa, ou seja, uma aplicação dos institutos processuais de acordo com princípios e regras Constitucionais, de modo a ofertas concomitantemente legitimidade e eficácia na construção do Direito. Ao mesmo tempo em que o processo deve obedecer aos princípios vinculados pelo sistema de princípios sócio-políticos-jurídicos

(AROCA, 1976)<sup>21</sup> e técnicos que se fixam (GUILLEN, 1970)<sup>22</sup> delineados nas Constituições, este deve ater-se sempre a “*investigación do caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia adecuada al ordenamiento jurídico, sirviendo así cómo instrumento más directo de realización de la justicia*” (COUTURE, 1957, p. 54)<sup>23</sup>.

Uma vez que há um primeiro momento político do Direito, expressado por sua constituição/criação pelo legislador, ocorre um segundo momento político quando o direito é ressemantizado e, paralelamente, existe um campo jurídico não-estatal, que consiste nos conflitos que superam o que é lei, o que se torna um elemento de participação social. Pelo posto, é evidente o Direito possui em seu âmago componentes legitimadores da dominação social, razão pela qual o direito é eminentemente político e extrapola o Estado em razão das relações de poder que ocorrem na formação social (ROCHA, 1998).

Los tribunales pueden ser un espacio más desde el cual promover la construcción de reglas de derecho y de políticas públicas, que estarán a cargo de los otros poderes del Estado, especialmente en temas estructurales y trascendentes, siempre en el marco de las circunstancias del caso y con sujeción al principio de prudencia judicial. Se requiere un análisis estratégico e integral sobre el núcleo del conflicto y una sincera reflexión sobre las posibilidades reales de aproximación a la solución deseada y, además, al efectivo cumplimiento del mandato judicial (BERIZONCE, 2013, p. 369).

A epistemologia Constitucional é meio de defesa e efetivação dos Direitos básicos do humano e o Processo Civil bem representa esse canal que conecta

<sup>21</sup> Pero el pretender desterrar la política del derecho, se basa en una opinión deformada de lo que aquella sea, y e pretender reducir el derecho a política, se basa en una concepción totalitaria de esta desconocedora de las garantías de aquel (AROCA, 1976, p. 178).

<sup>22</sup> [...] pero sí que las normas por las cuales se formule aquel sistema de principios, como ligados de modo inmediato con la Constitución, deben gozar de un sistema procesal específico, más fuerte que el que protege el cumplimiento de las leyes inferiores. Iríamos, pues, hacia la creación de una especial categoría de leyes, de «leyes constitucionales», entre las cuales se hallase aquélla, mediante la cual se fijan los principios que en cada país, deben regir su ordenamiento procesal (GUILLEN, 1970, p. 154).

<sup>23</sup> La justicia es algo mejor: es la creación que emana de una conciencia viva, sensible, vigilante, humana. Es precisamente este calor vital, este sentido de continua conquista, de vigilante responsabilidad que es necesario apreciar e incrementar en el juez (CALAMANDREI, 1960, p. 80).

com maior rapidez e prática os conflitos sociais – faceta da complexidade social – ao Direito, sendo ramo prático e sensível as manifestações sociais, pois o Processo. Frente a sua fundamental importância, necessário que o Processo Civil seja repensado continuamente, a fim de que evolua e cresça como espaço Democrático de participação social e ressemantização dos Direitos subjetivos.

Sob essa ótica, a Constitucionalização do Processo hoje delinea fundamentos para um Processo Democrático e participativo, na medida em que se acredita que os efeitos reflexos da Constitucionalização do Processo perpassam à lei, operando na construção de um Direito *adaptativo* e que atende às *complexidades sociais*, o que seria uma *onda renovatória do Processo Civil* ocasionada por uma leitura atual da epistemologia Constitucional frente às complexidades sociais<sup>24</sup>.

## 5 CONCLUSÃO

O Processo Civil, em um primeiro momento, constituía-se por uma forma de Democracia *verticalizada*, erigida em um sistema positivo e formal do Direito, que tinha como base central a Democracia Representativa e a aplicação da Lei, construído um Processo meramente reativo. Com o Estado Ativo Responsivo, constituído por uma epistemologia Constitucional do Direito, o Processo é ressignificado profundamente, passando de um *Processo legal* a um *justo Processo*, de modo que o sistema normativa processual acaba

<sup>24</sup> De tal modo, relativiza-se não só o conceito de legalidade, o qual a interpretação pode resultar mais ou menos jurídica ou menos política, mas sobretudo o conceito de justiça. Tal conceito, tão importante para a existência do homem por recolher no curso dos milênios a atenção dos intelectuais como simples homens da rua, não pode não levar conta, se desconsiderado em uma perspectiva operativa, os efeitos complexos de uma determinada decisão judiciária. Em tal âmbito, não obstante as incertezas de suas possíveis interpretações, o conceito de justiça parece de fato em condições de desenvolver uma função essencial: fornecer um ponto de vista externa ao ordenamento (FEBBRAJO, 2016, p. 97).

*horizontalizando* a Democracia, oportunizando a participação social e a absorção dos contextos sociais no Processo Civil.

A epistemologia Constitucional ressignifica importantes institutos Processuais a partir da Constitucionalização das garantias processuais que operam na abertura da participação na construção dos objetos do Processo (do processo e do debate processual), manifestações que obrigatoriamente devem ser contidas na decisão judicial. Os objetos processuais são espaços fundamentais para a compreensão da abertura dos contextos sociais ao Direito, pois trazem ao Judiciário novas manifestações da complexidade social. A devida consideração das garantias processuais e de sua transcendência prática no sistema jurídico é um ponto fundamental para mediar a idade do Estado de Direito (MORELLO, 2000). Ocorre assim a dupla dimensão de afetação da Constituição Federal no Processo Civil.

A Constitucionalização do Direito e a permeabilidade da epistemologia Constitucional acabam redimensionando o Processo Civil e a hermenêutica Constitucional, absorvendo os contextos e perpassando o texto, ampliando o Direito subjetivo e dando espaço à situação jurídica subjetiva. Na busca da Democracia substancial, os contextos sociais de uma sociedade complexa, criadora incessante de novas situações jurídicas subjetivas, são trazidos ao Direito, e o canal para isto, por excelência, é o Processo Civil. Deste modo, é possível conciliar várias combinações de culturas jurídicas internas e externas, de normas sociais e jurídicas, mesclando Constituição formal e material, com o potencial de concretizar a Constituição abrangendo a flexibilidade que recobra uma sociedade complexa (FEBBRAJO, 2016).

Por essas elementares e significativas alterações operadas pela Constituição Federal no Processo Civil, a epistemologia constitucional transforma o Processo em local para o exercício da Democracia Participativa, relevado a sobreposição do contexto sobre o texto, projetando um Direito (des)construtivo, possibilitador de novos horizontes.

Buscou-se destacar a atualidade e necessidade de ampliação sobre o tema exposto, uma vez que o debate sobre esses novos horizontes ao Processo Civil são recentes, e merecem uma apreciação da comunidade jurídica, devendo ser levado lado a lado como elemento fortificador e concretizador da Constituição Federal.

Com isso, o processo judicial democrático representa “o processo como vocação dos nossos tempos” (SANTOS, 2020, p. 15).

## REFERÊNCIAS

ACOSTA, H. Proceso civil y constitución. *In*: ACOSTA, H.; PLAZAS, J. M.; SUZAÑA, M. R.; PICÓ I JUNOY, J. (coords.). **Constitucionalización del proceso civil**. 1. ed. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura, 2005.

ALARCÓN, R. B. El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. **Proceso & Justicia**, Lima, p. 67-81, 2000.

AROCA, J. M. El derecho procesal en el siglo XX. La ciencia del derecho durante el siglo XX. **Estudios Doctrinales**, México – Universidad Nacional Autónoma de México, n. 198, 1998.

AROCA, J. M. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. **Revista de Derecho Procesa Ibero Americana**, 1976.

AROCA, J. M. **Proceso civil e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARACHO, J. A. O. **Proceso constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BARBOSA MOREIRA, J. C. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

BEDOYA, J. V. M. Constitucionalización del proceso judicial civil panamericano. **Encuentro XX Panamericano de Derecho Procesal**, Santiago, Chile, 2007.

BENABENTOS, O. A. **Teoría general del proceso**. Tomo 1. 1. ed. Rosario: Juris, 2005.

BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 3, p. 46-74, sep./dec. 2010. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 18 set. 2011.

BERIZONCE, R. O. Procesos colectivos de interés público y función de garantía para la efectividad de los derechos fundamentales. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá-Colombia, n. 39, p. 365-382, 2013.

CALAMANDREI, P. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CAMBI, E. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, ano 1, n. 6, p. 1-44, 2007.

CAPONI, R. Diritti sociali e giustizia civile: eredità storica e prospettive di tutela collettiva. **Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale**, Anno LXII, v. 202, n. 1. Trimestrale, gennaio-marzo, 2012.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CASTILLO, A.-Z. **Principios técnicos y políticos de una reforma procesal**. Honduras: Publicaciones de la Universidad de Honduras, 1950.

COSTA, M. N. **Poderes do juiz, processo civil e suas relações com o direito material**. v. 2. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013. (Coleção Estudos de Direito em Homenagem ao Prof. Darci Guimaraes Ribeiro).

COUTURE, E. J. **Estudios de derecho procesal civil**. Tomo I. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1957.

COUTURE, E. J. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.

CHEVALLIER, J. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CHIOVENDA, G. **Le reforme processuali e le correcti del pensiero moderno.**

Roma, 1930.

DAMASKA, M. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado.** Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

FAVELA, J. O. Tendencias actuales en el derecho procesal civil. *In*: FERNÁNDEZ, J. L. S. (comp.). **Tendencias actuales en el derecho procesal civil.** 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

FEBBRAJO, A. **Sociologia do constitucionalismo.** Constituição e Teoria dos Sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

FERRAJOLI, L. **Principia iuris.** Teoria del diritto e della democrazia. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FIX ZAMUDIO, H. **La protección procesal de los derechos humanos.** Madrid: Civitas, 1982.

GADAMER, H.-G. **Verdad y método:** Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1998.

GROPPI, T. ¿Hacia una justicia constitucional “dúctil”? Tendencias recientes de las relaciones entre corte constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México – Universidad Nacional Autónoma de México Distrito Federal, v. XXXVI, n. 107, mayo/ago. 2003.

GUILLEN, V. F. **Bases uniformes de legislación procesal.** Comunicación que presentó a la V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal. Bogotá, junio de 1970.

GUILLEN, V. F. **Teoría general del derecho procesal.** 1. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, R. P. **Teoria processual da decisão jurídica.** São Paulo: Editora Landy, 2002.

LUISS, G. C. **Il giusto processo**. Osservatorio Costituzionale, assieme ad altra documentazione, sono reperibili sul sito Internet dell'Università Luiss Guido Carli. Incontro dell'11 febbraio 2005 sul tema. Bollettino n. 2/2005. Dipartimento di Scienze Giuridiche – Facoltà di Giurisprudenza. Disponível em: <http://www.luiss.it/semcost/index.html>. Acesso em: 18 set. 2011.

MÉNDEZ, F. R. La influencia de la constitución en el derecho procesal civil. **Revista Justicia**, Barcelona, n. 1, p. 9-40, 1983.

MIGUEL, C. R. Nuevos desarrollos de la teoría de los derechos fundamentales como retos para el derecho procesal constitucional. **Vox Juris**, n. 31, p. 133-143, 2016.

MORELLO, A. M. **El derecho y nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, E. **Introducción al pensamiento complejo**. Barcelona: Gedisa, 2005.

NONET, P.; SLEZNICK, P. **Direito e sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

NOSETE, J. A. Garantías constitucionales del proceso civil. **Revista Justicia**, Barcelona, n. 81, 1981. (Número especial).

NUNES, D.; BAHIA, A. Processo, jurisdição e processualismo constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 101, jul./dez. 2010.

OLIVEIRA, A. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *In*: OLIVEIRA, A. (org.). **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

OLIVEIRA, A. **Teoria e prática da tutela jurisdiccional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PUGA, M. **Litigio estructural**. 329 p. Tesis Doctoral. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

RIBEIRO, D. G. La Dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, Bogotá, p. 101-120, 2014.

RIBEIRO, D. G. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

ROCHA, L. S. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1998.

SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual**: da jurisdição ao processo. 2018. 840 p. Tese (Doutorado em Direito) – Escola de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual** (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do Direito. Tomo I. 1. ed. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020.

SILVA, F. L. A. Processo constitucional: o processo como *locus* devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. 16, p. 157-188, jul./dez. 2015.

SILVA, O. B. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, L. L. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, M. Jueces y política: de la subordinación a la dialéctica. **Isonomía**, México, n. 22, p. 9-18, 2005.

TARUFFO, M. La garanzie fondamentali dela giustizia civile nel mondo globalizado. **RTDC. Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 17, jan./mar. 2004.

TROCKER, N. **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

WILD, R. **O princípio do livre convencimento no CPC/15**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.



# A EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA INTERAÇÃO TEXTO E CONTEXTO: A PASSAGEM DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

## *THE EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF HUMAN AND FUNDAMENTAL RIGHTS THROUGH TEXT AND CONTEXT INTERACTION: TRANSITION FROM JURISDICTION TO CIVIL PROCEDURE*

### RESUMO

O artigo busca evidenciar que a efetivação e proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais ocorre através da interação operada na interpretação entre o texto (Constitucional) e o contexto social (Complexidades Sociais), que ocorre de forma Democrática e Participativa mediante o Processo Civil, que tem seus institutos Constitucionalizados e ampliados para acompanhar os desafios do Direito em uma sociedade complexa. Para tanto, busca-se demonstrar que é necessário uma passagem da centralização da Jurisdição (um mero “governo dos juízes”) para o Processo Civil (governo das partes processuais em igualdade), que acompanha as novas estruturas de sociedade que vem se formando na contemporaneidade, na busca de um Direito que se aproxime mais da sociedade e que propicie participação social.

**Palavras-chave:** Estado ativo-responsivo. Texto-contexto. Democracia horizontal. Direitos humanos. Direitos fundamentais.

<sup>1</sup> O capítulo de livro foi anteriormente publicado na Revista Direito sem Fronteira, v. 2, no ano de 2018, e conta como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

## ABSTRACT

*The article seeks to show that the implementation and protection of Human and Fundamental Rights occurs through the interaction between the text (Constitutional) and the social context (Social Complexities), which occurs in a Democratic and Participatory way through Civil Procedure, which has its Constitutionalised and expanded institutes to accompany the challenges of Law in a complex society. In order to do so, it is necessary to demonstrate that a transition from the centralization of the Jurisdiction (a mere “government of judges”) to the Civil Procedure (governance of procedural parties in equality) is necessary, accompanying the new structures of society that have been formed in the contemporaneity, in the search for a Law that is closer to society and that provides social participation.*

**Keywords:** *Active-responsive state. Text-context. Horizontal democracy. Human rights. Fundamental rights.*

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Estado Ativo-Responsivo, Poder Judiciário e os Desafios da Produção Jurídica Interpretativa: a interação entre texto e os contextos; 3 – Da Jurisdição ao Processo: a proteção dos direitos humanos e fundamentais e o exercício da democracia participativa; 3.1 – Da eficácia para a Realização e Concreção dos Direitos Humanos e Fundamentais e o Exercício da Democracia Participativa e sua Tutela Processual; 4 – Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

Ao pensar sobre o direito em tempos em que, mais do que nunca na história, a população tem acesso tão facilitado aos tribunais e, paralelamente, mais do que nunca na história, à disposição da população existem tantos direitos subjetivos, restam vívidos questionamentos sobre o rumo do direito e do processo na medida em que, na prática, a efetividade da tutela não tem sido satisfativa e o direito como lei não evoluiu, já não sendo mais capaz

de apreender os fenômenos desta sociedade moderna; ou seja, teoricamente temos garantido, como em nenhum tempo se viu, tantos direitos e tanta facilidade de acesso ao Judiciário, mas na prática, de outro lado, os problemas são graves e distorcem a confiança de uma sociedade que vive sob o afã da *juridicização da vida*, pois o direito reconhece e emancipa os não-humanos.

O legalismo do séc. XIX, resposta à nova visão de Estado dado como resposta às complexidades sociais. O séc. XX, porém, passa a exigir, novamente, uma revisão das estruturas de Estado e de Direito e repolitiza a vida jurídica a partir de princípios Democráticos que advêm com a segunda Guerra Mundial. A lei, que outrora era o principal marco dogmático do Direito para exprimir os conceitos jurídicos, reflexo da busca de segurança, não mais é capaz de exprimir consensos permanentes, mas apenas passageiros. A busca de segurança, porém, teria de ser realizada em um nível superior, o da Constituição, não mais como um estatuto do Estado, mas como repositório de valores materiais representados como aquisições da vida política, marcando o advento do Estado Constitucional e seus corolários, como o sistema de constitucionalidade das leis (HESPANHA, 2017).

Em um momento de complexidade social e globalização, é possível haver valores universalmente reconhecidos a todo, comuns a toda a humanidade? A esta resposta, vincula-se os direitos humanos (SUPIOT, 2007).

O esboço apresenta a tentativa em superar as centralidades de produção jurídica do protagonismo judicial para um protagonismo dos cidadão ativos, redimensionando o ativismo judicial (que é jurisdicional) ao ativismo processual (reflexo do “processo judicial como vocação de nossos tempos”), este último figura como importante interação entre texto e contexto em uma interpretação jurídica contemporânea que visa proteger os direitos Constitucionalizados e fazer com que se efetivem e se reconheçam via tutela jurisdicional efetiva e satisfativa acostada em uma legitimidade democrática processual que é possibilitada pelo deslocamento da jurisdição ao processo.

Essa visão, para se tornar prática, cobra uma resignificação da dinâmica processual, pela fusão entre administração da justiça e função jurisdicional, na busca da efetivação dos Direitos Humanos e Fundamentais, permitindo-se a adesão do contexto social por uma interação junto ao texto constitucional que resgata elementos de dignidade humana. A aderência da Constitucionalização do Direito absorve a o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados.

## 2 ESTADO ATIVO-RESPONSIVO, PODER JUDICIÁRIO E OS DESAFIOS DA PRODUÇÃO JURÍDICA INTERPRETATIVA: A INTERAÇÃO ENTRE TEXTO E OS CONTEXTOS

Alguns sintomas hoje expressam o delicado momento em que passa o direito: a ausência do sentimento de representação em face de quem cabe por excelência o poder político, a incapacidade da lei de abranger as complexidades sociais que multiplicam-se diariamente (PICARDI, 2008) e a incapacidade do Poder Judiciário de resolver todos os fenômenos conflituais aderidos pela juridicização da vida (OST, 2018). Parte dos sintomas caracteriza que a tradicional forma de produção jurídica não apreende as complexas manifestações (CARBONNIER, 2001) dos fenômenos conflituais<sup>2</sup>, que evidenciam a coexistência humana (GEHLEN, 1987; SCHUTZ; LUCKMANN, 2003) superadora dos suportes fáticos das normas, o que remete a uma necessidade de ampliação contextual e democrática do direito. Paralela a essa abertura contextual interpretativa, é necessário que os meios de resolução de conflitos também sejam explorados para absorver esses fenômenos

<sup>2</sup> El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos (CHASE, 2011, p. 11).

complexos, o que amplia o espaço de participação democrática da sociedade pela escolha sobre a maneira de resolução adequada dos conflitos nascidos na sociedade (contexto) e protegidos Constitucionalmente (texto).

Estes são alguns dos sintomas aspectos de um problema maior: a sociedade mudou, hoje é compreendida como complexa (DEVANEY, 1989) em suas manifestações (hiper-trans-pós-moderna<sup>3</sup>). Para o direito acompanhar estas mudanças, não pode se utilizar somente da representatividade (COVER, 2002) legislativa para produção jurídica (reflexo de uma sociedade *meramente* moderna), devendo o direito compreender o *contexto social*, expressado pela complexidade dos fenômenos conflituais, a partir do *texto Constitucional*; ou seja, uma interpretação (COVER, 2002) *do texto pelo contexto*, na busca de resgatar os aspectos humanos e éticos (NUSSBAUM, 2006a) evidenciados pela Constitucionalização do direito, somando-se a uma leitura ampliada do direitos humanos e fundamentais (SUPIOT, 2007). Nesse sentido, ao se abrir para os fenômenos conflituais a partir do direito fundamental de acesso à justiça, o Poder Judiciário reestrutura-se e adere a novas formas de resolução de conflitos que garantam uma maior participação social e absorção destes fenômenos conflituais, apresentando à sociedade a heterocomposição e a autocomposição como vias de resolução conflitual profícuas para absorção dos fenômenos conflituais.

Em razão complexidade social e as novas necessidades que surgem a cada instante, o Poder Judiciário é chamado a resolver as mais diversas questões, sejam elas privadas ou públicas, e ainda soluciona os influxos políticos tanto no que se refere à afirmação-reconhecimento de políticas públicas, quanto a tensões políticas entre os demais Poderes. Esta absorção dos fenômenos conflituais pelo Judiciário é o recente efeito da substancialização

<sup>3</sup> Para melhor compreensão da sociedade contemporânea e dos fenômenos conflituais nascidos em sua pluralidade de contextual, será preciso observar várias das teorias que definem a sociedade como contemporânea, sendo elas as da hiper-modernidade, pós-modernidade e trans-modernidade: Berman (1988); Han (2013, 2018); Charles (2009); Chevallier (2009); Grossi (2003); Latour (2012, 2010); Lyotard (2000); Lipovetsky (2004); Smart (1993); e Tourraine (1996).

dos institutos judiciais pela Constitucionalização do direito, revigorando-os ao ultrapassar uma formalidade vazia para a substancialização Democrática, emergindo assim fenômenos como a judicialização política, o garantismo, o ativismo judicial jurisdicional e processual<sup>4</sup>, muito relevantes para a produção jurídica, pois evidenciam há tempos o direito daqueles que não possuem direitos<sup>5</sup>. Os assuntos levados aos tribunais passam a apresentar grande relevância política, principalmente por estarem mais em contato com complexidades sociais atuais em detrimento dos demais Poderes (Legislativo e Administrativo) (COSI, 2011; ENTELMAN, 2010; FISS, 2007, 2004; IBÁÑEZ, 1988; MIAILL; RAMSBOTHAM; WOODHOUSE, 2000; PARÍS; JAUME, 2013; PUGA, 2013; RAMÍREZ, 2006; SCHNITMAN, 2000; SOLER, 2015; VINYAMATA, 2014).

O Poder Judiciário, em razão das mudanças sociais e Constitucionais, hoje revela a necessidade de uma interpretação que busque a *absorção dos fenômenos conflituais pela juridicização dos conflitos*<sup>6</sup>, evidenciando um aspecto democrático-participativo ao somar ao direito os fenômenos conflituais que exasperam o a representação, reflexo da Constitucionalização. A interpretação dos fenômenos conflituais em uma sociedade complexa denota a redução dos riscos para os problemas criados diariamente em uma ampla interface intersubjetiva (GRANFIELD, 1996), operando a compreensão dos fenômenos conflituais junto ao contexto que o gera. Na medida em que a via interpretativa absorve os fenômenos conflituais, o direito pode assumir sua função (OST, 2013, 2017; TAMANAHA, 2006), conectada à *adaptação social* e à adaptação do Estado aos novos fenômenos e organizações que expressam a sociedade, reorganizando as suas estruturas e dando um maior enfoque nos aspectos

<sup>4</sup> Ver: Peyrano (2010); Ramos (2013); e Vianna *et al.* (1997).

<sup>5</sup> Ver conceito de “humano” e “não humano” em: Latour (1994). Também nesse sentido ver: Nussbaum (2006b). Também ver o conceito dos “sem parcela” em: Rancière (1996).

<sup>6</sup> Para Pontes de Miranda “juridicização da vida” significa que todos os fenômenos da vida acabam ganhando espaço no judiciário e buscam sua juridicidade no sistema jurídico, pois há fenômenos conflituais não apreendidos em lei. A juridicização que aqui se expressa é a fusão entre sociedade e jurisdição pela interpretação dos conflitos pelo contexto. Ver em: Miranda (1998).

sociojurídicos, centrando-se assim na resolução dos conflitos vários que emergem na sociedade<sup>7</sup>.

O direito como adaptação social traz consigo uma carga de politização dos tribunais, e traz a sociedade a participar (MARTIN, 2007) de sua construção: uma democracia participativa que funcione, paralelamente, à uma democracia representativa. Para evidenciar esse novo momento interpretativo<sup>8</sup>, ocasionado pela permeabilidade Constitucional no direito e nos institutos jurídicos, onde há uma ampliação da *governança* pela sociedade, apoia-se no *Estado Ativo-Responsivo* e na *Democracia Horizontal*, aspectos que estabelecem bases a esta proposta interpretativa delineada como leitura do *texto* Constitucional<sup>9</sup> pelo *contexto social* (fenômenos conflituais).

Até então o interesse na segurança levou o homem a procurar uma base fixa para uma ordenação absoluta da ação humana, baseada dessa forma em uma ordem social firme e estável; porém, as mudanças sociais contínuas exigem novos ajustes, diante da pressão de novos interesses sociais e novos modos de engendrar segurança. A interpretação do direito, que já há muito tempo ocupa amplo espaço de discussão na ciência jurídica, ganha um novo tônus e uma nova compreensão de seu instituto neste contexto de complexidade social, pois evidencia a necessidade de apreender os fenômenos conflituais sob um manto Constitucional, pela leitura do texto pelo contexto, superando assim *a mera produção jurídica pela atividade política do juiz*, por ser esta eivada de *representatividade* (tal como na representação legislativa) e não por participação Democrática<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Pela heterocomposição e autocomposição. Ver: Castillo (2000).

<sup>8</sup> São as mais distintas as técnicas interpretativas do direito, diferencia muito bem elas Guastini e Hespanha. Ver: Guastini (1999); e Hespanha (2011).

<sup>9</sup> Ver: Chessa (2008, p. 41-64); e Mengoni (1996, p. 95-112).

<sup>10</sup> Muitas teorias e construções da filosofia política contemporânea centram a criação do direito pela atividade política do juiz, pois é corriqueiro decisões de cunho político ideológico, manifestando colateralmente a decisão como política pública: entretanto, é rompida essa centralidade política da decisão na Jurisdição em uma centralidade política ampliada pela Democracia Participativa em uma cidadania ativa, que exige decisões de um juiz Ativo e Responsivo. Pela interpretação ocorre um fluxo dinâmico entre texto e contexto, dando vida

Esta nova estrutura e aspecto do Estado, que manifesta em seu âmago a interpretação pela juridicização dos conflitos de forma democrática, é o reflexo de uma nova construção da configuração organizacional do Estado, expressado pelo *Estado Ativo-Responsivo*<sup>11</sup>, onde o Poder judiciário absorve fenômenos conflituais apoiado no direito fundamental de acesso à justiça, pois as novas possibilidades Constitucionais hodiernas acabam por absorver os fenômenos conflituais via proteção de direitos, alterando a função-estrutura e institutos jurisdicionais e processuais, dimensionando a interpretação como produção jurídica em tempos de complexidade. Os fenômenos conflituais apresentam-se ao direito via contextual e resgatam a politização da existência (*governança*<sup>12</sup>), tornando a interpretação uma interpretação voltada ao contexto, abandonando a decisão como aplicação lógico-dedutiva do direito: os conflitos devem ser interpretados com a proteção, tutela e garantia da Constituição.

Ao evidenciar um maior espaço de absorção dos fenômenos conflituais, o Judiciário, em um Estado Ativo-Responsivo, projeta em sua configuração

---

a existência de novas complexidades existenciais. Uma das propostas a ser desenvolvida pelo ora projeto é a redução da representatividade legislativa e judicial pela interpretação, e esta interpretação dar-se-ia a partir do processo, que configura elementos de objetividade e denota as complexidades do mundo pela dialética.

<sup>11</sup> Supera-se a ideia de Estado Reativo e Estado Ativo. Ver: Damaska (1986); e Nonet e Sleznick (2010).

<sup>12</sup> From a point of view of contents, auctoritas ought to be definitively transferred from the States to the Community (although porosity would even here allow for local auctoritates to be kept, as long as they did not prevail when conflicting with the global one). This is, in my view, the necessary corollary of the contemporary “erosion” of the State (Garapon) and at the same time ensures the maintenance of the minimum redoubt of a “vertical element” (the State does not disappear, but is transformed). The “collective auctoritas” – incarnated by the Community institutions and impelled by the particularity of each State – would be charged with ensuring the respect, in the ideological plane, of the indispensable acquisitions of Modernity: democracy and human rights, eventually in an original integration of (mercantile) equity and (social) justice that filled with contents the term “solidarity”. [...] The translation of this to the level of procedure requires to envisage the dialectics between the “bottom-up” impulse (potestas) and the integration of the “top-down” principles (auctoritas). The notion of “governance” is clue: it can be seen as the post-modern version of the “social contract” as a true “Vergemeinschaftung”. The contracting Member States (this label ought to be changed) would not “delegate” any power whatsoever but would exercise their potestas inspired in the common auctoritas. This is the materialisation of “solidarity”: the (Cartesian) duality of the roles of the State (sovereign but member of the Community) would be substituted by a complementarity (sovereign since member of the Community) (TINTURÉ, 2018).

a desconcentração dos atos administrativos para uma melhor absorção dos fenômenos conflituais por meios autocompositivos<sup>15</sup>, o que abre à sociedade uma maior participação junto aos conflitos, sendo eles: mediação, arbitragem e conciliação. Estes meios autocompositivos figuram como um meio adequado de resolução de conflitos e de absorção das complexidades sociais, e visam a compreender o fenômeno para compô-lo de forma adequada. Estes meios também buscam reduzir o fluxo da juridicização, oportunizando que as partes melhores compreendam e resolvam os fenômenos conflituais. Este aspecto autocompositivo é um forma que coexiste com esta proposta interpretativa dos contextos complexos (fenômenos conflituais), pois tanto a *interpretação* como a *autocomposição* preocupa-se com os fenômenos conflituais.

O Estado Ativo-Responsivo absorve os fenômenos conflituais de forma *policêntrica* (PUGA, 2013) e não de forma dual (combate entre duas partes, reflexo de um Estado Reativo), pois reconhece que a interpretação refletida pela decisão não vem a gerar efeitos somente entre as partes, mas também para demais conflitos, manifestando-se ao futuro e presente. Com esta organização, visa a ultrapassar as fronteiras do velho modelo de Estado de Direito e acaba por representar uma reorganização de suas estruturas e funções quanto as atividades desempenhadas pelos seus órgãos junto à absorção e reconhecimento de direitos (RODOTÀ, 2014; RUFINO; TEUBNER, 2011). Esse modelo de estado acaba por dimensionar-se em funções e na estrutura mais ativa dos órgãos estatais, *sendo que o Poder Judiciário é o órgão que mais vem a absorver os fenômenos conflituais por estar mais em contato com o social.*

O Estado Ativo-Responsivo tem como núcleo a *democracia horizontal* (ROUSSEAU, 2010/2) (oposta à verticalidade, expressão da força institucional

<sup>15</sup> Saliencia-se que o Novo Código de Processo Civil, que absorve a constitucionalização do Direito, possui amplo aspecto de abertura à autocomposição no Direito, apoiando a resolução dos fenômenos conflituais por outros meios que não a heterocomposição, o que é evidenciado no art.3º da lei processual.

do direito pela representação) por meio da qual a governança estatal é gerida por uma tendência híbrida entre *Estado* e *sociedade*: com as transformações do Estado para um modelo de Estado Ativo-Responsivo, este vem a proporcionar uma ordem democrática e constitucional, centro para as demandas sociais, colocando sob tensão princípios, leis e políticas públicas em uma permanente renovação do direito feita com a participação de todos. A *governança* em uma democracia horizontal, rompe com o normativismo estruturado em uma pirâmide hierárquica e adere ao direito elementos como a colaboração, aspectos de um sistema jurídico em rede<sup>14</sup>. Com a ampliação do núcleo de participação, ocorre uma projeção muito maior de juridicização da vida, pois a juridicização releva os fenômenos conflituais no sistema jurídico, o que exige uma produção jurídica interpretativa do contexto social em suas complexidades, em suas particularidades, resgatando seus aspectos humanos e éticos, somando-se a uma leitura ampliada do direitos humanos e fundamentais, no qual a norma, no tocante aos princípios, amplia os horizontes para reconhecimento e absorção dos fenômenos conflituais.

A proposta interpretativa contextual e textual preocupa-se com as complexidades de mundo hoje existentes e enxerga no direito possibilidades de uma produção jurídica acompanhadora e redutora de inseguranças causadas neste cenário complexo, evidenciando sempre os elementos Constitucionais para uma interpretação do direito humana e ética. Esta proposta é calcada em elementos contextuais tais como o Estado Ativo-Responsivo e a Democracia Horizontal, que denotam esse novo momento vivido por uma sociedade complexa e que cobra ser escutada e exercer uma maior participação democrática. De um lado, a democracia horizontal proporcional a maior absorção pelo Estado dos fenômenos conflituais vários, para que os mesmos sejam juridicizados e mantenham a autonomia do direito.

<sup>14</sup> A governança proposta no modelo de Estado Ativo-Responsivo acaba por observar o direito em rede, absorvendo os contextos produzidos em uma sociedade complexa e acaba por repensar a pirâmide normativa por um sistema jurídico em rede. Ver: Ost (2002).

De outro, o Estado Ativo-Responsivo exige uma governança estatal ativa e responsiva que acaba por exigir uma abertura sensível de suas atividades e funções, de modo que o poder judiciário acaba sendo o órgão estatal mais relevante para com a absorção dos fenômenos conflituais, pois interpreta os contextos e os juridiciza, assim como possibilita outras formas de resolução dos fenômenos conflituais.

### 3 DA JURISDIÇÃO AO PROCESSO: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Conceber a juridicização dos fenômenos conflituais como interação do contexto social e do texto constitucional, oportuniza uma interpretação jurídica efetiva e de reconhecimento de Direitos para sua proteção e tutela. Relevante para a interpretação jurídica ter-se a interação entre *texto Constitucional* e *contexto social*<sup>15</sup> para uma ampla proteção, tutela e garantia da Constituição em um contexto de sociedade complexa, a qual cria e recria fenômenos conflituais que desafiam a interpretação e a resolução adequada dos conflitos, com o fim de redução dos riscos constituídos socialmente, buscando garantir a autonomia do Direito<sup>16</sup>.

Com o fenômeno da Constitucionalização do Direito<sup>17</sup>, à normatividade é acrescido um caráter interpretativo que se acentua no alcance do texto ao

<sup>15</sup> No que tange a interação de texto e contexto em uma interpretação jurídica que venha a absorver a proteção das tutelas e garantir a efetividade dos direitos reconhecidos Constitucionalmente, segue como base teórica os autores que seguem: Didi-Huberman (2014); Jullien (2009); Luypen (1968); Marion (2005, 2010); Merleau-Ponty (1994); e Ricoeur (1996a, 1996b, 2002, 2006, 2008).

<sup>16</sup> Vale destacar que com efeitos da Constitucionalização do Direito o sistema jurídico acaba por oportunizar a cidadania ativa, apresentando como via de possibilidade uma Democracia Participativa que venha a absorver os contextos da sociedade complexa, e que supere o sistema normativo piramidal em um sistema jurídico em rede.

<sup>17</sup> La necesidad de armonizar el momento estático (o constitucional) y el dinámico (o procesal) resulta inmediatamente de la insuficiencia de pretender explicar el acceso procesal a la

contexto e absorve o direito um sem número de possibilidades interpretativas postas ao relevo dos fenômenos contextuais, absorvidos pelo direito como adaptação existencial.

Com a pós-guerra, a Constituição, longe de flutuar sem incidência direta, atua em uma penetrante revolução cultural também no nível jurídico, exprimindo – em respeito ao passado – uma visão invertida da gênese do direito e, conseqüentemente, operando assim em uma mudança de fundo de sua essência, em sua estrutura e função; logo a Constituição adere-se aos fenômenos sociais. Somada a queda do muro de Berlim e o fim da terceira guerra mundial, fenômenos esses desaprisionam o homem dos cerceamentos da liberdade estabelecidas pelo Estado, de forma que a sociedade acaba dinamizando-se, pluralizando-se<sup>18</sup>.

---

jurisdicción únicamente para “excitar” la actividad de los órganos jurisdiccionales. La *concepción abstracta de la acción se completa pues con la de pretensión, es decir, con una “declaración de voluntad* en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración”. Situados en el plano dinámico, funcional o procesal tiene pleno sentido argüir que “no hay proceso puramente abstracto que exista por sí y para sí mismo: *todo litigio tiene un objeto*. Si el actor deduce su acción es para que se le reconozca alguna cosa y es precisamente a lo que se opone el demandado; es la naturaleza jurídica de esa ‘alguna cosa’, del objeto del proceso, de lo que se trata aquí”. Su aparente sencillez puede ocultar su importancia y las ya viejas discusiones doctrinales sin resultados definitivos ni universalmente admitidos. Llegados aquí surgen dos relevantes y conexas cuestiones: en primer lugar, la de que la pretensión procesal en cuanto formulada contra alguien (demandado) parece connotar la preexistencia de un conflicto y, en segundo lugar, que una cosa es el objeto litigioso, es decir la relación jurídica discutida (ERNESTO, 1996, p. 2-3 e 13-48).

<sup>18</sup> La Costituzione, infatti, lungi dal galleggiare senza incidenza dirette, attua una penetrante rivoluzione culturale anche sul piano giuridico, esprimendo – rispetto al passato – una visione invertita della genesi del diritto e, conseguentemente, un mutamento di fondo nel puntualizzarne l'essenza. Essa, per la prima volta nella storia dell'Italia moderna, dà volto a una società plurale, autenticamente plurale. Tutta la complessità del 'sociale' è registrata fedelmente, cui alfine corrisponde una coerente complessità giuridica. Se questo è potuto avvenire, è perché cambia il quadro di osservazione grazie al quale disegnare la configurazione del diritto. I Padri Costituenti, infatti, nei due anni fertili del '46 e del '47, guardano dal basso, dal substrato radicale della civiltà italiana laddove non era penetrato il veleno inquinante della barbarie fascista, e lì, soltanto lì, leggono e decifrano valori diffusamente condivisi. La nostra Costituzione diventa così quasi un modello di quella invenzione che è nel titolo della lezione, incarnando la concretizzazione di un reperimento. Con questa necessaria precisazione: i centotrentanove articoli, dei quali si compone il testo della 'carta', sono senza alcun dubbio una cospicua manifestazione della dimensione costituzionale della Repubblica, senza dubbio quella che premeva ai Padres per fissare alcuni pilastri basilari della convivenza Chi ama ridurre il diritto a una geometria avrà sicuramente un moto di rigetto e, forse, addirittura di ripugnanza per una conclusione che geometrica non è e non può essere, che sembra soffrire, insomma, di elasticità e di vaghezza; di elasticità certamente, ma non di vaghezza. Si elasticità, che rispecchia il carattere dinamico di ogni Costituzione, perché i valori, che pure rifuggono dall'episodico e dal

Frente à massificação da justiça, exposta pela juridicização da vida, assim como ao surgimento de direitos humanos, a constitucionalização do direito<sup>19</sup> e a complexidade social, o absurdo metodológico de buscar subsumir todos os fenômenos da vida como fatos jurídicos estáticos reflete um injusto cenário: um sem número de fenômenos cuja tutela não é concedido da forma que deveria em razão da impossibilidade de criação/interpretação do direito por parte do processo, ainda centrado em velhos paradigmas.

O Processo Civil é o centro que propicia a participação das partes no processo, de outro lado a Jurisdição expressa tão somente o recorte do Juízo sobre o processo. Hoje ocorre o fenômeno do deslocamento da jurisdição ao processo, impulsionado o deslocamento pela atual relevância do direito fundamental ao acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988; GARCÍA, 2013; MELO, 2006) como abertura para os contextos sociais postos a interpretação

---

labile, nascono e si affermano per gli uomini, e gli uomini vivono nella storia (la plasmano e ne sono plasmati), e la storia diviene, si muove, anche se spesso il movimento (pur ineliminabile) si percepisce solo nella lunga durata, lentissimamente, assomigliando al cammino dei ghiacciai della natura fisica, impercettibile ma oh quanto incisivo sulla realtà da essi attraversata. Vaghezza no, perché è netto e nitidamente precisato il nucleo valoriale, irradiante ed espansivo (punto su cui insisteva il rimpianto amico Paolo Barile) ma serrato nel suo messaggio essenziale: garantire a ogni persona – anche a quella socialmente ed economicamente ultima – la salvaguardia della sua dignità. Questo è il nucleo valoriale che sorregge la dimensione costituzionale della Repubblica e di cui la ‘carta’ è soltanto una manifestazione facilmente accostabile, leggibilissima com’è nel suo linguaggio piano e semplice. Ecco i suoi punti fermi agevolmente individuabili: primato storico e logico della persona umana rispetto allo Stato e, come affermavamo più sopra, esigenza insopprimibile di garantire il rispetto assoluto della sua dignità nonché delle libertà che – sole – possono salvaguardarla appieno; concezione della persona come creatura relazionale immersa in rapporti sociali orientati e ordinati da un saldo principio di solidarietà. Dunque, una dimensione costituzionale complessa. Se mi è permessa l’immagine, a due strati; e mi sentirei anch’io di parlare di un testo quale superficie affiorante di una sorta di continente sommerso, che si presenta alla nostra percezione quale latente ma viva e determinante costituzione materiale. Se non lo faccio è per evitare rischiosi equivoci, avendo quest’ultimo sintagma ricevuto da un prestigioso costituzionalista, Costantino Mortati, un contenuto (tutto sommato) anchilosante nella sua riduzione alle forze politiche dominanti. Sono, infatti, convintissimo che si tratta di un ampio anche se non indefinito strato valoriale dove, al di là di un aspetto politico, conta quello etico e sociale (GROSSI, 2018).

<sup>19</sup> [...] hasta llegar a la edad moderna, donde se comienza a cuestionar sus limitaciones frente a la masificación de la justicia y al surgimiento de los derechos humanos, a nivel internacional; asimismo, a nivel nacional, los diversos problemas derivados de la insuficiente o errónea fundamentación jurídica, y en ocasiones, la ausencia de fundamentación jurídica, obligan al Juez a la aplicación de este principio, con la finalidad de lograr una tutela o protección jurisdiccional efectiva, como imperativo para consolidar inicialmente el estado de Derecho y contemporaneamente el moderno Estado Constitucional (PODER JUDICIAL DEL PERÚ, 2017, p. 8).

Constitucional efetiva e que venha a reconhecer direitos humanos e fundamentais, nesse tocante a proteção do direito fundamental a saúde e a sua adequada tutela redimensionada ao processo, ocorrendo assim o deslocamento da jurisdição ao processo (PEYRANO, 1992)<sup>20</sup>. Para a interpretação jurídica, os fenômenos vários apresentam-se como a base contextual que reflexiona texto constitucional e contexto fenomênico conflitual, gerado este pela falha com a não prestação e tutela constitucional, e também com efeitos de uma sociedade complexa que acaba gerando um mundo de novas possibilidades ao direito (DIJIK, 1980).

A aderência da Constitucionalização do Direito absorve o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados. Ainda, a Constituição acaba por complementar e oportunizar a operação interpretativa judicial entre texto e contexto, realizando um resgate e o reconhecimento de elementos humanos ao Direito, pois protege a dignidade da pessoa humana, os Direitos Humanos e fundamentais do homem, a democracia substancial e muitos outros aspectos humanos calcados em seu texto viabilizador da interação entre contexto, para que este último seja juridicizado e reconhecido<sup>21</sup>.

A juridicização da vida oportuniza uma interação entre texto e contexto junto ao Estado Ativo-Responsivo, o reconhecimento da cidadania ativa em uma governança estatal que supere o protagonismo legislativo e judicial por um protagonismo da cidadania ativa, com legitimidade Democrática pelo reconhecimento e proteção dos direitos reconhecidos Constitucionalmente,

<sup>20</sup> Apresenta Santos o deslocamento da Jurisdição ao Processo e dimensiona o processo como vocação de nossos tempos, com isso a proteção e a tutela dos direitos fundamentais e humanos acaba redimensionando uma eficácia e satisfatividade muito bem acertada com a epistemologia Constitucional e com os direitos humanos. Ver Santos (2018).

<sup>21</sup> Além disso, a Constituição é um centro de interpretação criativa posta à interação junto ao contexto, pois desta interação entre texto e contexto ocorre um aumento da incidência da eficácia, efetividade e da proteção dos direitos constitucionalmente tutelados. A Constituição é centro importante de interpretação e derradeiramente de absorção dos fenômenos conflituais produzidos em contextos na sociedade contemporânea complexa em suas manifestações.

abrindo horizontes para uma interpretação que observe a sociedade em suas complexidades e que juridiciza fenômenos conflituais nascidos dos diversos contextos sociais.

O esboço apresenta a tentativa em superar as centralidades de produção jurídica do protagonismo judicial para um protagonismo dos cidadão ativos, redimensionando o ativismo judicial (que é jurisdicional) ao ativismo processual (reflexo do “processo judicial como vocação de nossos tempos”), este último figura como importante interação entre texto e contexto em uma interpretação jurídica contemporânea que visa proteger os direitos Constitucionalizados e fazer com que se efetivem e se reconheçam via tutela jurisdicional efetiva e satisfativa acostada em uma legitimidade democrática processual que é possibilitada pelo deslocamento da jurisdição ao processo (SANTOS, 2018). Essa visão, para se tornar prática, cobra uma ressignificação da dinâmica processual, pela fusão entre administração da justiça e função jurisdicional, resultando na governança das partes pela colaboração reativa<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> A administração da justiça torna-se a potestas que legitima a auctoritas judicial, que se expressa pela criação do direito. A administração da justiça se dá pela colaboração reativa, cunhada por OST: No se trata solamente de la pacificación provisional que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un “bien común” que, precisamente, hace de vínculo social. Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, “solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social”. No se trata solamente de la pacificación provisional Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, “solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la paz social” [...]. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones

Desse modo, que a centralidade política é manifestada ao Processo, pois a governança processual é das partes e é constituída e desenvolvida em uma dialética reflexiva, balizando a atividade do julgador e dimensionando ao desvelamento do fenômeno conflitual<sup>23</sup>, seja ele positivo, momento em que se aufer a proteção dos direitos protegidos constitucionalmente e de outro, seu sentido negativo se dá pela lesão ou ameaça a interesses, buscando uma interação entre o contexto sobre a textualidade constitucional, absorvendo assim novas complexidades ao direito. Esse acertamento da Jurisdição ao Processo acaba oportunizando que pela dinamicidade processual venha gear o efeito jurisdicional de uma legitimidade democrática processual<sup>24</sup>.

de Verdad y Reconciliación, que “más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita”. Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia “reconstructiva” o mejor “transicional”, tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado. En resumen, la distribución judicial es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos hace ser parte de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada (OST, 2017, p. 42-43).

<sup>23</sup> El poder de los oráculos es conocido únicamente cuando son consultados; y el Derecho es por tanto requerido para hablar con autoridad en el contexto de las controversias. **Lo que el Derecho puede concebir en nuestras posiciones depende de las controversias. En este sentido, las controversias crean el Derecho.** El Derecho en sí mismo es origen de controversias futuras, ya que crea nuevas pretensiones o nuevas bases sobre las que soporta antiguas fundamentales (CHASE, 2011, p. 64).

<sup>24</sup> A dinamicidade processual é a base fundamental da legitimidade democrática processual, ela apresenta-se em quatro momentos distintos: o primeiro momento dá-se quanto ao princípio dispositivo e ao princípio do contraditório ambos os princípios processuais são aderidos pelo sentido constitucional e são ressignificados para que a governabilidade processual seja determinada pelas partes em colaboração reativa; já o segundo momento dá-se quanto aos objetos do processo, ele se apresenta em dois momentos, sendo no objeto do processo (mérito, pretensão) poderá ser tanto um direito subjetivo (=lei, objeto do processo formal), como uma situação jurídica subjetiva (diferente de lei, objeto do processo substancial), e ambos os tipos de objeto do processo são redimensionados pela lide, o objeto do debate processual; seguindo, apresenta-se a dinamicidade em um terceiro momento, que dá-se quanto ao princípio da congruência processual, e redimensiona-se tal princípio pelo efeito interpretativo, de um lado sofre efeitos da incongruência (interpretação aberta da Constituição sob efeito da efetivação de direitos) e da flexibilização da congruência (arbitrariedade), ambos efeitos acabam de oportunizar uma absorção Constitucional efetiva dos contextos sociais a cerca da textualidade Constitucional; em um quarto momento dá-se quando ao princípio *iura novit curia*, princípio encarado classicamente como uma *faculdade processual* concedida e reconhecida na figura do juiz para este determinar o direito ao caso concreto, estando conectado, no processo, somente aos fatos das partes, mas não no direito exposto por estas, e reconfigura-se tal princípio como justificante do direito objetivo processual, este vem a reconhecer e tutelar de forma efetiva a Constituição (SANTOS, 2018).

### 3.1 DA EFICÁCIA PARA A REALIZAÇÃO E CONCREÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: E O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A TUTELA PROCESSUAL

O modelo de Estado Ativo-Responsivo ganha amplitude com a Constitucionalização do Direito, esse fenômeno junto a democratização da democracia, centrando assim ao cidadão ativo, essa centralidade em uma colaboração reativa revela-se com a normatividade que passou a ser ampliada via interpretação dos direitos, a existência humana acaba por politizar-se e “*permite que los individuos sean soberanos en el manejo de sus propios asuntos. Transportada a la administración de justicia, esta soberanía precisa que una parte sea reconocida como maestra del litigio*”<sup>25</sup> (RIBEIRO, 2010).

Essa dimensão da jurisdição ao processo pelos fundamentos expostos uma maior efetividade da Constituição, assim sua epistemologia acaba oportunizando uma eficácia e satisfatividade no tocante a proteção de direitos pela tutela processual junto a perspectiva dos direitos fundamentais e humanos que constituíram e constituem importante integração e

<sup>25</sup> En el proceso judicial del Estado reactivo, las decisiones se justifican más en términos de la justicia de los procedimientos empleados que en lo acertado de los resultados obtenidos. En contraste, las reglas y reglamentaciones procesales en el *Estado Activista* ocupan una posición mucho menos importante e independiente: el proceso es básicamente la donde alla del derecho substantivo. Si el propósito del proceso judicial es llevar a cabo la política estatal en casos contingentes, las decisiones se legitiman en primer lugar en cuanto a los resultados correctos que incorporan. Un procedimiento correcto es aquel que aumenta la probabilidad – o maximiza la posibilidad – de alcanzar un resultado substantivo acertado, más que otro que haga efectivas las nociones de justicia o proteja algún valor substantivo colateral. En este sentido, *entonces, el derecho procesal del Estado activista sigue al derecho substantivo tan fielmente como una sombra. Y en la medida en que el propio derecho substantivo siga fielmente una política de Estado; el derecho procesal es doblemente instrumental, o doblemente derivativo: como el arte en la visión de Plotino, puede compararse con la sombra de una sombra. No se debe entender, no obstante, que queremos decir que la exactitud de los resultados justifica cualquier procedimiento empleado para alcanzar ese resultado. Incluso en Estados enteramente activistas, algunas reglas procesales son de naturaleza dual, en el sentido de que no respetarlas no sólo altera un orden procesal interno, sino sugiere asimismo que se ha violado una política substantiva* (DAMASKA, 2006, p. 255-256).

superação das dificuldades apresentadas pelo sistema jurídico, colaborando de forma decisiva a uma compreensão mais justa do direito (BLANCO, 2010; OLIVEIRA, 2009).

O processo constitucionalizado dispõe de mecanismos que “*revelan nuevos horizontes, ocurriendo así la comparación entre el derecho procesal y el derecho constitucional, entre el sistema de juicio y el sistema de gobierno*” (CALAMANDREI, 1960, p. 155). Esse redimensionamento do `Processo como aponta Calamandrei que: “*la dialéctica del proceso es la dialéctica de la democracia parlamentaria*”(CALAMANDREI, 1960, p. 155-156)<sup>26</sup>. Percebe-se que no contexto em que o autor formulou esta tese, demonstra-se ultrapassada<sup>27</sup>, haja vista o novo *espírito participativo do indivíduo* pelo processo (via ações individuais e coletivas), pois com a constitucionalização do direito foi reconhecido a legitimidade do cidadão para atuar democraticamente por

<sup>26</sup> Il principio del contraddittorio somiglia come due gocce di acqua al principio dell'opposizione parlamentare. L'uno e l'altro sono fondati su certe idee così semplici che possono parere perfino ingenua? Che gli uomini siano esseri ragionevoli, capaci di persuadere colle buone ragioni proprie e di lasciarsi persuadere dalle buone ragioni altrui; che la verità si può conoscere intera solo se si osserva da diverse parti, girandole attorno per scoprirne le tre dimensioni; e che il contraddittorio è un collaboratore, non un nemico, perché colle sue obiezioni aiuta a scoprire e a correggere gli errori e alimenta quella gara di emulazione che è stimolo e fermento d'ogni progresso umano. Nel sistema parlamentare inglese, com'è noto, l'opposizione, una seria e forte opposizione, è considerata come un organo necessario di buon governo? L'opposizione di sua maestà è talmente apprezzata, che il capo di essa riceve una indennità non molto inferiore a quella del primo ministro, e siede allo stesso tavolino del governo, di fronte ai ministri, allo stesso livello. E così nel processo è indispensabile il contraddittorio: non per inasprire la litigiosità delle parti o per dare occasione di sfoggiare all'eloquenza degli avvocati ma nell'interesse della giustizia e del giudice, che proprio nella contrapposizione dialettica delle opposte difese trova senza fatica il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutta intera (CALAMANDREI, 1968, p. 682).

<sup>27</sup> En un cierto sentido (y cum grano salis) la pluralidad de las partes en la contienda judicial se asemeja la pluralidad de los partidos en la lucha política. El principio de la iniciativa y de la responsabilidad de las partes, comprendido bajo el nombre de principio dispositivo, por el cada una de las partes en el proceso civil puede ser el artífice de su propia victoria, con la bondad de sus razones y con la habilidad con la que sepa hacerlas valer (faber est suae quisque fortunae), tiene muchos puntos de semejanza con la dialéctica política de los gobiernos parlamentarios, en los que cada uno de los partidos, a través de su programa (y a veces, desgraciadamente, con la habilidad de su propaganda), puede ser el artífice de su propia victoria electoral y, por tanto, de su ascensión al gobierno (CALAMANDREI, 1960, p. 155-156).

meio do processo na busca de uma democracia participativa e assim realize-se efetivamente e concretiza-se como um processo justo<sup>28,29</sup>.

O Processo Civil é capaz de absorver os contextos plurais ao Direito, abertura processual que se torna possível com o fenômeno de Constitucionalização do Direito e dos Institutos Jurídicos, pois tornam-se elementos-chave para compreensão de uma abertura do Poder Judiciário à juridicização da vida e ao contexto social, para uma melhor efetividade e proteção dos direitos humanos e fundamentais tutelados na Constituição Federal.

## 4 CONCLUSÃO

Restou evidente que a política e o direito são temas altamente relevantes, os quais determinam a configuração dos Poderes e trazem o Judiciário à lume. Na atualidade, com a constitucionalização dos institutos processuais, necessária a passagem da Jurisdição ao Processo, fruto da maior permeabilidade democrática nas instituições, bem como em razão da auto-consciência subjetivadora, o que faz crescer a necessidade e legitimidade de participação, tornando-se o Processo a politização da existência. O Estado Ativo-Responsivo demarca na atualidade a centralidade política dos cidadãos ativos que exigem com essa sua superação de um mero indivíduo de direito.

<sup>28</sup> A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir contra legem do Estado e dos particulares, mas de atribuir ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de se efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade (PASSOS, 1988, p. 95).

<sup>29</sup> Nesse quadro se insere a mudança de perspectiva por que tem passado o fenômeno processual dos tempos atuais. A constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Brasileira), de envolta com o **direito fundamental de efetividade e a um processo justo** (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI), determina também seja assegurada a efetividade real do resultado, aspecto que ressalta o nexó teleológico fundamental entre o agir em juízo e a tutela jurisdicional (efetiva) do direito afirmado, ao final reconhecido (OLIVEIRA, 2008, p. 84).

A sociedade acaba exigindo de suas instituições decisões ativas e responsáveis por intermédio da compreensão hermenêutica, que se faz presente em um amplo diálogo-dialético entre cidadãos ativos, atingindo a natureza do ser político, pois é ele o que impulsiona o Direito como adaptação existencial: fica clara a exigência de uma dinamicidade ao Processo Civil democrático para uma democracia participativa. O cidadão ativo exige para si a política e a ruptura da centralidade política na jurisdição (decisão judicial limitada à norma ou ao solipsismo). A aderência da Constitucionalização do Direito absorve a o direito processual e garante uma eficiente proteção dos Direitos Humanos e Fundamentais através de institutos processuais constitucionalizados.

Para que se realize e se concretize os direitos humanos e fundamentais é necessária a interação entre o contexto social e o texto constitucional, oportunizando uma interpretação jurídica efetiva e de reconhecimento de Direitos para sua proteção e tutela. A interpretação jurídica acaba reflexionando uma produtiva interação entre *texto Constitucional* e *contexto social* para uma ampla proteção, tutela e garantia da Constituição em um contexto de sociedade complexa, a qual cria e recria fenômenos conflituais que desafiam a interpretação e a resolução adequada dos conflitos, com o fim de redução dos riscos constituídos socialmente, buscando garantir a autonomia do Direito.

Observa-se a compatibilização do Direito as Constituições democráticas, mais especificamente no que se diz respeito ao Direito Processual, assim nascendo uma nova realidade conformativa com a possibilidade de participação do cidadão ativo. A atual missão do processo judicial perpassa as conceituações e as formulações até hoje cunhadas. O direito é absorvido em sua teoria pela epistemologia constitucional, e com isso oportuniza o dimensionamento da jurisdição ao processo.

## REFERÊNCIAS

- BERMAN, M. **Todo lo solido se desvanece en el aire**: la experiencia de la modernidad. Madrid: Siglo Veintiuno, 1988.
- BLANCO, V. R. O. **Proceso civil y el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva base para un modelo**. Tesis: Lima, Peru, 2010.
- CALAMANDREI, P. **Opere giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968.
- CALAMANDREI, P. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.
- CAPPELLETTI, M. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.
- CARBONNIER, J. **Flexible droit**: pour une Sociologie du Droit sans Rigueur. 10. ed. Paris: EJA, 2001.
- CASTILLO, N. A. Z. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- CHARLES, S. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Barcarolla, 2009.
- CHASE, O. G. **Derecho, cultura y ritual**. Sistemas de Resolución de controversias en un contexto intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.
- CHESSA, O. Cos'è la Costituzione? La vita del texto. **Quaderni Costituzionali**, p. 41-64, feb. 2008.
- CHEVALLIER, J. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.
- COSI, G. **Potere, diritto, interessi**: introduzione alla gestione dei conflitti. Siena: Libreria Scientifica, 2011.
- COVER, R. **Derecho, narracion y violencia**: poder constructivo y poder destructivo. En la interpretacion judicial. Barcelona: Gedisa, 2002.

DAMASKA, M. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Jurídica del Chile, 1986.

DAMASKA, M. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**. Análisis comparado del proceso legal. Santiago del Chile: Editorial Jurídica del Chile, 2006.

DEVANEY, R. L. **An introduction to chaotic dynamical systems**. New York: 1989.

DIDI-HUBERMAN, G. **El hombre que andaba en el color**. Madrid: Abada, 2014.

DIJIK, T. A. V. **Texto y contexto** (Semántica y pragmática del discurso). Madrid: Ediciones Cátedra, 1980.

ENTELMAN, R. **Teoría de conflictos**: hacía un nuevo paradigma. Buenos Aires: Gedisa, 2010.

ERNESTO, P. P. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 23, p. 13-48, 1996.

FISS, O. **O perfil do juiz na tradição ocidental**. Seminário Internacional. Lisboa: Almedina, 2007.

FISS, O. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARCÍA, J. C. C. El derecho fundamental de acceso a la justicia civil y su configuración por el tribunal constitucional. **Revista General de Derecho Constitucional**, n. 16, p. 1-63, 2013.

GEHLEN, A. **El hombre**. Su naturaleza y su lugar em el mundo. 2. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

GRANFIELD, D. **La experiência interna del derecho**: una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996.

GROSSI, P. **La invenzione del diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Disponível em: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_presidente/Grossi\\_Scandicci.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf). Acesso em: 30 jan. 2018.

GROSSI, P. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUASTIN, R. **Distinguendo**. Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa, 1999.

HAN, B.-C. **Hiperculturalidad**. Barcelona: Herder, 2018.

HAN, B.-C. **Tipología de la violencia**. Barcelona: Herder, 2013.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio**. Coimbra: Almedina, 2017.

HESPANHA, A. M. Ideias sobre a Interpretação. *In*: NARVÁEZ, J. R.; MONTEROS, J. E. (coord.). **Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades**. Instituto de investigaciones jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, n. 601. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

IBÁÑEZ, P. A. **Justicia-conflicto**. Madrid: Editora Tecnos, 1988.

JULLIEN, F. **Las transformaciones silenciosas**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2009.

LATOUR, B. **Jamais fomos modernos: ensaio de antropologia Simétrica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1994.

LATOUR, B. **Reagregando o social**. Uma Introdução à Teoria do Ator-Rede. Bauru: Edusc, 2012.

LATOUR, B. **The making of law**. Malden: Polity Press, 2010.

LIPOVETSKY, G. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUYPEN, W. **Fenomenología del derecho natural**. Buenos Aires: Ediciones Carlos Lohlé, 1968.

LYOTARD, J. F. **La condición postmoderna**. Madrid: Catedra, 2000.

MARION, J.-L. **Acerca de la donación**. Una perspectiva fenomenológica. Buenos Aires: Jorge Baudino Ediciones, 2005.

MARION, J.-L. **De surcroît**. Études sur les phénomènes saturés. 1. ed. Paris: PUF, 2010.

MARTIN, P. Dialogue social, participation et concept de gouvernance. *In*: MARTIN, P. (dir.). **Dialogue social et regulation juridique**. Bordeaux: Presses Universitaires de Bordeaux, 2007.

MELO, G. M. O acesso à justiça na perspectiva do justo processo. *In*: FUX, L.; NERY JUNIOR, N.; WAMBIER, T. A. A. (org.). **Processo e constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENGONI, L. Il diritto costituzionale come diritto per principi. **Rivista Ars Interpretandi**, p. 95-112, 1996.

MERLEAU-PONTY, M. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.

MIAILL, H.; RAMSBOTHAM, O.; WOODHOUSE, T. **Contemporary conflict resolution**. Cambridge: Polity Press, 2000.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado das ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

NONET, P.; SLEZNICK, P. **Direito e sociedade**. A transição ao Sistema Jurídico Responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

NUSSBAUM, M. **El ocultamiento de lo humano**: repugnancia, vergüenza y ley. 1. ed. Buenos aires: Kartz, 2006a.

NUSSBAUM, M. **Las fronteras de la justicia**. Consideraciones sobre la exclusion. Bogota: Paídos, 2006b.

OLIVEIRA, C. A. A. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales. **Revista de Derecho**, v. XXII, n. 1, p. 185-201, julio 2009.

OLIVEIRA, C. A. A. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OST, F. ¿Para qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Alicante, n. 40, p. 15-48, 2017.

OST, F. **Le droit, objet de passions?** Bruxelles: Académie Royale de Belgique, 2018.

OST, F. **Pyramide ou réseau?** Pour une théorie dialectique du droit. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2002.

OST, F. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n. 3-4, p. 701-727, 2013.

PARÍS, S.; JAUME, A. Naturaleza humana y conflicto: un estudio desde la filosofía para la paz. **Revista de Filosofía EIKA**, julio 2013.

PASSOS, J. J. C. Democracia, participação e processo. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PEYRANO, J. W. Acerca de los “ismos” en Materia Procesal Civil. **Themis – Revista de Derecho**, Perú, n. 85, 2010.

PEYRANO, J. La performatividad en el proceso contemporáneo. Su incorporación al nuevo ordenamiento procesal civil peruano. **Revista Thémis**, Lima, n. 22, 1992.

PICARDI, N. **Jurisdição e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PODER JUDICIAL DEL PERÚ. **Trabajo investigación iura novit curia**. Disponível em: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcc390e0080/TRABAJO\\_INVESTIGACION\\_IURA\\_NOVIT\\_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcc390e0080](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c276dc80463101ee8c29fcc390e0080/TRABAJO_INVESTIGACION_IURA_NOVIT_CURIA.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c276dc80463101ee8c29fcc390e0080). Acesso em: 17 set. 2017.

PUGA, M. **Litigio estructural**. 2013. 329 p. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, 2013.

- RAMÍREZ, F. A. M. **Tratamiento de los conflictos**. Sercoldes: Bogotá, 2006.
- RAMOS, E. S. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RANCIÈRE, J. **O desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.
- RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RICCOEUR, P. **Caminos del reconocimiento**. Tres Estudios. México: Fondo del Cultura Económica, 2006.
- RICCOEUR, P. **Del texto a la acción**. Ensayos de hermenéutica II. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- RICCOEUR, P. Diritto, interpretazione, applicazione. **Ars Interpretandi, Annuario di ermeneutica giuridica**, 1996.
- RICCOEUR, P. **Hermenéutica y acción**. De la hermenéutica del texto a la hermenéutica de la acción. Ensayos de hermenéutica II. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2008.
- RICCOEUR, P. **Si mismo como otro**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1996.
- RODOTÀ, S. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.
- ROUSSEAU, D. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. **Confluences Méditerranée**, n. 73, p. 31-36, 2010/2.
- RUFINO, A.; TEUBNER, G. **Il diritto possibile**. Funzioni e prospettive del médium giuridico. Milano: Guerini Scientifica, 2011.
- SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2018.

SCHNITMAN, D. **Nuevos paradigmas em la resolución de conflictos**. Perspectivas y Prácticas. Granica: Madrid, 2000.

SCHUTZ, A.; LUCKMANN, T. **Las estructuras del mundo de la vida**. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003.

SMART, B. **A pós-modernidade**. Mira-Cintra: Publicações Europa-América, 1993.

SOLER, R. C. **Mapeo de conflictos**: técnica para la exploración de los conflictos. Buenos Aires: Gedisa, 2015.

SUPIOT, A. **Homo juridicus**. Ensayo sobre la función antropológica del derecho. Buenos Aires: Siglo veintiuno, 2007.

TAMANAH, B. Z. **Law as a means to an end**. Threat to the rule of law. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

TINTURÉ, M. I. K. **Between auctoritas and potestas**. Disponível em: [http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS\\_KOPCKE.pdf](http://www.trinitinture.com/documents/maris/WIJFFELS_KOPCKE.pdf). Acesso em: 1 fev. 2018.

TOURRAINE, A. **Podemos vivir juntos**: el destino del hombre em la aldea global. Argentina: Editora Fondo de Cultura Económica, 1996.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R.; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar 1997.

VINYAMATA, E. **Conflictología**: curso de resolución de conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

ZENO-ZENCOVICH, V. Il lato oscuro della legge: diritto e supertizione. **Rivista di diritto civile**, v. 59, n. 2, p. 309-329, 2013.



# O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E AS NOVAS TENDÊNCIAS AO DIREITO: O DIREITO COMO PROCESSO?<sup>1</sup>

## RESUMO

O Novo Código de Processo Civil brasileiro expressamente adere à epistemologia da constitucionalização do direito, que deságua no processo e inunda as rupturas até então formadas pelas valas causadas por um direito processual marcado pela inflexibilidade processual e pelo formalismo. Atualmente, o desafio do Processo Civil é redesenhar o judiciário em termos de cooperação, eficiência e colaboração, marcando as novas tendências do novo CPC. Por este novo cenário processual necessário teorizar as novas tendências dos institutos processuais, pois o processo matizado por princípios processuais tangenciados pela Constituição realoca o cidadão no centro do que se chama “fenômeno conflitológico de interesses”, reconhecendo no Processo uma ferramenta, sobretudo, Democrática. O Processo como Direito busca explorar a nova expressão do Processo em meio a uma sociedade conflitual e complexa, onde o Poder Judiciário é chamado a resolver diversos conflitos que vão além do que é o dogma.

**Palavras-chave:** Novo código de processo civil. Conflito. Democracia.

## ABSTRACT

*The New Code of Brazilian Procedure expressly adheres to the epistemology of the constitutionalization of law, which flows into the process and floods the ruptures hitherto formed by ditches caused by a procedural law marked by procedural inflexibility and formalism. Currently, the challenge of Civil Procedure is to redesign the judiciary in terms of cooperation, efficiency and collaboration, marking the new trends of the new CPC. For this new procedural scenario it is necessary to*

<sup>1</sup> Este capítulo de livro foi publicado anteriormente na Coleção Ensaios sobre Direito Público Contemporâneo: Temas sobre Direito Processual Civil, BiblioMundi, no ano de 2018, e tem como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

*theorize the new tendencies of the procedural institutes, since the process nuanced by procedural principles tied up by the Constitution reallocates the citizen at the center of what is called the “conflictual phenomenon of interests”, recognizing in the Process a tool, especially Democratic. The Process as Law seeks to explore the new expression of the Process in the midst of a complex and conflictive society, where the Judiciary is called to solve various conflicts that go beyond what is the dogma.*

**Keywords:** *New code of civil procedure. Conflict. Democracy.*

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O Fenômeno Conflitológico de Interesses pela Visão Clássica: a Superação dos Antigos Paradigmas; 2.1 – A Pluralização das Relações Intersubjetivas e os Novos Contornos Culturais: as Bases de uma Sociedade Eficientista; 3 – O Fenômeno Conflitológico de Interesses pela Contemporaneidade: Uma Nova Visão do Processo; 3.1 – A Desconcentração (e não a desjuridicização) do Processo; 3.2 – A Superação da Aplicação das Técnicas Processuais como Fim; 3.3 – A Face de um Novo Processo: a Revitalização do Tratamento do Fenômeno Conflitológico; 4 – Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

In ciò nulla di nuovo. L'uomo, infatti, non ha mai abitato il mondo, ma sempre e solo l'interpretazione che le varie epoche hanno dato del mondo. Quando nel mondo antico il mondo era descritto dal mito, quando nel medioevo era descritto dalla religione, quando nell'età moderna era descritto dalla scienza e oggi dalla tecnica, gli uomini non hanno mai abitato il mondo, ma la sua interpretazione prima mitica, poi religiosa, quindi scientifica e ora tecnica. Se così non fosse stato, non potremmo parlare di storia e di successione di epoche (GALIMBERTI, 2002, p. 342).

O Processo exprime o ponto de integração do ser com o Estado, chamado a resolver um conflito quando este não é resolvido no plano material, criando a relação processual para tal fim. O mistério do Processo, expressado por esta relação artificial criada, é desenvolver-se para a criação do direito, com a intervenção do Estado como apreciador deste conflito, adequando-o ao sistema jurídico, o que ocorre através de uma série de procedimentos que, até então, eram marcadamente formalistas.

O Estado, com o Direito, realiza uma interferência positiva, por meio do Processo na resolução do fenômeno mundano, ordenando os fatos da vida pela norma, uma vez que o direito é *vida*, expressão da complexidade em constante mutação. Entretanto, a busca de racionalização do Direito, operada na ciência jurídica, emite reflexos no Processo Civil, pela mecanicidade e inflexibilidade do procedimento, incidindo na criação de um direito sem as dimensões necessárias para acompanhar a complexidade do mundo.

O centro do pensamento discursivo é expresso por um submetimento da realidade a um mecanismo de defesa baseado na exclusão e domínio expressada pela razão instrumental (GALIMBERTI, 2002). A ciência jurídica tem seu fim na objetivação e sistematização, encontra sua expressão nos processos de racionalização vazia da sociedade moderna, por via da burocracia, do direito formal, de instituições formalizadas na sociedade e nas economias modernas, que expressam as bases de uma sociedade disciplinária.

A natureza do homem é adaptação e tende a uma ordem social que para a boa convivência deve ser calcada em uma ordem de integração, dentro da qual às partes deve ser reconhecida a sua individualidade. A máxima do Direito é dar caráter de equilíbrio às relações intersubjetivas<sup>2,3</sup> que ora se encontram e ora se chocam, a fim de evitar o eco social negativo destas no seio social<sup>4</sup>. O direito nasce da conduta humana pela interferência da

<sup>2</sup> Por intersubjetividad entiendo, no un régimen de interacciones conductuales entre individuos que comunican sus sentimientos por empatía, sino la experiencia y el espacio de la realidad psíquica especificada por sus relaciones de sujetos en cuanto son sujetos del inconsciente. La intersubjetividad es lo que comparten quienes están formados y ligados entre sí por sus sujeciones recíprocas estructurantes o alienantes – a los mecanismos constitutivos del inconsciente: las represiones y las renegaciones en común, las fantasías y los significantes compartidos, los deseos inconscientes y las prohibiciones fundamentales que los organizan (KAES, 2010, p. 26).

<sup>3</sup> Esta intersubjetividad constitutiva del Derecho no ha entenderse como vulgarmente se la entiende al influjo de la tradición greco-escolástica. Esta ilustre tradición, al hablar de intersubjetividad como relación de alteridad, contempla el problema del destinatario beneficiario de la acción humana cuando este destinatario es otra persona que el propio sujeto actuante. Así se distinguen los deberes para con uno mismo, para con los demás y para con Dios, donde el Derecho figuraría en el segundo grupo a la par de la claridad, de la amistad, etc. (COSSIO, 1954, p. 80).

<sup>4</sup> Puede sostenerse que, concluido el conflicto, todo nuevo acto conflictual es ajeno a él y marca el comienzo de un nuevo conflicto. Es decir, que la intensidad cesa con la resolución porque si

transcendência da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão da coexistência social que é exasperada pelo fenômeno social; o qual incide na formação da experiência<sup>5</sup> histórica do ser por via de instrumentos culturais<sup>6</sup>. O direito é social e em um sentido mais profundo e apresenta-se pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças. Toda essa realidade forma termos intencionais da consciência<sup>7</sup>, refletida para com a descoberta do ser, caindo-se em conta de que há uma estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si (SICHES, 1934), pois “*Convivir sólo es posible porque compartimos un mundo y compartimos un mundo porque lo*

---

termina el conflicto, ya no hay actores ni conducta conflictual con lo que no puede hablarse de mayor, menor o ninguna intensidad, porque ésta es un adjetivo de conflicto o de conducta conflictual (ENTELMANN, 2002, p. 176).

- <sup>5</sup> “Experiencia” es una palabra significativa, ya que la experiencia es en sí misma de índole histórica. Es la forma en que se moldea la propia comprensión del “mundo”. Lo mismo que las experiencias de la vida diaria enseñan algo que se puede haber olvidado o que no se conocía antes, así también el encuentro con una obra literaria es realmente “experiencia” y se convierte en una parte de la historia de uno, una parte de la corriente de la comprensión legada por la tradición en la que vivimos y nos movemos (PALMER, 2002, p. 355).
- <sup>6</sup> Se constata entonces que detrás del concepto de intersubjetividad se encuentra inequívocamente el de subjetividad. Es más: se puede decir que el concepto de intersubjetividad resulta únicamente comprensible en la medida en que tratamos previamente el concepto de subjetividad y de sujeto y el papel que desempeña en la filosofía fenomenológica (GADAMER, 1998, p. 12).
- <sup>7</sup> El Derecho, pues, ópticamente hablando, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. Sí lo dijo. Del Vecchio ya en 1906, aunque sin proyectar la afirmación en el plano fenomenológico que habría de hacerla tan fecunda. Con la intersubjetividad óptica del Derecho está apresada su dimensión coexistencia y no meramente existencial, y está definido como fenómeno social. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura es social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerado. Es así que toma acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impedida presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe. Es verdad que, bajo cierto aspecto, toda la cultura social. El lenguaje, la ciencia, el arte, las creencias, etc., todo esto es social en cuanto que, como términos intencionales de la conciencia, se hacen por la obra de todos los hombres, se conservan en la comunidad y en algún grado todo el mundo comulga con ellos para entenderse. También el Derecho es social en este sentido. Pero además el Derecho es social en un sentido más profundo y exclusivo, a saber: en que en él se corporiza la coexistencialidad del hombre referida, no a los productos culturales, sino al obrar humano en sí mismo considerados. Es así que toda acción humana, en cuanto se la considere como permitida o como impeditiva, presenta aquel específico interés teórico que guía al jurista, al que más arriba hemos aludido. Frente a una acción como permitida o como impedida el jurista se siente frente a lo propio y sabe con certeza que le incumbe (COSSIO, 1954, p. 80-81).

*hemos construído dialogicamente*” (LOPEZ, 2007, p. 60-61). Dessa maneira, inviável falar-se em Estado, Direito e Política, sem a referência ao pressuposto social que fundamentam a voz e a existência à atuação desses poderes e que são colmatados pelo fenômeno conflitológico de interesses.

A causa dessa correlação é a função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na dinâmica social, o que legitima a intervenção do Estado na sociedade por via da linguagem, que desemboca suas manifestações junto ao direito. A coordenação desses interesses varia e, na atualidade, vive-se sob o auspício de relações econômicas de poder baseadas no poder de consumo. É dessa panaceia existencial que deflagra a substância<sup>8</sup> do Processo, a decantação do conflito. Por via da exasperação do existir do sujeito, os fenômenos conflitológicos de interesse, junto ao mundo jurídico formam uma experiência fenomênica dotada de *iter* jurídico pelo litígio, que tem no processo local privilegiado de justaposição ou de contrariedades do estar-aí para desvelamento dos interesses contrapostos. Desta iconografia sísmica humana as diferenças exortam em um estar-aí compartilhado, e a ciência dedutiva deve aportar em uma ciência indutiva e dinâmica.

Por outro lado, o que se observa pelo Novo CPC, é a adesão a novos procedimentos que concedem um maior espaço ao ser pela emanção da vontade na via processual, desvelando novos horizontes ao princípio dispositivo e privilegiando novas formas de tratar o conflito, com potência de resgatar uma sistematização que foge da rigidez.

Pelo Novo Código de Processo Civil, observa-se a maturação de ideias que caminham para um tratamento mais humano, a partir da leitura epistemológica constitucional e uma tendência ao apoio a autocomposição em detrimento da heterocomposição. Essa transformação processual é

<sup>8</sup> À Filosofia do Direito cabe cuidar das questões relacionadas à essência do que aqui se traduz como o Fenômeno Jurídico, enquanto que para a análise da substância do Direito, dignifica-se o a necessidade do desenrolar de uma Teoria do Direito.

observada por dois ângulos: uma tendência à privatização do Direito, como compartilhado por parte da doutrina nacional e internacional – a segunda com o apoio a uma contratualização do processo; ou, de outro lado, pode ser visto como um maior espaço de manifestação subjetiva dos litigantes para que disponham acerca do objeto litigioso – o que garante respeito às vontades do ser, que denota uma nova forma de se pensar e ver o processo.

A democracia dá vazão à subjetividade reflexiva, uma forma de autonomia do indivíduo marcada sobre as significações imaginárias sociais e seus fundamentos possíveis. Esse novo modelo de sociedade exige que o ser seja capaz de realizar autorreflexões na qualidade e justeza das Leis. Observa-se que essa autorreflexão assemelha-se ao ofício do filósofo<sup>9,10</sup>. O direito deve possuir uma abertura normativa como forma de abertura do processo para a realidade mundana; ou seja, o processo se tornar uma instância proficuaamente decantadora da realidade e da vontade do ser e que assim sustenta local de formação eficiente do direito.

A filosofia reflexiva rompe a transformação do sujeito como massa e cria a subjetividade reflexionante, quebrando a subjetividade meramente individualista instrumental, limitada e voltada ao ego; trazendo uma nova forma do sujeito se relacionar consigo e com o outro, possuindo importante papel a desempenhar na emergência de uma nova posição subjetiva do sujeito,

<sup>9</sup> Na realidade, não é possível destacar o viver do filosofar; todavia, o provérbio tem um significado prático: viver significa ocupar-se principalmente com a atividade prática econômica; filosofar, ocupar-se com atividades intelectuais. Todavia, existem os que apenas vivem, obrigados a um trabalho servil e extenuante, sem os quais determinadas pessoas não poderiam ter a possibilidade de se exonerarem da atividade econômica para filosofar. Sustentar a qualidade contra a quantidade significa precisamente apenas isto: manter intactas determinadas condições de vida social, nas quais alguns são pura quantidades, outros são pura qualidade. O homem deve ser concebido como um bloco histórico de elementos puramente subjetivos e individuais e de elementos de massa – materiais – com os quais o indivíduo esta em relação ativa. Transformar o mundo exterior é desenvolver a si mesmo. É uma ilusão e um erro supor que o melhoramento ético seja puramente individual: a síntese dos elementos constitutivos da individualidade é individual, mas ela não se realiza e desenvolve sem uma atividade para o exterior, atividade transformadora das relações externas (GRAMSCI, 1978, p. 50).

<sup>10</sup> Que se desvela pela pergunta “do que devemos pensar” mais do que as questões que giram em torno do Ser.

uma vez que definirá a realidade que reluzirá a nova forma de experiência política<sup>11</sup>. A subjetividade como instância *reflexiva e deliberante* ecoa no Estado no sentido influenciar a participar da construção Democrática, para que o Estado assim seja capaz de satisfazer alguns requisitos mínimos da *psiché*: a vontade de ser ouvida como singular por meio do poder que legitima para regular a coesão social<sup>12</sup>.

Segundo Castoriadis (2008), o ser pode expressar sua autonomia, aqui posta como reflexiva, de maneira *interna e externa*, a interna expressada por sua *psiché*<sup>13</sup> e a externa por suas outras instâncias psíquicas munidas do elemento ação. A autonomia do indivíduo reside nessa conexão: a formação de uma instância reflexiva e deliberante, traduzida aqui como o verdadeiro pensar humano – um pensar que visita o contexto social, perpassa pela *psiché*, traduzida como potência de ação. Para tanto, necessário se pensar em um processo posto à democracia que dê possibilidades ao ser.

A análise científica da exposição será realizada através da ótica da hermenêutica jurídica, que se empresta da hermenêutica filosófica

<sup>11</sup> Pero evidentemente toda ruptura de la clausura, a menos de quedar en una abertura que nada rompe en absoluto, debe plantear algo, alcanzar algunos resultados y, partiendo de esto mismo, arriesgarse a crear una nueva clausura. La continuación y renuevo de la actividad reflexiva -no por el placer de renovar sino porque esto mismo es la actividad reflexiva – provoca en consecuencia el cuestionamiento de los resultados precedentes (no necesariamente su descarte), así como tampoco el carácter revisable de las leyes en una democracia significa que todas deban ser modifica das cada mañana) (CASTORIADIS, 2008, p. 125).

<sup>12</sup> ¿Por qué o para qué explicar el vivir y a los seres vivos? Los seres humanos modernos vivimos en **conflicto**, hemos perdido la confianza en las nociones que antes daban sentido a la vida humana bajo la forma de Inspiraciones religiosas, y lo que nos queda a cambio, la ciencia y la tecnología. no nos da el sentido espiritual que necesitamos para vivir. Hay frustración y enojo en los jóvenes que buscan saber qué hacer ante un mundo que los adultos hemos llevado en el camino de la destrucción. ¿Qué hacer? Yo pienso que el conocimiento acompañado de la reflexión que nos hace conscientes de las consecuencias de nuestros actos y actuamos según nuestro deseo o no deseo de esas consecuencias, y nos hace libres porque nos conscientes de nuestra responsabilidad y podemos actuar según sí que remos o no queremos vivir las consecuencias de nuestro actuar responsable. Aunque los seres vivos sornas sistemas determinados en la estructura, los seres humanos como seres vivos que vivimos en el lenguaje existimos en el fluir recursivo del convivir en coordinaciones de coordinaciones conductuales consensuales, y configuramos el mundo que vivimos como un convivir que surge en la convivencia en cada instante según como somos en ese instante (MATURANA; VARELLA, 1998, p. 32).

<sup>13</sup> Expressada aqui como o inconsciente e o consciente.

fenomenológica para a construção do ser a partir da linguagem<sup>14</sup>. A fenomenologia mostra-se precípua para que seja constituído o mundo que se vive; ou seja, superada a simples análise da forma, da fisiologia do outro assim como superar a simples análise psicológica realizada em um primeiro momento; quadro responsável por parte das situações que dão cor e vida aos fenômenos conflitológicos de interesse. Ao cuidar da *facticidade* e do cotidiano, a hermenêutica tangencia o ser enquanto *existir*, assim se tem o homem enquanto ser vivente representado pela linguagem e enquanto nessa posição está representado pelo *dasein*.

O CPC/15 denota mudanças no direito e no trato da lei, merecendo, para tanto, uma releitura da normativa com o fim de se chegar em uma abertura dos conceitos ante a realidade social que processa. Procurar-se-á demonstrar que a jurisdição atual incorre em uma desconcentração do poder judiciário: não se trata de uma desjuridicização, pois não outorga o que é público ao sistema privado; o que se observa, assim, é a desconcentração do poder organizacional do Estado, que concede aos litigantes espaço de manifestação para que esses, juntamente com o apoio da própria jurisdição, dirijam seus conflitos no sentido de uma solução consensual; ou, de outro lado, dirijam seus conflitos para uma descomplexificação do contigencial (que, em seguida) criará novas complexidades).

As alterações buscam se aproximar da realidade que hoje impera, afastando-se da realidade fetichista de tratar, em geral, o direito por um apenas dos seus caracteres, o “justo” ou a “forma” (MIAILLE, 2005). Isso significa que a lei e a dogmática, na medida em que não refletem seus efeitos de forma e no tempo a ser aplicada, necessitam de novas normativas e interpretações, para que se traduzam em justiça concreta. Esse quadro se aplica especialmente ao direito processual, cuja interpretação é essencialmente finalística “*il processo deve servire a faz si che la sentenza sia giusta, o almeno a far si che la sentenza*

<sup>14</sup> Para aprofundar, consulte: Engelmann (2007).

*ingiust sia sempre più rara. Questo è lo scopo sul quale devono essere orientati i nostri studi: o on è detto che a questo scopo servano sempre i virtuosismi concettuali”* (CALAMANDREI, 1968, p. 567-570).

Para que não nos atenhamos à realidade normativa como fuga do mundo empírico, importa a análise do mundo fenomenico posto aos novos tratamentos do conflito e dos procedimentos processuais provenientes do NCPC, pois o direito processual civil é o ramo mais comprometido com os dramas e contingências humanas, conforme asseverava Ovídio Baptista<sup>15</sup> em outros tempos.

## 2 O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES PELA VISÃO CLÁSSICA: A SUPERAÇÃO DOS ANTIGOS PARADIGMAS

A dimensão “fenômeno conflitológico de Interesses” é a conduta humana em interferência intersubjetiva (COSSIO, 1954) e faz parte do domínio da esfera ontológica do sujeito que se manifesta através da linguagem dialogal, cujas dinâmicas dão vida aos fenômenos sociais, afetando diretamente a composição e a decomposição do Direito. Pincelado tal cenário fenomenológico<sup>16</sup>, especial atenção jurídica reconheceu-se ao conflito juridicamente relevante através da criação de um ramo próprio para

<sup>15</sup> [...] em última análise, alimentando aquela tendência a que já aludimos, da fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que tão drasticamente acomete o pensamento jurídico moderno, particularmente o processo civil, que se haveria de supor o ramo do direito mais comprometido com os dramas e contingências humanas da nossa realidade cotidiana (SILVA, 1997, p. 124).

<sup>16</sup> A fenomenologia é justamente a proposta de reconhecer esse movimento do ser-no-mundo e de essências que se doam as nossas experiências. No entanto, as essências das quais fala a fenomenologia não são os universais da “coisa-em-si”; “o retorno às coisas não se identifica, pois, com o voltar ao objeto da ciência, nem com o voltar-se para dentro de si, para o interior da consciência, a um subjetivismo”. O esforço de voltar às coisas mesmas revela que essas essências estão na existência. Trata-se de apreender o mundo em movimento, o movimento em estado nascente, mas que nunca abdica de uma história. Nesse sentido, suponho que temos muito a aprender com nosso próprio movimentar-se, inclusive sobre a própria experiência de aprendizagem (ZIMMERMANN, 2010, p. 14).

o desenvolvimento da relação intersubjetiva<sup>17,18</sup> que se apresenta conflituosa: o processo<sup>19</sup>. O conflito<sup>20</sup> tem no existir humano e nas interações da sociedade o seu nascedouro, manifestando-se por via de pretensões antagônicas que importam ao Estado ao regular pelo direito a busca final da (manutenção?) da coesão social. A intersubjetividade faz parte do existir do ser, não há como me lançar no mundo sem me lançar junto aos outros corpos que também fazem parte do mundo<sup>21,22</sup>.

Em uma primeira abordagem, importa desvelar a importância do conflito para a formação do direito, quando aquele toma a forma do litígio

<sup>17</sup> El círculo más amplio, la forma más general de hablar acerca de la sociabilidad, es el de la intersubjetividad, esa innata propensión humana al compromiso y a la comprensión recíproca. Parte de esta propensión es cognitiva o intelectual, parte emocional, pero, en cualquier caso, el carácter y la experiencia humanas existen únicamente en y a través de las relaciones de las personas entre sí. [...] La inteligencia cultural humana parece fundarse sobre un nivel de compromiso mental, o intersubjetividad, que ninguna otra especie tiene o puede adquirir (CARRITHERS, 1995, p. 85).

<sup>18</sup> O mundo não é somente para mim, mas para tudo o que nele, faz sinal para ele. Há uma universalidade do sentir – e é sobre ela que repousa nossa identificação e generalização de meu corpo, a percepção do outrem. Percebo comportamentos imergidos do mesmo mundo que eu porque o mundo que percebo arrasta ainda com ele minha corporeidade, que minha percepção é impacto do mundo sobre mim e tomada de meus gestos sobre ele, de maneira que, entre as coisas que os gestos do adormecido visam e esses próprios gestos, na medida em que uns e outros fazem parte de meu próprio campo, há não somente a relação exterior de um objeto a um objeto, mas, como do mudo a mim, impacto, como de mim ao mundo, tomada [...] Um campo não exclui o outro campo como um ato de consciência absoluta, por exemplo, uma decisão não exclui a outra tende mesmo, de si, a se multiplicar. Porque é a abertura pela qual, como corpo, sou exposto ao mundo (MERLEAU-PONTY, 1974, p. 145).

<sup>19</sup> Ver o sentido do Processo como autocomposição e autodefesa para assim compreender a relevância do conflito ao Direito, e assim observar o Direito como Processo (CASTILLO, 2000).

<sup>20</sup> La Teoría de Conflictos radica su que hacer en la descripción del conflicto, en el análisis de sus elementos y modo de ser, en la generación de los métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello no sólo abarca la problemática de la resolución del conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención (ENTELEMAN, 2002, p. 65).

<sup>21</sup> Quase sempre se concebe a afetividade como um mosaico de estados afetivos, prazeres e dores fechados em si mesmos, que não se compreendem e só podem explicar-se por nossa organização corporal. Se se admite que no homem ela se ‘penetra de inteligência’, quer-se dizer através disso que simples representações podem deslocar os estímulos naturais do prazer e da dor, segundo as leis da associação de ideias ou segundo as do reflexo condicionado, que essas substituições ligam o prazer e a dor a circunstâncias que naturalmente nos são indiferentes e que, de transferência em transferência, constituem-se valores segundos ou terceiros que não têm relação aparente com nossos prazeres e nossas dores naturais (MERLEAU PONTY, 1994, p. 213-214).

<sup>22</sup> A alma tece-se pela visão ao mundo, ela demora-se nas coisas, comunga como las, abandona-se nesse fora. E, ainda que se encontre presa ao corpo, escapa-se (transcende-se ao mundo) para respirar fora dele, alimentando-se dos seres exteriores, mas percebendo que toda essa exterioridade se encontra suportada na própria simultaneidade, que faz com que tudo se encontre ao mesmo tempo numa presença imanente (PELLEJERO; GOLGONA, 2010, p. 23).

por ser o fato da vida mundana considerado fato juridicamente relevante, de modo a delinear de colorido as formas, conforme aludia Pontes de Miranda.

O tratamento clássico do conflito no processo baseia-se em uma decantação dos fatos por via ordinária, por procedimento formal e formalmente previsto e cerrado. A ausência de previsões consistentes em flexibilização procedimental; ou seja, a tradição clássica do processo público criou uma realidade processual que não leva em consideração o grau de complexidade processual.

Por muito, o tratamento do conflito por meio do procedimento ordinário consistiu em tratar uniformemente os fatos mundanos, não dando voz ao litigante; como se anulasse que o litigante significa mais para além de um sujeito do processo: o litigante é ser dialogal e aberto ao mundo.

Importante reconhecer que o processo público e a cientificação do direito significaram um colossal avanço em termos sociais, sendo considerado como importante superação para o Processo; entretanto, sob a égide de um novo tipo de sociedade, marcada pela eficiência, consumismo, agilidade – valores diferentes em razão de ser sociedade diferente daquela de outrora – as formas clássicas baseadas na disputa processual já não se mostram viáveis para decantar de modo eficaz o direito.

O litígio expressa a dialética dos contrários, que desvela o fato em sua plenitude e traz à discussão discussões e desacordos que movem a sociedade e fazem nascer direitos que traduzem as mutações sociais. Por essa importante designação concretizadora do direito social, o desvelamento do conflito pelo processo consiste na interpretação e na harmonização do direito. Assim, para que o direito não seja frustrado pelo sistema ineficiente, importante um repensar das formalidades que revestem o processo, pois é no procedimento que se pode realizar transformações quanto ao desvelamento do direito. O tratamento do litígio, seja pela via utilizada ou na própria formação do objeto litigioso no processo ordinário, consiste em maneira de revolucionar o próprio direito.

Na medida em que o Judiciário tornou-se independente, a jurisdição caminhou para uma maior abertura em termos de acesso à jurisdição e o processo ganhou faceta mais democrática, garantindo para além do acesso ao ambiente jurisdicional, prerrogativas quanto à efetivação da tutela do direito.

O fenômeno conflitológico de interesses, assim posto, para alcançar uma hegemonia dos valores democráticos, necessita de uma multiplicação das práticas democráticas, de modo a poder formar-se uma multiplicidade de manifestações subjetivas na construção dessa matriz democrática. A relação de autoridade e poder não irão desaparecer, de modo que o encontrar esse balanceio tem como base a existência da multiplicidade, pluralidade e o conflito, que são a razão de ser do direito e da política (MOUFEE, 1999).

## 2.1 A PLURALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS E OS NOVOS CONTORNOS CULTURAIS: AS BASES DE UMA SOCIEDADE EFICIENTISTA

A dificuldade na harmonização das relações intersubjetivas – o ser em face do outro – é o ponto responsável pela desarmonia social. Merleau Ponty<sup>23</sup> asseverava “É a este preço que existem para nós as coisas e os ‘outros’, não por uma ilusão, mas por um ato violento que é a própria percepção” (MERLEAU-PONTY, 1994, p. 485). A única maneira de ser realizada uma melhor compreensão da relação entre indivíduo e sociedade é romper essa antítese que marca as relações. Tal antítese é espelhada no Processo, pois na relação processual é que vemos uma verdadeira disputa sendo travada pelas partes, que sistematiza quebra da intersubjetividade e prega uma individualidade que desmantela a relação processual.

<sup>23</sup> Importa destacar que para Merleau a visibilidade do mundo não se traduz como representação do mundo como se o corpo estivesse diante dele, mas sim como se o corpo encontrasse-se no meio dele. Dessa forma, o corpo envolve e é envolvido pelo mundo.

A declinação ou decadência do que fora construído pela racionalidade vinculada ao paradigma científico clássico – racionalidade que em seus primeiros tempos é pura dedução – tem na própria racionalidade a superação de seu núcleo central, e a mesma absorve para si a ciência – tornando-se assim a racionalidade científica forma de *indução* –, fazendo com que possa se falar em uma racionalidade cunhada pelo paradigma científico da complexidade<sup>24,25</sup>. Assim, apenas pela visão do que se traduz na atualidade pelo social é que se pode consubstanciar essa alteração da racionalidade meramente causal para outra racionalidade baseada na complexidade.

A pluralidade social hoje marca a *quebra* do ideal romântico até então formado pelo homem moderno. Em razão disso, fruto da consequente decadência das ideologias tradicionais e dos sistemas de valores a elas correlacionados, observa-se um intenso movimento de mudanças profundas

<sup>24</sup> A incompreensão mútua é tremenda. Não pode haver tranquilidade em espíritos que receiam rudimentos científicos e vão lidar com tediosa disciplina. E tudo isso que? Por se pretender que fosse dedutiva uma ciência social, quando indutiva é a Sociologia. Chegou-se a pretender, no delírio lógico e racionalista, que o jurista conta com os conceitos como o Matemático conta com os sinais, com os algarismos? Que respeito poderia merecer preocupação que consiste em procurar entender textos mais ou menos arbitrariamente escritos e votados? Nenhum. É daí o duplo caráter da crise: gnosiológico e moral. É preciso extrair da vida do real, o Direito, que até agora tem sido obra de arte metafísica, para que, com a sua nova compleição, possa eficazmente reagir sobre a vida. Como a Matemática de PITÁGORAS, a Química de PARACELSO e a economia nacional, a jurisprudência tem sido confundida e formada com elementos estéticos, morais e políticos, sem nenhuma elaboração objetiva e científica. E para esta só há um processo eficaz: o método indutivo, a despeito do cepticismo de algumas ou dos que o não reputam novo. É a ele que consagraremos o melhor desta obra. A indução tem sido empregada no Direito, como ates das ciências naturais, dela usam como processo biológico do homem: porém, como método científico que deve ser rigorosamente observado e convenientemente exposto, resulta das recentes conquistas do pensamento humano (PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 69-70).

<sup>25</sup> La idea del derecho como un sistema esencialmente ordenado alrededor de una racionalidad formal, en el sentido weberiano, es un presupuesto común de ambos autores. al igual que lo es el papel central que ese formalismo juega en las insuficiencias que el derecho presenta en las sociedades contemporáneas. Son esas insuficiencias las que permiten al profesor Teubner, dentro de la tradición evolucionista seguida por Nonet y Selznick, y Luhmann o Habermas que estudia en su artículo, hablar junto con esos autores de una crisis del derecho contemporáneo. Bourdieu, por su parte, ve también esas insuficiencias del derecho desde un punto de vista externo, no tomando la función social del derecho como instrumento de análisis principal, origen a un mismo tiempo de las presiones de cambio y de las insuficiencias presentes del sistema jurídico, sino como un lugar desde el cual efectuar una demoledora crítica de las razones que llevan a todos los participantes en el mundo del derecho a construirlo de manera impermeable a las necesidades y las exigencias políticas de una gran parte de la sociedad (BOURDIEU; TEUBNER, 2000, p. 19-20).

arraigadas na concepção que até então cria a atmosfera social, instaurando medos, angústias e pânicos pela superação das tendências construídas no âmbito da modernidade – uma superação, dito melhor, do tradicional. Importa destacar uma grande diferença do ser da modernidade e do contemporâneo: o primeiro dependia de uma força alienante que unificava os indivíduos em torno de algumas *ideias-força*<sup>26</sup> e o segundo é substituído pela participação sem conexão intersubjetiva de um mundo traduzido pelo *consumo, eficientismo e descrença nas bases políticas*.

A sociedade do conhecimento técnico-científico dos fatos não é a sociedade do saber: conhecemos muitas possibilidades de ação e resolução pragmática dos fatos e pouco se “reflete” sobre a dinâmica da existência e da geração de tais ações. A sociedade dinamizada, e sob o afã da contemporaneidade, vê-se dominada pelas organizações burocráticas, as quais têm o poder de controlar e, por vezes, destruir os valores em prol do formalismo e, conseqüentemente, a capacidade do ser de se expressar subjetivamente.

Historicamente, a gênese do individualismo é criada partir do progressivo alargamento da esfera de liberdade do indivíduo (BOBBIO, 2000). O egoísmo individual conduziu por si próprio o desenvolvimento ordenado da vida econômica e, desta maneira, a uma ordem natural da sociedade (ZIPPELIUS, 1997). Cria-se a necessidade ao apego<sup>27</sup> da época iluminista, para o qual toda natureza humana se resolve em fatores de próprio interesse e de prudência, não se podendo aceitar elementos irracionais (RADBRUCH, 1930). Avanços

<sup>26</sup> No que tange às incertezas específicas das Ciências, vale consultar: Lindley (2007).

<sup>27</sup> En el siglo XVIII el racionalismo no condujo, el las ciencias del espíritu, a toda la verdad; pero representó un intento, libre y fuerte, de búsqueda y de análisis en la historia y en las almas. Hoy, el neoliberalismo ilustrado ha creado el método de la historia de las ideas y descubre en las fuentes del derecho, no el impulso de la fuerza, de la arbitrariedad constituía en derecho, sino el ideal eterno de la justicia y de lo que hace posible todas las justicias: la libertad (SAVIGNY, 1947, p. 36).

econômicos<sup>28</sup> inauguraram o nascimento da figura do homem econômico<sup>29</sup>, que aprofunda o processo de racionalização pela divisão do trabalho e rompe os vínculos comunitários tradicionais, propiciando um aprofundamento do individualismo e a falta de solidariedade. Concomitantemente, ao romper barreiras com o Estado, essa nova percepção das relações intersubjetivas criam outras formas de dominação marcadas pela impessoalidade, redimensionando assim o poder. A concepção do sujeito como sujeito individualista não é algo *intrínseco* a sua consciência, senão a determinação de seu ser social sobre sua consciência, e serviu para a configuração de uma sociedade de indivíduos com reflexo da economia de mercado. Essa união aprofundou a divisão do vínculo de integração social, de modo que a reestruturação do sistema produtivo do capitalismo moderno impôs uma transformação incompatível do sujeito e com a autonomia de sua vontade.

O Direito erigiu-se junto ao individualismo de maneira que o processo civil institucionalizou-se junto ao perfil rígido científico com estratificações que rompem com misticismos e estabelece um mecanicismo para a proteção dos direitos de um frente ao outro, inclusive frente ao Estado. Este jeito de dirigir o direito estimulou uma reflexão jurídica desvinculada da realidade social. O Direito acaba por espelhar um sujeito egoísta e irracional na sua vontade de racionalidade assídua. A antinomia da autonomia individual e social e a expansão do racional marcou o conflito na modernidade. Dessa

<sup>28</sup> La confianza en el progreso institucional y en la eficacia del mercado como mecanismo autorregulado de coordinación de las acciones. pronto se ve quebrada por el propio desarrollo histórico. Las diferentes formas de lucha política y la persistencia de las crisis económicas contribuyen decisivamente a cuestionar la posibilidad de neutralizar lo político, para convertir a la política en una tarea técnica. En la propia tradición liberal se da una recuperación de la especificidad de lo político; se reconoce, de esta manera, que la acción gubernamental trasciende las tareas meramente técnicas, porque en ella siempre está en juego la creación y mantenimiento de las condiciones de justicia que hacen posible la preservación del sistema institucional y sus mecanismos de regulación (GOMEZ, 2016).

<sup>29</sup> Uno de los primeros intentos sistemáticos de forjar una filosofía de la historia secularizada se encuentra en la teoría de Adam Smith. En ella se toma como punto de partida la distinción entre las sociedades situadas en una etapa ruda y las situadas en una etapa civilizada. El criterio que se establece para delimitarlas es un fenómeno que puede comprobarse y explicarse empíricamente, a saber: el notable incremento de la producción en las sociedades que se encuentran en la llamada etapa civilizada (GOMEZ, 2016, p. 91).

forma, a constituição do direito moderno é feita com base no conceito de subjetividade voltada ao *si*.

Um Estado racionalizado cria mecanismos racionalizados para determinar o ser, de maneira que foi instituído violentamente outro meio: a racionalização da violência. Como diz Adolfo Alvorado Velloso “*la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza*” (VELLOSO, 2006, p. 17)<sup>30</sup>. Essas Instituições, pelo Poder, possuem força para exercer variadas formas de domínio sobre o indivíduo, sendo a mais importante no que toca à liberdade e nos meios de ação para alterar a própria instituição. Segundo Castoriadis: “*Esto es lo que significa la interiorización de las instituciones por el individuo a lo largo de su vida*” (CASTORIADIS, 2008, p. 125). Esta instituição nega a subjetividade do indivíduo no mesmo momento que a reconhece: concede a ele liberdade individual no âmbito privado-material, mas nega-lhe ferramentas para exercer as reflexões necessárias para questionar o poder que lhe governa.

Sentidos os prejuízos dessa estrutura social e em frente da disputa de um Poder econômica com o Estado, rompe-se a relação do Estado frente ao sujeito individualista, criando-se o Estado Social de Direito<sup>31</sup>, local em que os indivíduos passam a ser considerados segundo a busca de um bem comum substancial, dando-se os primeiros passos para superar o individualismo apolítico e a neutralidade do Estado Liberal, que não conseguia satisfazer as exigências de liberdade pessoal e igualdade formal (MIRANDA, 1932) dos

<sup>30</sup> La agresión contra el exterior se convierte en una agresión contra uno. La conciencia moral se vuelve más severa e implacable cuanto más renuncia la persona a la agresión contra los demás. Las técnicas de dominación también hacen uso de esta interiorización de la violencia. Se ocupan de que el sujeto de obediencia interiorice la instancia de dominación externa y la convierta en parte de su ser. De este modo, la dominación requiere un esfuerzo mucho menor para ejercerse. La violencia simbólica también se sirve del automatismo del hábito. Se inscribe en las convicciones, en los modos de percepción y de conducta. A su vez, la violencia se naturaliza (HAN, 2013, p. 14-29).

<sup>31</sup> As crises, o desemprego ou as guerras a ruptura do Estado liberal encontra-se em meio diversos fatores de tendência global que seguiam ao sentido do desenvolvimento econômico: consequente elevação do nível de vida da população, progresso técnico, aumento da dimensão das empresas, concentração do capital, fortalecimento do movimento operário (no plano sindical e no plano político) e agravamento da luta de classes, aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo, que começam a afirmar-se como alternativas a ele.

setores sócio e economicamente mais deprimidos (PÉREZ LUÑO, 2005). A instituição é a expressão do “querer viver juntos”, de caráter representativo e de igualdade, fruto da concepção fictícia do contrato, que, na atualidade, encontra os indivíduos em um Estado de Direito. Os princípios de Justiça, supostamente se resguardam no ideário de bem comum que une a sociedade. Reconhecido o antropocentrismo e concedendo ao ser determinação para se colocar no mundo por si, a ambiguidade do núcleo Liberal reside na relação que coloca entre a Política e o Conflito: tal como a tradição platônica<sup>32</sup>, vê o conflito como irracionalidade humana, mas, ao contrário da teoria platônica, vê no conflito justificção para as bases do Estado, por um contrato.<sup>33</sup> Os conceitos de razão e liberdade foram vítimas da ordem burguesa e da própria filosofia idealista: na prática, no mundo social, haveria apenas a aparência da razão e da liberdade, porque tudo se reduz à capacidade e determinação do sujeito<sup>34</sup>. Note que as estruturas rígidas de um sistema jurídico voltado à produção de um direito estritamente público advindo da democracia representativa é repensada frente à Constitucionalização do Direito, que surge como o amanhecer do Estado Constitucional de direito. Os institutos

<sup>32</sup> El principio que mantiene la armonía, el equilibrio entre los elementos de ese cosmos, es la justicia (Diké), la cual también tiene que ser el fundamento del orden civil. De acuerdo con ello, el conflicto proviene de la ignorancia y/o maldad de los individuos o pueblos que no respetan el derecho. [...] Según esta concepción platónica, el conflicto es un fenómeno anormal, propiciado por la irracionalidad humana, que impide que los actos y las instituciones se adecuen al orden universal y necesario que se encuentra en el mundo de las Ideas. Em otras palabras, las diversas modalidades de conflicto son valoradas como un mal surgido de la ignorancia y/o débil voluntad de los seres humanos (Themis) implícito en el cosmos natural (GOMEZ, 2016, p. 43).

<sup>33</sup> Al otorgar una prioridad al conflicto sobre el orden, Maquiavelo rompe con el núcleo de la herencia platónica; de ahí el escándalo que suscitan sus escritos. Aunque Maquiavelo sigue considerando a la política como una técnica, ésta ya no tiene la finalidad de adecuar la organización social a un orden universal y necesario. Su finalidad es crear, en circunstancias permanentemente variables, un orden capaz de ofrecer seguridad a sus miembros. [...] Hobbes rompe con la tradición platónica al situar el énfasis en el conflicto y plantear la constitución del orden civil como un problema que carece de una solución natural o a priori. Pero Hobbes además se plantea ofrecer un fundamento a esta ruptura y extraer de ella todas sus consecuencias de manera sistemática (GOMEZ, 2016, p. 55-56).

<sup>34</sup> Sin embargo, los conceptos de razón y libertad resultaron víctimas del orden burgués y de la propia filosofía idealista: en la praxis, en el mundo social, sólo habría apariencia de razón y de libertad, porque todo queda reducido a la capacidad y autodeterminación del sujeto (ENTEL; GERZOVICH; LENARUCCI, 2005, p. 45).

jurídicos adquirem uma ampliação normativa, passando a ser compreendido junto ao sistema Constitucional que apresenta textura aberta.

A maneira como realizada a resolução dos conflitos sociais, no âmbito de uma sociedade<sup>35</sup> densa demograficamente e culturalmente diversificada<sup>36</sup>, já não mais consegue resultados eficazes no formalismo fruto do controle que advém de uma metafísica<sup>37</sup> social criada pelos homens, cujos desgastes se perfazem pela descrença na resposta jurisdicional aos fenômenos conflitológicos de interesse. Uma vez que *“una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas”* (GRANDA, 1993, p. 31-32).

Para Chiovenda o formalismo se mantém em uma ideia tradicional do formalismo exterior, ou seja, de uma forma complicada e inútil na qual o processo corre, sem haver uma razão para tal ou se a razão estiver sido perdida. Essas formas residuais expressam as formas que sobrevivem as necessidades do tempo e que o legislador respeita pela força do costume, ainda que se assimile a corpos sem alma, que carecem de sentido e entorpecem

<sup>35</sup> El animal humano puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: como una entidad física, como un sistema químico, como un organismo, como un animal pensante y como uti componente de diversos sistemas sociales (familia, pandilla, empresa, escuela, etcetera). Cada uno de estos enfoques posee sus virtudes y sus defectos; y todos ellos ofrecen fragmentarias del hombre (BUNGE, 2002, p. 105).

<sup>36</sup> Creo que esta transformacion de la civilizacion se explica por la conjuncion simultanea de cinco fenomenos: el resultado de una larga experiencia tecnica, el crecimiento demografico, la aptitud del medio economico, la plasticidad del medio social interior, la aparicion de una clara intencion tecnica [...] Es, pues, la conjuncion de los cinco hechos que acabamos de analizar sumariamente lo que explica el desarrollo tecnico excepcional, unico, de esta epoca. En ninguna otra ocasion se produjo una conjuncion semejante, a saber: – una larguissima maduracion o incubacion tecnica, sin sacudidas decisivas, antes de su completo desarrollo; – el aumento demografico; – la situacion del medio economico; – una plasticidad casi perfecta de la sociedad, maleable y abierta a la propagacion de la tecnica; – una intencion tecnica clara, que une todas las fuerzas para la consecucion del objetivo técnico (ELLUL, 2003, p. 35-36).

<sup>37</sup> Ci si è resi conto, pertanto, che come per la democrazia moderna una decisione è “giusta” quando è presa dalla maggioranza, così per la scienza moderna il fatto può avere valore “scientifico” quando viene percepito dalla maggioranza degli osservatori. La scienza moderna è un sapere “democratico”. E dalle democrazie è stato riconosciuto come il vero tipo di sapere. La metafisica è un sapere “aristocratico”, che non si cura del consenso delle masse. In questa arretratezza “politica” della metafisica è contenuta una delle ragioni fondamentali del suo fallimento (SEVERINO, 2002, p. 246).

o tempo do processo. O autor, por sua visão histórica do processo, sustenta que o formalismo nasce e se afirma pelo caráter privado do processo; caráter que é atenuado pelos conceitos de ação pública. Entretanto, essa progressão histórica hoje não é mais realidade. O processo privado é intrinsecamente antiformalista. Na contemporaneidade, o formalismo começa e se afirma precisamente com o processo público, com a intervenção do Estado mais além de sua essencial função, que coaduna com a atuação do dirigismo estatal, necessariamente o criador do formalismo (SATTA, 1973).

Sobre a necessidade do controle do tempo, remete-se para tal a tragédia Grega Prometéica, escrita por Ésquilo. O mito expõe o problema da morte e de sua significação na vida do homem; a tomada do fogo (razão) como presente dos Deuses ao homem se mostra *perigosa*, pois permite aos homens os domínios dos meios para se evitar o destino do ser-para-a-morte: a repressão à morte se torna a vontade de viver, os meios assim são criados, para atrasar a morte<sup>38</sup>: “*il trapasso dalla ciclicità del tempo alla progettualità del tempo*” (GALIMBERTI, 2002, p. 63). Na possibilidade de prever a origem da ideia do destino, unido à ignorância da causa, potenciada pelo valor previsto da relação causal, é possível se defender contra o destino. O determinismo causal se manifesta, assim, na tentativa de manusear as leis naturais: ocorre que o determinismo, tal como o destino, tem a mesma característica de imprevisibilidade. O determinismo é cego, pois não percebe o fundamento; se basta nos contornos e não tem efeitos futuros, mas vai além do passado e do futuro num presente que se repete.

Nesse sentido, a falta de um sistema que proporcione meios positivos para a efetiva resolução dos conflitos<sup>39</sup> repercute na maneira como o

<sup>38</sup> El sentido profundo de esta historia reside en que, em ella, el poeta dirige su mirada más allá del mito sobre la entrega del fuego y el despertar de todas las habilidades e interpreta la última y más profunda de las motivaciones humanas como el verdadero don (GADAMER, 2008, p. 80).

<sup>39</sup> Levando-se em consideração sistemas políticos utópicos que focalizam na paz social e na integração comunitária como ideologia política e trataram do conflito social como o mal causado pela produção capitalista.

resultado desse conflito retornará à sociedade, levando-se em consideração os movimentos e fluxos mundanos que postulam uma nova visão da realidade. Admite-se assim que para além da visão tradicional de tratamento dos conflitos de interesse, necessário que o Processo parta de uma nova via que sustente não a resolução do conflito, mas a sua composição. Necessário que o Processo parta de um novo tratamento, pois a visão do conflito como *disputa* já não mais se adéqua ao Estado de Direito moderno, que tem na eficiência as bases processuais; para além de uma visão *negativa* do conflito, deve-se instaurar uma visão *educativa* do conflito, posto que o direito visa a dar maior coesão tais relações.

Frente a uma justiça ineficiente, o resultado que advém da decantação do fato mundano é frustrada. Assim, a lentidão na resposta judicial, a qual restou inviabilizada frente a alta demanda proveniente da juridicização da vida, já não mais detém espaço para garantir a eficácia do direito.

A intensidade de juridicização<sup>40</sup> da vida tem conexão direta com o alto grau de regulação que alcançam as normas em um ordenamento<sup>41</sup>. O modo que essa regulação ocorre, nesse sentido, é o que denotará, por via processual, o grau e alcance da norma ao fenômeno conflitológico; ou seja, um bom procedimento para além de decantar a lei da vida, fará jus ao resultado, ao direito que mais se correlaciona com o evento mundano que fez nascer o conflito.

<sup>40</sup> The State, to avoid spending money, refuses to comply with its obligations and behaves illegally against its citizens, forcing them to turn to the Judiciary for help. This behaviour is selfdestructive, because it not only increases the expenses of the judicial system but also overburdens it with unnecessary work, bringing the economy to a halt, making the country less competitive, generating less wealth, and consequently raising less taxes (GIDI; ZANETI, 2015, p. 245-257).

<sup>41</sup> A hipersubjetivização é um dos signos distintivos do direito pósmoderno: como o destaca Jean Carbonnier (1996), uma característica do direito de nossa época terá sido a tendência a se subjetivizar, a se transformar em uma tempestade de direitos subjetivos. Esse fervilhamento de direitos subjetivos é um fator de inflação do direito. A paixão do direito na sociedade pe a projeção desordenada de uma infinidade de paixões individuais, em rivalidade entre si. Os direitos subjetivos, não tendo a força imediata das regras de direito, mas somente um acesso a essa força faz com que seja necessário que eles sejam objeto de um processo de reconhecimento, de uma inscrição no direito objetivo. Com efeito, o direito subjetivo não existe em si mesmo, mas somente pelo reconhecimento através do direito objetivo (CHEVALLIER, 2009, p. 135).

Em que pese no presente artigo afirmar-se que o Brasil está na consonância das alterações processuais dos países ocidentais, caminham em um sentido diferente na medida em que não oneram os custos judiciais e perpetuam uma lógica processual singular<sup>42</sup>.

Desta feita, para além do formato clássico do contrato social, o Estado já não é mais considerado como o salvaguarda da paz social, pois a descrença na resposta proveniente do Judiciário demonstra que sozinha, o sistema jurídico não é capaz de trazer um quadro de estabilidade das relações sociais juridicizadas. A nova visão do contrato social supera a clássica no ponto que não é somente ao Estado reconhecido potência de harmonia social; mas também pela voz do ser, que por via processual pode participar mais ativamente como forma de superar formalismos, determinar os contornos do objeto litigioso e realizar negociações de forma contratual no âmbito da Justiça.

Estabelecido que a sociedade por seus próprios traços não é harmônica, mas sim uma pluralidade que se manifesta constantemente – e isso fica claro em razão de ela não possuir estrutura social visível (ELIAS, 1994) – por se tratar de um fluxo contínuo, marcado por conflitos cotidianos entre a família, os companheiros de trabalho, ideologias ou membros do mesmo grupo social (VINYAMATA, 2014). Dessa forma, por sua contingência, os conflitos, “*ao contrário do que historicamente é pregado*”<sup>43</sup>, podem representar crescimento quando bem gerenciados e resolvidos:

<sup>42</sup> [...] litigation in Brazil is comparatively cheap. In many situations, the law provides for a waiver of court fees, which are important in financing the cost of the judicial system. Even when there is payment of costs, they are cheap and independent from the value or complexity of the proceeding. The judiciary laws of each state set a maximum amount for these costs, which ultimately results in expensive and complex cases involving a considerable amount of money paying disproportionately low fees. The Supreme Court decided that state laws that do not limit the amount of court fees are an unconstitutional violation of the principle of broad access to justice.<sup>9</sup> Even the attorney fees of private lawyers generally are not high, because of the large number of lawyers and the availability of public defenders. **For all these reasons, we conclude that, rightly or wrongly, Brazil is going in the opposite direction of international law reform: it is raising expenses with the judicial system** (GIDI; ZANETTI, 2015, p. 245-257).

<sup>43</sup> Sociedades idealizadas através da harmonização social e pela ausência de conflitos intersubjetivos.

[...] Los conflictos, como las enfermedades, nos indican que alguna cosa está sucediendo y que, a lo sumo, podemos retardar pero no impedir. En este sentido, los conflictos son elementos que nos permiten avanzar, mejorar, prever su función regeneradora y sacar provecho. [...] (VINYAMATA, 2014, p. 33-36).

A relação jurídica processual clássica prega é uma verdadeira disputa a ser travada pelas partes, que marca uma quebra da intersubjetividade natural do sujeito e prega uma individualidade que dismantela a relação jurídica. O poder do Estado juiz marca a separação dos litigantes e a tomada de lado, levando a ciência jurídica à pura dedução. A incompreensão dessa figura é expressiva, pois se pretende dedutiva uma ciência voltada ao social enquanto que indutiva é a sociologia; inclusive com a pretensão racionalista de instituir o direito através dos conceitos matemáticos (PONTES DE MIRANDA, 1972).

Assim, “*aquello che in definitiva conta, non è che ci siano conflitti, ma come questi vengono gestiti*” (COSI, 2016, p. 5), da mesma forma que “*el conflicto no es positivo ni negativo en sí mismo, sino que depende de los mecanismos de regulación de los que decidamos hacer uso*” (ALBERT, 2016), pois não reside na existência do conflito o problema social, mas sim na forma como ele será gerido pelo Estado, através do Direito.

A instrumentalidade processual imbuída de um exagerado formalismo acarreta no *desconhecimento do outro como igual*, com consequência de se conhecer no outro o *inimigo* quando da relação posta ao contencioso fruto da relação intersubjetiva de interesses: aquele que necessariamente deve ser combatido custe o que custar. Deve-se superar tal instrumentalismo formal por um instrumentalismo constitucionalizado, o qual traz consigo traços mais “humanos”.

A crise da razão jurídica comprometeu a eficácia normativa clássica proveniente da modernidade e inaugura uma nova fase no direito contemporâneo. A força da regra do direito não tem mais associação do fato

de ela ser uma coação, uma ordem obrigatória a qual todos são obrigados a se comprometer e sim com a necessidade de um consenso sobre sua eficácia junto ao social. A participação na definição e os limites da regra torna-se pressuposto de sua legitimidade, de modo que a elaboração da norma passa a ser um procedimento longo e complexo para se adequar à realidade fenomênica (CHEVALLIER, 2009).

Dito isso, os conceitos podem e devem ser vistos por uma nova ótica. Por ser natural às relações do homem os conflitos são inerentes em vista das intenções e das subjetividades do ser que compõe uma sociedade que canaliza as relações e conflitos que dela fazem parte<sup>44</sup>.

Conforme se vê, o mundo é marcadamente conflituoso: a ordem econômica e as inclinações pessoais fruto da vivência histórica incidem na formação de uma pluralidade de manifestações das quais o direito, de maneira desafiadora, é chamado para harmonizar. O medo proveniente do conflito violento e a agitação causada pelos conflitos que afetam a vivência do ser permeiam as relações e causam uma desestabilização que tem como consequência um cenário social marcado pela disputa e pela individualidade. Nasce assim as angústias e os conflitos pós-modernos<sup>45</sup>.

<sup>44</sup> A figura do homem se torna cada vez mais confusa, como seria a imagem transmitida por uma superfície líquida em constante movimento. O homem se vê em um mundo onde a ordem, a unidade e o sentido parecem obscurecidos, na presença de uma realidade flutuante e fragmentada ele se interroga sobre sua própria identidade, sobre a própria realidade, na medida que a modernidade superativada amplia as manipulações resultantes de novas técnicas, as engenharias das quais ele é objeto, e na medida que ela estimula a proeminência das aparências e dos logros que o enredam (BALANDIER, 1997, p. 180).

<sup>45</sup> O acceso a un número cada vez mayor de informaciones gracias a las modernas tecnologías introduce al individuo em una complejidad que a menudo no logra gestionar. Como bien saben los lógicos, el exceso de información anula el conocimiento pero, viviendo em un mundo donde incluso la compra de un producto cualquier nos somete a un enorme flujo de informaciones, pensemos hasta qué punto puede complicarnos la vida esta paradoja del exceso ante decisiones verdaderamente importantes. [...] Los dilemas indecibles del hombre moderno son producto del intento de controlar o incontrolable gracias al poder del conocimiento. Pero, el conocimiento mismo puede llegar a ser fuente de ignorancia y sufrimiento (NARDONE; DE SANTIS, 2012, p. 22-24).

Se os conflitos sociais – falando-se especificamente daqueles relacionados à órbita processual civil, tema da presente discussão – pudessem ser melhor decantados pela jurisdição, a crença na realização da justiça em face das injustiças seria resgatada, de modo que com a efetividade e eficiência na resolução do conflito ter-se-ia um resgate da harmonia pela concretização do direito.

Como é possível captar nossa identidade com espírito de cidadão ativo na sociedade no cenário do Estado Democrático de Direito? De maneira a coincidir o meu papel como cidadão com a relação intersubjetiva realizada com o outro, cujos anseios são tão importantes e nobres quanto os meus. Esse processo deve ser capaz de balancear meus anseios como indivíduo e os do outro, assim como a resolução de nosso conflito fruto de nossa relação intersubjetiva deve objetivar o resultado capaz de provocar mudanças sociais. A perda de determinação interior desqualifica as relações do ser frente ao social e como isso influencia na resolução dos conflitos pelo direito, pois existe conexão direta de *influências* do poder para com a formação do ser, sendo indispensável aumentar sua voz frente ao Estado democrático para viabilizar a efetivação do novo espírito do CPC/15. O novo processo chama um sujeito mais ativo<sup>46</sup>, reflexivo e dialógico. Sob uma realidade democrática, mostra-se mais do que nunca importante destacar esse novo papel.

<sup>46</sup> Así es como se propone Gadamer fundar la especificidad de las ciencias del espíritu frente a las ciencias naturales o metódicas y es éste uno de los propósitos fundamentales de su obra central. El propio Gadamer resume la cuestión en un trabajo más reciente: lo esencial en las ‘ciencias del espíritu’ no es la objetividad, sino la relación habitual con el objeto. Yo complementarí­a para este ámbito del saber el ideal del conocimiento objetivo, que está sostenido por el ethos de la ciencia, mediante el ideal de la participación (Teilhabe). Participación en los enunciados básicos de la experiencia humana, tal como se han plasmado en el arte y la historia, tal es, en las ciencias del espíritu, el verdadero criterio respecto del contenido o la ausencia de contenido de sus doctrinas. En mis trabajos – continúa Gadamer – **he intentado mostrar que el modelo del diálogo posee un significado estructural para esta forma de la participación.** Y ello porque el diálogo está caracterizado porque ninguno por sí solo contempla lo que acontece ni afirma que él solo domina el asunto, sino que se toma parte conjuntamente en la verdad y se la obtiene en común (AMADO, 2003, p. 17-18).

### 3 O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES PELA CONTEMPORANEIDADE: UMA NOVA VISÃO DO PROCESSO

Tendo em vista a reformulação substancial do espírito da Lei processual e a constitucionalização do processo, o NCPC, com especial atenção ao direito constitucional da razoável duração do processo<sup>47</sup> (art. 5º, LXXVIII), adere ao processo brasileiro uma nova filosofia, voltada à *solução consensual dos conflitos* (Art.3º,§2º do NCPC), o que manifesta a adesão a uma maior participação dos sujeitos processuais para com a composição da lide, bem como aos *negócios jurídicos processuais*, assim como sistematiza um sistema vinculado no respeito aos *precedentes judiciais*<sup>48</sup>, lógica processual proveniente dos países baseados no direito costumeiro, diferente do Brasil, que adere ao sistema *civil law*.

A importância da epistemologia constitucional pode ser constatada junto à influência direta das construções erigidas com as reformas políticas

<sup>47</sup> De fato, o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozodo direito pleireado – mas crônica morosidade do aparelho judiciário o ffrustava; daí cria-se mais essa garantia constitucional, com mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que num passe de mágica, tudo se realize com declarado. Demais, a nroma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas. [...] É nesse contexto que entram outros aspectos da norma em análise, qual seja: a organização dos meios que garantem a celeridade da tramitação dos processos. A garantia de celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade (DA SILVA, 2005, p. 450).

<sup>48</sup> Para a boa compreensão, é importante ter a ideia de que toda decisão proferida por autoridade judicial constitui precedente judicial, mesmo que seja dissonante de todas as demais decisões em um ordenamento jurídico, e assuma posicionamento isolado em relação à matéria de fundo; inclusive, a revisão decisão judicial mediante recurso não retira da decisão proferida a característica de ser um precedente judicial. O precedente judicial tem contido em seu núcleo o fundamento de sua decisão e este fundamento tem potência de servir para a resolução de casos posteriores, os quais poderão empregar o precedente emanado como forma de uniformização do sistema decisional. Por estas razões, de início, delinea-se que o precedente está contido nos textos dos acórdãos, e não se encontra nas ementas, dispositivo ou nos enunciados, e que não consiste nos fundamentos jurídicos contidos, ou seja, não é a regra da Lei. O precedente vem antes dessas objetificações, pois traduz a razão fundamental da decisão. Enfim, sendo utilizado ou não para uma fundamentação posterior, importa ressaltar que toda decisão judicial tem caráter de ser um precedente judicial.

das leis Processuais engendradas por Chiovenda (1930)<sup>49</sup> e Couture (1979) por uma ampla intensificação dos estudos relativos aos preceitos Constitucionais regulamentados, que passam a incidir diretamente para com a função e estrutura do Código de Processo Civil<sup>50</sup>. No que se refere ao Brasil, Baracho (1984) foi o primeiro a tratar da relação existente entre Constituição e Processo. Na vinculação entre o Processo Civil e a Constituição, particularmente, o autor enfatiza a teoria sobre a ação e sobre o Processo em seus fundamentos constitucionais e dos Princípios que estruturam o Processo Civil. Unida aos precedentes judiciais, os princípios processuais com escopo direto na Constituição denotam um novo dever de fundamentar mais profundamente as decisões por parte dos juízes, os quais pela Lei anterior não possuíam tal obrigação<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Chiovenda foi um dos expoentes na aproximação entre a Constituição e o Processo, buscando aplicar as suas regras na juridicização das relações processuais, segundo Aroca (1982).

<sup>50</sup> Fueron dos obras del gran maestro del procesalismo ibero-americano, Eduardo J. Couture, los que pusieron de manifiesto la necesidad de examinar las relaciones entre las normas constitucionales y las disposiciones legales respecto al proceso civil. En su ensayo, ya clásico, acerca de Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, Couture se propuso mostrar en qué medida el Código de Procedimiento Civil y sus leyes complementarias son el texto que reglamente la garantía de justicia contenida en la Constitución. Con este designio, Couture destacó los aspectos constitucionales de la acción y la excepción, los actos procesales, y el debido proceso, la sentencia y la jurisdicción. Después de analizar las relaciones entre la Constitución Política y la legislación orgánica del poder judicial y de señalar los desfases entre las orientaciones políticas de las primeras y las tendencias de las leyes procesales y orgánicas, el procesalista uruguayo concluyó que el derecho procesal civil, que por tanto tiempo fue considerado el simple menester de la rutina forense, es, en sí mismo, el instrumento más directo de realización de la justicia. En una obra posterior, El debido proceso como tutela de los derechos humanos, Couture abordó el tema de la tutela constitucional del proceso y mostró cómo, por medio de dos maneras de pensar – las correspondientes a la “Common Law” en los Estados Unidos y a la “Civil Law” – era posible arribar a conclusiones similares. Para el jurista iberoamericano, la teoría de la tutela constitucional del proceso consistía en fijar los fundamentos y las soluciones que permitan establecer, frente a cada caso particular, pero mediante un criterio de validez general, si un proceso proyectado o regulado por la ley, es o no idóneo y apto para cumplir los fines de la justicia, seguridad y orden que instituye la Constitución. Las ideas de Couture han ejercido una importante y renovadora influencia en la doctrina y la legislación. A partir de ellas, los procesalistas, tanto de Iberoamérica como de Europa, se han ocupado, con mayor amplitud, de los temas que abordó nuestro autor. Los códigos procesales civiles más recientes suelen dedicar una parte a la regulación de los principios procesales, que en general recogen o derivan de las bases establecidas en las constituciones (FAVELA, 2001, p. 28).

<sup>51</sup> Os precedentes judiciais provenientes do stare decisis são marcados pela fundamentação profunda de suas decisões, a qual é dirigida a todos os jurisdicionados, e não somente ao jurisdicionado sujeito da sentença; pois a porção do precedente judicial utilizada em julgamento posterior é extraída a partir da análise da fundamentação, apontando-se assim a ratio

Se o direito se manifesta na sociedade como a *forma* por excelência da vida social, a ciência do direito processual, por contar com o debate e discussão, é o momento dinâmico do direito, e se comporta como forma da forma social; sendo a camada externa desse direito social, é sensível por natureza, uma vez que suas extremidades estão como que em contato direto com os sujeitos que se utilizam do seu meio para a persecução de um fim; fim este responsável pela importante tarefa de responder com justiça e, ao mesmo tempo, na busca pela paz social. Dois fins que podem ser antagonizados, uma vez que o que interessa a um, talvez não interesse à comunidade que sentirá também os efeitos. Dessa maneira, o processo e a sensibilidade que lhe é inerente, busca resolver o direito da vida por essa eterna dialética de interesses. As mais sensíveis manifestações exteriores repercutem no processo, pois nele reside a (re) dimensionalização do direito.

O processo é tão amplo, quanto limitado pelo formalismo: tendo essa concepção em vista, importa que seja analisado para além das correntes dogmáticas e doutrinárias que se encerram no tema, admitindo-se assim a abertura da ciência jurídica para os outros ramos. O direito processual, nesse sentido, como se configura a instância que decanta o social, deve ser capaz de absorver essa realidade que se manifesta no mundo *fora* do jurídico. Esse *ouvir*, necessita sejam criadas outras pontes<sup>52</sup>, uma por onde a realidade social crua invada o sistema jurídico, e outra que permita que as demais ciências permeiem o mundo jurídico e adiram ao seu sistema.

O direito, por outro lado, somente é eficaz quando aplicado a tempo; os procedimentos judiciais necessitam atender, em um prazo razoável, os anseios da população. Os procedimentos devem ser sensíveis para atentar o

---

decidendi (razão da decisão). Por esta característica, podemos comparar ao sistema brasileiro de fundamentação das sentenças, onde até então a atribuição corriqueira do juiz consistia em realizar a conexão entre fato e regra, uma vez que não lhe era atribuída função de conectar a decisão com julgado pré-existente e disso obter uma vinculação – ou uma desvinculação, um alargamento, conforme ver-se-á abaixo.

<sup>52</sup> Desde las ciencias al pensar, no hay ningún puente, sino, solamente, salto (HEIDEGGER, 1997, p. 258).

caso posto, pois cada cidadão busca uma resposta efetiva para sua demanda; e também ser objetivo e adequar aos fins ao ponto de chegar ao que o Estado de Direito pretende com o processo como eco social.

O processo torna-se muito mais pragmático em razão da preocupação com a eficácia processual. Uma importante alteração ligada a eficácia marca a alteração da concepção tradicional de normatividade: a flexibilidade toma lugar da rigidez, exprimindo espécie de “transcendência estatal”, na medida que o ser postula que o Estado se aproxime do contexto cultural da sociedade que o direito rege. Pode-se dizer que o processo brasileiro passa a aderir influências externas que tendem a uma correlação maior com o modelo jurídico anglo-saxão. Segundo Michelle Taruffo (2006) há uma tendência a uniformização cultural, tal como ocorre nas demais áreas culturais; na cultura jurídica a superação dos limites nacionais causa uma hibridização dos sistemas processuais que servem para comparar os variados sistemas processuais e realizar valorações para projetos de reforma.

A digressão sobre os procedimentos de *common law* e *civil law* ilustram a oscilação dos Estados atuais e possibilita sejam realizadas mesclas de rasgos opostos dos diferentes Estados. A contemporaneidade jurídica rompe o que tradicionalmente se tem por processo, ou seja, a concepção de uma ordem piramidal e monolítica passando a uma nova concepção de normatividade jurídica (CHEVALLIER, 2009).

### 3.1 A DESCONCENTRAÇÃO (E NÃO A DESJURIDICIZAÇÃO) DO PROCESSO

O controle judicial formalístico operado pelo Estado inflaciona-se de tal modo que ocorre um desgoverno judicial. A grande multiplicação das ações na sociedade mostra o papel importante que o Juiz possui na atualidade. Essa ampliação das ações demonstra a fragilidade das outras instituições para

resolver os problemas que em seu centro eram tradicionalmente resolvidos, bem como o déficit de legitimidade da própria instância política, que não é mais capaz de arbitrar os interesses sociais em conflito.

Como resposta a essa estruturação do sistema jurídico frente aos reclames sociais, o Judiciário passa a deter um conjunto de ferramentas novas; porém, tais medidas não traduzem a desjuridicização, nos termos do que exaspera o art 3º do CPC<sup>53</sup>.

A aceitação pelos interessados de que o conflito de direito seja composto pela justiça de forma não tradicional é a resposta para a recuperação de um liame democrático que o Estado negava sucessivamente ao ser na medida que a jurisdição e sua técnica incidiam em prejuízos irreparáveis aos direitos.

A descentralização/desconcentração é compensada pela existência de controles, pois os atos de autoridades externas continua submetidas ao controle jurisdicional, bem como os contratos processuais ficam sob a verificação da conformidade com a legalidade; desse modo o Estado ainda passa a emanar seu poder, por via indireta. O direito passa assim a supor cada vez mais a associação dos destinatários ao processo pela elaboração de normas provenientes de um direito com característica de maior negociação e flexibilização, sendo que o pluralismo toma lugar em termos de uma democracia participativa. A existência desse controle é aumentada substancialmente a partir do dever de vinculação dos juízes e dos tribunais com a obrigatoriedade de perseguir os precedentes judiciais vinculantes, o que manifesta uma forma de evitar a proliferação de decisões dissonantes ou discrepantes pelos juízes, que devem, a partir disso, decidir conforme o tribunal ao qual respondem, respeitando os precedentes das Cortes Superiores.

<sup>53</sup> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

### 3.2 A SUPERAÇÃO DA APLICAÇÃO DAS TÉCNICAS PROCESSUAIS COMO FIM

A sociedade técnica e eficientista a qual se vive deve evitar a adesão de tais pressupostos junto ao ordenamento jurídico sob o risco de transformar o processo em ambiente limitadamente matemático. A necessidade da eficiência é a marca da sociedade atual e o sentimento do tempo resta impotente frente à criação e o alienamento dos objetos, que tornam o tempo como capacidade do homem de criar, cuja capacidade extrema se manifesta pela técnica. Nesse sentido, na medida que cresce a eficácia do meio, tanto a técnica tende a se tornar o fim (SEVERINO, 2002).

A função original da técnica é ser o instrumento, ou seja, o meio de eficácia para promover um certo ordenamento para o que é utilizado. Entretanto, na medida em que a eficácia se torna mais importante que os fins da ação, temos uma fundamental mudança na aplicação da técnica<sup>54</sup>. No universo das ações possíveis, a técnica inaugura esse agir em conformidade com os objetivos, traço típico da racionalidade, regulado pelo cálculo da adequação dos meios aos fins prefixados.

A ordem dos instrumentos condiciona a escolha dos fins o que está rigidamente vinculado à quantidade e a qualidade dos meios disponíveis, com a consequência de que a persecução dos meios torna-se o primeiro fim; à consecução desse fim todos os outros fins são subordinados e em seu nome são sacrificados. Na medida em que a técnica se tornasse, como parece ter ocorrido, a condição universal para a produção de bens (meio) para satisfazer necessidades (fim), o alcance de um adequado aparato técnico se

<sup>54</sup> Il pensiero Greco há assegnato Allá cosa: proporsi la produzione-distruzione scientificamente controllata di tutte le cose significa innanzitutto pensare la cosa como ente, ossia como cio può uscire e ritornare nel nulla da parte delle cose. Solo in quanto la cosa è pensata como ente, cioè como essere Nei tempo, è possibile Il domínio técnico delle cose (SEVERINO, 2002, p. 260-261).

torna o primeiro fim para a consecução do fim final que é a satisfação. Se não alcançado, o fim universal é sacrificado.

Por estar em contato com as realidades, a arte ou técnica do direito não pode ultrapassar certa linha imaginária do máximo de erros que seria suportável pela sociedade<sup>55</sup>. Pontes de Miranda acredita que a técnica de criação do direito pode se dar pelos atos jurídicos (MIRANDA, 1972), pois nesse se encontra a prática de ato sugerido diretamente pelo interessado, com consciência do agente, pelo contato do atividade do homem com as realidades mediatas e imediatas da vida. Dessa forma, um procedimento limitado à técnica se torna um procedimento vazio de conteúdo.

A técnica jurídica, assim, deve ser vista como o conjunto dos meios pelos quais os sujeitos de direito são levados a adotar, no sistema que pertencem a atitude jurídica. A obediência a essa regra é a condição fundamental de sua realidade. Todo o aparato técnico age para expressas às normas jurídicas por meio de leis, aplicações jurisprudenciais e doutrinas, cujo fim é a criação do direito. Esse conjunto é o que performa a técnica jurídica. Para o técnico do direito, o direito deve ser eficiente, pois não existe direito fora de sua aplicação. Um direito não aplicado não é um direito. O conjunto que cria a lei é uma investigação artificial da eficiência, uma vez que o direito não é obedecido por adesão natural, mas sim por meio de mecanismo que ajustam o comportamento da regra. Isto posto o direito não existe sem a técnica jurídica, pois o Direito não é adesão, senão um conjunto de mecanismos que artificialmente fazem a lei nascer e ser cumprida, a partir de uma realidade fenomênica posta e juridicamente relevante. A técnica jurídica é, assim, uma questão conectada a obediência.

<sup>55</sup> Intuitivismo e dedutivismo são como ondas que banham os rochedos: fluem e refluem, avançam e recuam, alteiam-se e quebram-se, mas as grandes pedras lá ficam como se dissesse que, a despeito das investidas e das fugidas das vagas, é ali que acaba o mar (MIRANDA, 1972, p. 249-250).

Do mesmo modo, o direito não pode ser considerado como uma técnica efficientista, uma vez que não se assemelha aos outros tipos de técnicas “*Ele permitiu tornar humanamente vivível o maquinis no industrial e usar técnicas novas sem ser destruído por elas*” (SUPIOT, 2007, p. 143); a visão do direito por entre as ferramentas técnicas de homogeneização e distrato do Estado e o sujeito e suas relações, demonstra que para além do efficientismo, as técnicas de que se servem o direito devem *ultrapassar* o sentido técnico e distópico com que se conecta o termo na atualidade. Na medida em que regula e resolve os conflitos sociais, as técnicas do direito atuam com vistas a uma humanização, objetivo que não dispõe as outras técnicas utilizadas pelo Estado burocrático.

O CPC/15 busca eliminar essa ideia na medida que adere ao processo um novo espírito que responde aos anseios sociais contemporâneos. Por previsões como os negócios jurídicos processuais, a ampliação do contraditório e do princípio dispositivo e o apoio a autocomposição e a abertura aos precedentes judiciais, o processo já não mais parece estar concretizado sobre ideias baseados na forma da lei, dando maior abertura ao ser.

O questionamento filosófico do que se entende por justiça provoca incessantemente um debate entre a justiça e a técnica jurídica, impedindo que a justiça seja objetificada pela técnica; o que a técnica se torne o fim da justiça. Por ser esse valor instável e não verificável facilmente, “*la tecnica juridica esta mucho menos estabilizada que las demas, ya que es imposible transformar la nocion de justicia en elementos tecnicos*”. Nesse sentido, como o Estado está separado da Justiça, a técnica jurídica ainda não o adentrou por completo, ou seja, ainda não perfilou toda a sua gênese<sup>56</sup>. A justiça, assim, não

<sup>56</sup> Para Ellul, o Estado é quem dirige as técnicas: Por otra parte, la justicia no esta al servicio del Estado. Se propone incluso juzgar al Estado. Un derecho construido en funcion de la justicia escapa al Estado, no puede ser edificado ni modificado por el; tal situacion no se aceptara sino en la medida en que el Estado no sea todavia suficientemente poderoso ni plenamente consciente de si mismo, y tambien en la medida en que el jurista no sea exclusivamente racionalista y se subordine a los resultados. Entonces la tecnica ocupa un puesto de asistente, modestamente resignado a que los resultados no sean automaticos. Entre la persecucion de la justicia y la tecnica juridica se produce cierto equilibrio que se desarrolla en un periodo de derecho natural.4 La técnica juridica tiene su lugar, por otra parte, nada facil de definir (ELLUL, 2003, p. 295).

está ao serviço do Estado, senão escapa do poder do Estado. Isso é de suma importância, pois aqui no direito a técnica pode ocupar o posto de assistente.

### 3.3 A FACE DE UM NOVO PROCESSO: A REVITALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DO FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES

A revitalização do processo civil requer um Estado e um Direito que reconheçam no sujeito capacidade de autodeterminar-se *“Una modernización con el contenido social de ta que lia sido descrita, requiere a su vez un Estado y um Derecho que faciliten el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual”* (GRANDA, 1993, p. 16), para que as técnicas não sejam o reflexo de um formalismo ineficientista, mas sim, para que exasperem em espaços atribuídos pela forma, a manifestação do sujeito: não para que caminhemos para uma lógica processual que vê na eficiência e na compactação do processo uma lógica perversa utilitarista; mas sim que possibilite que os sujeitos disponham dos seus direitos sem que isso implique alguma forma de alienação do processo no seu sentido público.

O conflito é a base de uma democracia participativa. Os conflitos são os contornos naturais de uma democracia saudável, considerando a pluralidade e a complexidade da sociedade.

Para desenhar esse novo Processo impende que não sejam contrapostas barreiras ideológicas, nem de um publicismo e nem de um privatismo exagerado. O processo cumpre tanto uma função pública com privada, nesse sentido o princípio dispositivo e sua antítese, o inquisitivo, manifestam a orientação filosófico política de um ordenamento processual civil. O principio dispositivo *“Responde a la idea general del proceso civil como instrumento al servicio de intereses individuales, que da origen a una relación de derecho privado cuya disposición pertenece por entero a las partes y cuyo desenvolvimiento formal*

*es supervisado por el estado*<sup>57</sup>. No principio inquisitivo, por outro lado *“La idea dominante es que el proceso es un instrumento de tutela de intereses generales o superiores y por ende, pertenecen al estado la iniciativa para su promoción, desarrollo, aportes probatorios y determinación del contenido de la sentencia”*<sup>58</sup>. Nenhum dos dois foi puramente aplicado nos ordenamentos, de maneira que é corriqueiro ser vista a predominância mista de ambos. A abertura da influência recíproca, na hora de discernir o funcionamento das instituições de cada legislação processual, é aceita pela doutrina, pois traduz a ideia de que o processo compromete o interesse privado e público.

Essas novas tendências que se baseiam em um fim público e social do processo apoiam-se numa amplitude do princípio dispositivo, o qual sustenta as bases democráticas. Essa é uma noção reflexo da necessidade de uma jurisdição satisfatória por sua acessibilidade, sua serenidade e sua eficácia. A justiça qualificada como boa deve ser uma finalidade que sirva o ser das técnicas processuais adequadas, que marca o princípio da eficiência.

[...] la procédure n'est plus l'intendance transparente des prérogatives substantielles des personnes, c'est le socle vanté du système juridique, en reflet d'une société politique qui valorise la reconnaissance de l'autre et son écoute au débat public. L'ordre public qui affecte aujourd'hui le procès civil n'est plus 'l'ordre public politique' mais bien 'l'ordre public économique', la fonction directive de l'ordre public étatique a nettement diminué (BRUS, 2014).

Para a efetivação da solução consensual dos conflitos, conforme sustenta o espírito do CPC/15, necessário ampliar as possibilidades do autorregramento de vontade endo e exoprocessualmente, uma vez que a autocomposição e a

<sup>57</sup> En la era contemporánea tuvo desarrollo sistemático a partir del ideario impulsado por la Revolución Francesa y la Declaración de los derechos del Hombre de 1791 y alcanzó su auge al promediar el siglo XIX cuando el predominio de la doctrina liberal se extendió por Occidente e impregnó la legislación americana (SOLÁ; BARBERIO, 2011, p. 32-33).

<sup>58</sup> El principio antagónico, el Inquisitivo o de Oficialidad, fue receptado en su mayor pureza por la legislación prusiana de las postrimerías del siglo XVIII, iniciada bajo el reinado de Federico el Grande y presidió durante el siglo XX la legislación procesal de estados totalitarios como el de Alemania Nazi y los que conformaron la URSS (SOLÁ; BARBERIO, 2011, p. 32-33).

heterocomposição são fundadas na manifestação de vontades dos litigantes dirigidas ao fim de solucionar o conflito. A consensualização dos regramentos de conflitos manifestam o movimento de contratualização, onde o contrato assume uma função parajurisdicional, uma vez que se torna um complemento ao processo de decisão ou um substituto (MEKKI, 2008).

Dois fenômenos antagônicos devem ser destacados: a processualização do contrato (intervenção estatal na atividade particular) e a maior autonomia das partes na intervenção processual (negócios jurídicos processuais típicos e atípicos). Mesmo que se expressem pela similar forma, marcado pelo suporte fático da autonomia de vontade, o primeiro caso se torna da manifestação do direito material que é processualizada para que seja sobrepesada, e no segundo caso se trata de um contrato marcado por previsões procedimentais – objetivas – que se não trazidas ao processo, sequer gerarão efeitos.

O termo autonomia de vontade é derivado do grego *auto* (eu mesmo) e de *nomos* (a regra). A autonomia de vontade etimologicamente é a propriedade da vontade realizada por sua própria regra, sua própria lei. A contratualização dos modos de reger os litígios dizem respeito aos modos de reger judiciários, como a contratualização do processo; quanto aos modos de regramentos extrajudiciários, como a arbitragem e a mediação. A contratualização da justiça não designa que a contratualização diz respeito ao seio da administração da justiça (no sentido orgânico do termo), mas que quer dizer sobre a contratualização do processo, pois é o processo a maneira ordinária de organizar a justiça (no sentido substancial ou material do termo) (CADIET, 2007).

Quando se fala de formalismo, não se quer criticar a forma, pois conhecer a forma significa conhecer a experiência; o direito é o mundo das formas visíveis e a arte das formas invisíveis (SATTA, 1973). Dito isto, que quando se fala em formalismo, não se entende como uma crítica dirigidas às formas jurídicas; ou a um apoio à aplicação aberta das formas da lei. O formalismo

está onde o direito já não mais existe. Assim, entre o conservadorismo processual e o extremismo do antiformalismo, há de ser encontrado um ponto médio de intersecção. O CPC, ao trazer a ideia de um procedimento com ampliação dialogal e no qual impera o contraditório constitucional, situa-se, de um lado, na postulação de que as formas sejam poucas, simples e rápidas; e de outro que a simplicidade não impeça a discussão das razões das partes. O CPC, assim, deve procurar essa medida. A forma é condição da certeza e da segurança, mas o seu exagero gera uma descrença generalizada na jurisdição.

Para conseguir equilibrar o fechado caráter instrumental e formal do processo civil com a autonomia dos privados, passa-se a considerar que a disciplina do processo passa a abrir uma fonte de regulamentação negocial (CAPONI, 2014), que se expressa tanto pela via atípica como típica, respeitando a Constituição, os princípios processuais e conversando com os demais ordenamentos do processo. O respeito às normas imperativas caberá ao juiz, o qual, fundamentalmente e possibilitando o contraditório, opor-se-á aos contratos pré ou processuais que não respeitarem os limites da lei. A fundamentação necessária e realização do contraditório, fornecerão a segurança às partes para que o princípio dispositivo e o princípio negocial sejam respeitados, assim como o contraditório fornecerá a dialética necessária para que, também em observância da possibilidade de flexibilização das formas, seja balanceado o *ius privatum* e o *ius publicum*.

As significativas mudanças caminham para uma nova forma de argumentação e fundamentação jurídica. Todo o sistema voltar-se-á aos precedentes; de um lado o contraditório é ampliado, e de outro os magistrados passam a ter um dever de fundamentar suas decisões superior ao de outrora. A uniformização dos tribunais procurou afastar-se da objetificação, apostando no precedente judicial como forma de unificação, pois “[...] a moderna função dos tribunais supremos a de ser a de um instrumento voltado para o futuro,

que vise à *unidade do direito*, não à uniformidade da jurisprudência dos respectivos tribunais” (DA SILVA, 2004, p. 258).

O procedimentalismo jurídico arraigado no processo público, que se assemelha ao absolutismo do espírito da época em que vigorava a jurisdição privada do processo, é o resultado da força dos costumes sociais baseados em uma forma de asserção da legitimidade estatal na interferência das ondulações sociais da vida social, cujo antagonismo se manifesta pelas correntes antiformalistas<sup>59</sup>. Ao defenderem o sentido contrário da forma, entretanto, os antiformalistas esquecem da estrutura lógico-estrutural do direito, que em razão dos movimentos históricos e da necessidade de oferecer seguranças ao sujeito que se vê processado frente ao Estado, prima pela forma para que não ultrapasse os limites da própria regra “*De aquí la importancia de encontrar esa via intermedia entre el formalismo y el antiformalismo, de determinar lo principios que debe informar la regulación del procedimiento*” (AROCA, 1976, p. 183-184).

O novo espírito do CPC baseia-se na solução dialogal do conflito, tanto em suas previsões quanto os negócios jurídicos processuais, como o amplo apoio a autocomposição. Essas novas técnicas processuais prometem uma justiça mais rápida e respeito aos direitos do ser que escolhe a não-litigância. Esse movimento é baseado em uma redução do litígio.

A função de um processo democrático é dar espaço para que com o tempo sejam desvelados novos preceitos capazes de fazer nascer prosperidade e paz entre os homens, e que tais conquistas conectem os seres.

<sup>59</sup> El ejemplo clásico de extremismo antiformalista es el de la Revolucion Francesa y su decreto de 3 de brumario del año 2 (24 de octubre de 1793). Este decreto, tantas vees citado de segunda mano, puede verse en DUVERGIER, J. B., *Collectio complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens et avis du Conseil d'Etat*, París, 1825, t. VI, p. 309-11. Su derogación se produjo, primero, por la ley de 27 de ventoso del año 8 (18 de marzo de 1800) en DUVERGIER, Op., cit., t., París, 1826, p. 177, y, después, por la decisión de Iso Cónsules de 18 de fructidor del mismo año (5 de septiembre), en Duvergier (Op., cit., p. 305 *apud* AROCA, 1976, p. 155).

A democracia une os homens sem prender os espíritos rumando-os por movimentos interiores, espontâneo, deles. Isso exige permanente transição, porém transição que constitui amontoamento de ciência, de técnica, de economia de esforços, de multiplicação da produtividade, de tudo que a inteligência faz dominado as forças (MIRANDA, 1979, p. 183).

Ao mesmo tempo, por previsões como os precedentes vinculantes, os quais aderem ao direito um respeito às decisões prolatadas pelos tribunais superiores, o juiz passa a ter de respeitar a ordem hierárquica a que ele está posto. Dessa forma, suas decisões não poderão basear-se na discricionariedade advinda da existência de lacunas, pois o direito processual passa a ter como objetivo criar um corpo de decisões coerentes, para que o jurisdicionado tenha um mínimo de previsibilidade sobre a resolução de seu conflito. Ressalta-se que a utilização dos precedentes judiciais não incidem na objetificação do direito. Advindo do sistema *common law*, os precedentes judiciais tem na sua abertura a possibilidade de reinterpretação do direito a partir da distinção, o que oxigena o direito – e não o objetifica tal como a súmula e a jurisprudência.

A superação de um sistema rígido caminha para a desconcentração da resolução dos conflitos, que se volta a uma atmosfera de direito negociado, fruto de uma nova consciência social, o acordo e também se compatibiliza com a complexidade do direito, a inflação dos textos e dos comportamentos sociais, que já não mais sustentam esperanças somente nas decisões do Estado. A tendência segue as novas regulações por via privada já tão presente no direito econômico, de família, direito de trabalho. Entretanto, o conflito não pode ter na sua resolução apenas baseado em um *acalmar o ato particular do jurisdicionado*, mas deve ser visto como uma transformação em termos *lato*.

Questionar o sistema jurídico no que toca a sua efetividade social incide em um olhar holístico no procedimento processual para que sejam considerados novos protagonistas, afastando-se das premissas clássicas. O respeito pelas formas, pelos prazos e pelos procedimento, independentemente da sua flexibilidade, é consubstancial ao Direito, o qual assumindo a divisão

social, negocia o fim do conflito por uma via que também se pode considerar argumentativa e democrática (MATOS, 2010). A questão é não se calcar em um sistema que busca a *negação* do conflito ou o repúdio a sua existência, mas sim ver a partir dele formas eficazes de resolver os percalços sociais.

Essa lógica é fruto da maneira como o próprio conflito é tratado no âmbito da Jurisdição, pois seu procedimento impede o contato e o possível consenso entre as partes: frente à formalidade, às partes não são conhecidos meios para compor o contencioso e, também, frente ao sobrecarregamento do Poder Judiciário, as audiências de conciliação são postas de lado. Por esse cenário, acontece uma má gestão dos conflitos, que incide em um Direito desatento ao contexto social e uma consequente resposta vazia de realidade por parte do órgão judiciário.

La creencia de que un proceso derrumba lo que el otro construye, de manera que lo que resta al final es el resultado de sustraer uno de otro, está basada en una concepción errónea. Por el contrario, ambos factores, los 'positivos' y los 'negativos' construyen las relaciones de grupo. Tanto el conflicto como la cooperación tienen funciones sociales. Un cierto grado de conflicto está muy lejos de ser necesariamente antifuncional; es un elemento esencial de la formación del grupo y de la persistencia de la vida del grupo (COSER, 1961, p. 34).

Assim, “*aquello che in definitiva conta, non è che ci siano conflitti, ma come questi vengono gestiti*”<sup>60</sup>, da mesma forma que “*el conflicto no es positivo ni negativo en sí mismo, sino que depende de los mecanismos de regulación de los que decidamos hacer uso*” (ALBERT, 2016, p. 1), pois não reside na existência do conflito o problema social, mas sim na forma como ele será gerido pelo Estado, através do Direito. O conflito, nos termos do exposto, fundamenta o direito procesual e dá a ele um sem número de possibilidades de formas de tratamento e de ressemantização e criação do direito. Por isto ser o processo pura hermenêutica.

<sup>60</sup> O que realmente importa não é que existem conflitos, mas a forma como estes são geridos (COSI, 2016, p. 5).

## 4 CONCLUSÃO

O conflito de interesses, que é o motivo que faz nascer e conduz o processo litigioso, perde o caráter de “guerra” e passa a ser visto como uma abertura ao diálogo processual; ou seja, o motivo para a abertura do diálogo, vendo no litígio possibilidade de tratamento alternativo do processo que não da jurisdição clássica. A paz trazida anteriormente pela resolução do conflito é equacionada junto àquela trazida pelas novas formas de o ser atuar na jurisdição, que manifesta a criação de um direito mais fidedigno ao que se espera situação que tem bases em uma nova espécie de eficiência processual, a qual não se limita na eficiência, mas nela enxerga um campo de abertura para fundamentar a flexibilização do processo.

A autocomposição denota uma ampliação da abertura do diálogo e da manifestação subjetiva dos litigantes, expressão da ampliação do princípio dispositivo, transformando-o em um princípio dispositivo amplamente negocial devido ao objeto litigioso negociável pelo processo. O apoio ao meio alternativo de resolução de conflitos perfaz uma forma de desconcentração da justiça; já a ampliação do princípio dispositivo tem nos negócios jurídicos processuais, uma espécie de ato jurídico, sua principal ampliação que lhe dá ressignificação. O reconhecimento de ambas as situações expressa que o processo civil enxerga no diálogo preciosa forma de resolver o litígio e satisfazer o direito material, bem como uma alternativa possível para resolver a morosidade que prejudica a quem se utiliza do poder judiciário.

Os precedentes são uma opção que merece atenção dos operadores do direito, pois a utilização da decisão judicial como norma apresenta um texto que não é fechado em si mesmo ou no fato que substanciou a decisão; o precedente é mais aberto se comparada a outros mecanismos de uniformização e traduz o tempo, a história e a sociedade da época em que a decisão é proferida. Por isto dizer que o sistema de precedentes tem no seu cerne a história jurídica da

sociedade, uma vez que a utilização dos precedentes incide na possibilidade de posteriores alterações deste consubstanciado em alterações políticas, econômicas e sociais; de modo que um precedente não resta parado no tempo, tal como ocorre com a jurisprudência e as súmulas.

O processo tradicionalmente ocupa posto de afirmador do princípio da legalidade, de um procedimento marcado por uma regulamentação inflexível, por isso a importância de se comparar a nova normativa processual, que amplia os horizontes da ciência processual. Essa nova normativa, conforme visto, coaduna com a sociedade atual por possuir técnicas que sobrepõem os protagonistas do processo como instrumento para combater o ineficientismo processual e para regular a jurisdição como espelho mais profícuo de suas emanações subjetivas e vontades, nos limites que a jurisdição e seu novo espírito confirma as normas. A legalidade processual é renovada em um contexto cultural plural e cujas teorias buscam superar a visão do direito como razão fechada.

Supera-se assim a visão de um processo fechado em si mesmo para um processo mais atento à realidade fenomênica. O apoio à autocomposição, o desenvolvimento de processos negociados, a abertura do diálogo propiciado pela ampliação do contraditório entra em dissenso com o ideal clássico da justiça baseado na unilateralidade e o respeito aos precedentes judiciais vinculantes carregados de historicidade, instituem um processo que respeita a figura do jurisdicionado ao conceder-lhe maior previsibilidade e coerência, bem como assiste a ele a possibilidade de uma gestão mais amigável para uma solução alternativa dos conflitos através da ampliação do contraditório balizado pela Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALBERT, S. P. **La transformación de los conflictos desde la filosofía para la paz.** Disponível em: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/5.%20Transformaci%C3%B3n%20conflictos-Sonia%20Paris.pdf>. Acesso em: 16 out. 2016.

AMADO, J. A. G. Filosofia hermenéutica y derecho. *In: Azafea. Revista de Filosofía*, n. 5, 2003.

AROCA, J. M. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. **Revista de Derecho Procesa Ibero Americana**, 1976.

AROCA, J. M. Los principios informadores del proceso civil en el marco de la constitución. **Revista Justicia**, v. 82, n. 4, p. 10, 1982.

BALANDIER, G. **A desordem**: elogio do movimento. São Paulo: Bertrand Brasil, 1997.

BARACHO, J. A. O. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BOBBIO, N. **Liberdade e democracia**. 4. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 2000.

BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000.

BRUS, F. **Le principe dispositif eu le proces civil**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Université de Pau et des Pays de L'adour – Faculté de droit, d'économie et de gestion École doctorale Sciences sociales et humanités. 2014.

BUNGE, M. **Crisis y reconstrucción de la Filosofía**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

CADIET, L. Contractualisation des modes de reglement des litiges. *In:*

CHASSAGNARD-PINETA, S.; HIEZ, D. **Actes du colloque la contractualisation de la production normative**: colloque de clôture du programme de recherche “Le système juridique à l'ère de la contractualisation”, développé au sein du Centre René DEMOGUE de l'Université Lille 2, avec le soutien de la Mission de recherche Droit et justic, 11, 12 et 13 octobre 2007.

CALAMANDREI, P. **Opere Giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968.

CAPONI, R. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIII. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Patrono: José Carlos Barbosa Moreira. Disponível em: [www.redp.com.br](http://www.redp.com.br). Acesso em: 14 out. 2016.

CARRITHERS, M. **Por qué los humanos tenemos culturas**: una aproximación a la antropología y la diversidad social. Madrid: Alianza, 1995.

CASTILLO, N. A. Z. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

CASTORIADIS, C. **El mundo fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008.

CHEVALLIER, J. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CHIOVENDA, G. **Saggi di diritto processuale civile**. Vol. I. Milano: Foro Italiano, 1930.

COSER, L. A. **Las funciones del conflicto social**. México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1961.

COSI, G. **Interessi, diritti, potere**: gestione dei conflitti e mediazione. Disponível em: <http://www.adrmaremma.it/cosi01.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

COSSIO, C. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

COUTURE, E. J. **Estudios de derecho procesal civil**. Buenos Aires: Soc. Anón. Editores, 1979.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DA SILVA, O. B. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ELIAS, N. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ELLUL, J. **La edad de la técnica**. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2003.

ENGELMANN, W. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENTEL, A.; GERZOVICH, D.; LENARDUCCI, V. **Escuela de Frankfurt**. Razón, Arte y Libertad. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

ENTELMANN, R. F. **Conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

FAVELA, J. O. Tendencias actuales en el derecho procesal civil. *In*: FERNÁNDEZ, J. L. S. (Compilador). **Tendencias actuales en el derecho procesal civil**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GADAMER, H. G. **El estado oculto de la salud**. Barcelona: Gedisa, 2008.

GADAMER, H. G. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998.

GALIMBERTI, U. **Psiche e techne**: l'uomo nell'età della tecnica. Milão: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2002.

GIDI, A.; ZANETI, H. Brazilian Civil Procedure in the 'Age of Austerity'? **Eleven international Publishing**, n. 4, p. 245-257, dec. 2015. DOI: 10.5553/ELR.000042.

GOMEZ, E. S. **Filosofía del conflicto**. Disponível em: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/estudiospoliticos/article/view/16209>. Acesso em: 14 out. 2016.

GRAMSCI, A. **Concepção dialética da história**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

GRANDA, F. T. **Postmodernidad y derecho**. Peru: Editorial Themis, 1993.

HAN, B.-C. **Tipología de la Violencia**. Madrid: Herder, 2013.

HEIDEGGER, M. **Filosofía, ciencia y técnica**. Santiago de Chile: Editorial Universitario, 1997.

KAES, R. **Un singular plural**. Madrid: Amorrortu, 2010.

LINDLEY, D. **Incertidumbre**. Barcelona: Ariel, 2007.

LOPEZ, A. M. Diálogo y phrónesis en el pensamiento de H.G. Gadamar: meditación sobre algunas de sus aporías. *In*: CAMPOS, R. A.; ESCOBAR, J. A. R. **Gadamer y las Humanidades**. Volume II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

MATOS, J. I. **Um modelo de juiz para o processo civil actual**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MATURANA, H.; VARELLA, F. **De máquinas y seres vivos**. Santiago del Chile: Editorial Universitaria, 1998.

MEKKI, M. Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat. *In*: CHASSAGNARD-PINETA, S.; HIEZ, D. (orgs.). **Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat**. Lille: Dalloz, 2008.

MERLEAU PONTY, M. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.

MERLEAU-PONTY, M. **O homem e a comunicação: a prosa do mundo**. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1974.

MIAILLE, M. **Introdução crítica ao direito**. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, F. C. P. **Fundamentos actuaes do direito constitucional**. v. I. Rio de Janeiro: Collecção de Cultura Social, 1932.

MIRANDA, P. **Democracia, liberdade, igualdade**. (Os Três Caminhos). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MIRANDA, P. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo III. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

NARDONE, G.; DE SANTIS, G. **Pienso, luego sufro: cuando pensar demasiado hace daño**. Madrid: Paidós, 2012.

PALMER, R. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002.

PELLEJERO, E.; GOLGONA, A. **Fora da filosofia**. Lisboa: FCT, 2010.

PÉREZ LUÑO, A. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PONTES DE MIRANDA, F. C. **Sistema de ciência positiva do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

RADBRUCH, G. **Introducción a la ciencia del derecho**. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1930.

SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**: o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito. 848 p. Tese de Doutorado em Direito pela Unisinos. São Leopoldo, 2018.

SATTA, S. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SAVIGNY, F. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y ciencia del derecho**. Primera Serie. Vol. III. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1947.

SEVERINO, E. **Techne**: le radici della violenza. Milão: Rizzoli, 2002.

SICHES, L. R. **Los temas de la filosofía del derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934.

SILVA, O. A. B. **Jurisdição e execução**: na tradição romano-canônica. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOLÁ, M. G.; BARBERIO, S. Principios generales del proceso civil: diseño clasico y mirada actual. In: PEIRANO, J. W. **Principios Procesales**. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2011. p. 32-33.

SUPIOT, A. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TARUFFO, M. El proceso civil de "civil law": aspectos fundamentales. **Ius et Praxis**, Talca, v. 12, n. 1, p. 69-94, 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 28 out. 2016.

VELLOSO, A. A. **El debido proceso**. Perú: Egacal, 2006.

VINYAMATA, E. **Conflictología**. Curso de Resolución de Conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

ZIMMERMANN, A. C. **Ensaio sobre o movimento humano**: jogo e expressividade. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Florianópolis, 2010.

ZIPPELIUS, R. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.



# DESVELANDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL A PARTIR DE UM ESTUDO SÓCIO-FILOSÓFICO DO DIREITO: UMA LEITURA A PARTIR DA CONFLITOLOGIA E SUA JUSTAPOSIÇÃO CONTEXTUAL E TEXTUAL<sup>1</sup>

## *UNVEILING THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE FROM A SOCIO-PHILOSOPHICAL STUDY OF LAW: A READING FROM CONFLITOLOGY THROUGH CONTEXTUAL AND TEXTUAL JUXTAPOSITION*

### RESUMO

O artigo busca uma nova perspectiva do Processo Civil ao Direito a partir das discussões que o NCPC traz, que fazem repensar a função do Processo Civil ao Direito, principalmente no que toca à construção do Direito por via do Poder Judiciário, partindo-se da necessidade do desvelar de sua textura textual, de um lado, e a contextual, do outro; contexto este dado pelo caso concreto como fenômeno. O estudo transdisciplinar do direito desvela os contextos sociais e com os sentidos contextuais postos em análise, seguido da busca dos sentidos da construção dos textos e a busca por uma missão atual do Processo Civil. Necessário se mostra uma análise da conflitologia, a qual vem a dinamizar a produção do Direito frente aos contextos e os textos, sendo que pelo contexto, este vem a dinamizar as estruturas e, de outro lado, pelo texto, fornece as funcionalidades do Direito. O texto abre espaços para novas interpretações

<sup>1</sup> O ora artigo foi anteriormente publicado em anais de evento intitulado Sociology of Law. O Direito na sociedade tecnológica, Canoas – RS, no ano de 2019, e tem como autores Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Moller e Crithian Magnus de Marco.

hermeneutizáveis de tal atmosfera estática, que produz uma compreensão mais adequada para a formulação de um Direito vivo.

**Palavras-chave:** Processo civil. Complexidades sociais. Conflitologia. Contexto. Transdisciplinariedade.

## **ABSTRACT**

*The search to visualize a new perspective of the Civil Procedure to the law from the discussions that the NCPC brings, that make rethink the function of the Civil Procedure to the law, mainly in what concerns the construction of the law through the Judiciary Power, starting it is necessary to unveil its textual texture, on the one hand, and the contextual, on the other; context given by the concrete case as a phenomenon. The transdisciplinary study of the law reveals the social contexts and contextual senses that are being analyzed, followed by the search for the meanings of the construction of the texts and the search for a current Civil Procedure mission. It is necessary to show an analysis of conflict, which is to dynamize the production of the law in relation to contexts and texts, and through the context, this comes to streamline the structures and, on the other hand, through the text, provides the functionalities of Law. The text opens spaces for new hermeneutizable interpretations of such static atmosphere, which produces a more adequate understanding for the formulation of a living Law.*

*Keywords: Civil procedure. Social complexities. Context. Conflitology. Transdisciplinarity.*

## **1 INTRODUÇÃO**

La complejidad es motor del cambio social, pero también funciona como un reactivo para la teoría jurídica, que necesita desarrollar esquemas conceptuales y métodos de análisis más complejos para ser capaz de explicar las nuevas situaciones (BORDIEU; TEUBNER, 2000, p. 28-29).

A partir do Novo código de Processo Civil reabriu-se relevante discussão associada à importância do Processo Civil ao Direito, pois este, até então,

revelava-se como ferramenta mecanicamente inflexível e matematizável para aplicação do Direito, sendo, também, o Processo “deixado de lado”, ignorando-se os debates processuais e o caso concreto para afirmar-se o Direito a partir de um solipsismo antidemocrático (STRECK, 2010). A insistência da adoção de um modelo ultrapassado do Processo Civil, acabou por ocasionar a perda de confiança da sociedade no Direito e no Processo Civil como fonte democrática e eficiente de resolução dos conflitos sociais.

O Direito Processual no Estado Democrático de Direito, tão mais que um mero instrumento jurídico, passa a permear na vida como fenômeno social sobre o qual influem, necessariamente, as condições sociais, econômicas, políticas e culturais do contexto em que se desenvolve (FAVELA, 2001), convertendo-se em um instrumento metajurídico (BERNAL, 1943) devido a sua potência de servir como via a uma sociedade complexa. Os núcleos constantes de pura incerteza se dimensionam horizontalmente e verticalmente na perspectiva da contemporaneidade, culturalmente, portanto surge um elevado grau de relatividade na Lei, que merece atenção, pois na indeterminação e no insucesso da resposta que o Direito oferta comporta uma atualização e uma (re) adaptação do Direito frente a essa mutação constante, afastando-se de manifestações antidemocráticas reproduzidas pelo Judiciário.

Com a introjeção do Novo Código de Processo Civil no Direito brasileiro, a jurisdição e o processo necessitam estar preparados para receber, acolher e aplicar as previsões instituídas pela nova lei processual (como o grande desafio trazido pelos Precedentes Judiciais), sendo necessário uma interpretação atualizada Ciência do Direito. Dessa forma, para melhor desvelar o atual modelo de Processo Civil, deve ser encontrado o atual sentido do Processo no Direito, sendo necessária uma *releitura* da Ciência Processual Civil. Necessário, assim, uma nova interpretação do Direito frente aos *litígios-conflitos*, que marcam as relações intersubjetivas (GRANFIELD,

1996) e subjetivas, responsáveis por constituírem o nascedouro do Processo e fundamentarem a existência do Direito Processual Civil.

Esse é o cenário que consubstancia e faz germinar a ora discussão dar atualidade ao Processo frente à Epistemologia Jurídica voltada para a Constitucionalização do Direito Processual Civil pela nova lei processual, através do desvelamento do Novo Código de Processo Civil a partir de elementos transdisciplinares, visto que as antigas teorias – principalmente as teorias da *ação* – não lograram em interpretar e reconhecer a importância do Processo à formação/construção do Direito.

A análise fenomênica dos aspectos Sociológicos e Filosóficos possibilitam a união de dois mundos diametralmente opostos: Texto e Contexto, duas realidades que quando justapostas mostram-se harmônicas e fundamentais à Ciência Jurídica. Surge, então, imperiosa necessidade da Leitura e Desleitura do estabelecido, como teoria e a prática, de maneira a (re)significar o Processo na contemporaneidade. Assim, é relevante desvelar o Novo Código de Processo Civil para equilibrar e dotar de atualidade os impactos emergentes que anseiam as sociedades modernas, por meio do qual é possível visualizar rupturas-rompimentos para uma sólida (des)construção e posterior construção do que entende-se importante no que toca a um Direito Processual que atenda ao contexto.

A transdisciplinariedade (LATOIR, 2009) é fundamental para o desenrolar do ora projeto, pois atende ao paradigma da complexidade, pois “o *conocimiento no sólo se desarrolla verticalmente, hacia lo hondo, sino también horizontalmente, en conexión con otras materias-disciplinas*” (VILAR, 1997, p. 4). Relevante será atender às complexidades do mundo em seus alcances, em suas dinâmicas e em suas situações, para que assim se consiga formular um novo pensar jurídico que venha a observar as manifestações fenomênicas complexas da sociedade atual.

## 2 RELAÇÃO ENTRE CONFLITOLOGIA, PROCESSO CIVIL E DIREITO

Para uma nova interpretação do cenário Conflitológico da sociedade contemporânea, necessário discussão sobre as modificações sociais atuais, pois as manifestações plurais alteram o modo pelo qual as relações intersubjetivas são postas – os conflitos possuem sua razão de ser modificadas por aspectos externos e internos – dado que “as peculiaridades constitucionais com que um ser humano vem ao mundo têm uma importância muito diferente para as relações do indivíduo nas diferentes sociedades, bem como nas diferentes épocas históricas de uma mesma sociedade” (ELIAS, 1994, p. 24), que alteram incessantemente a sociedade e exigem novas respostas do Direito (SCHUTZ; LUCKMANN, 2003). As necessidades diametralmente dimensionadas – angústias e desejos humanos – em razão de uma constante dinamização-mutação (GUIDDENS, 2004) da sociedade frente à determinação de incertezas, são cada vez mais profundas: “Há uma clara ligação entre os abismos que se abrem entre indivíduo e sociedade, ora aqui, ora ali, em nossas estruturas de pensamento, e as contradições entre exigências sociais e necessidades individuais que são um traço permanente de nossa vida” (ELIAS, 1994, p. 16).

Estas transformações podem ser visualizadas pelas transformações vividas na Modernidade: “*Ser moderno, decía es [...] formar parte de un universo em que todo lo sólido se desvanece en el aire*” (BERMAN, 1988, p. 364-365); Pós-Modernidade: “*se tiene por ‘postmoderna’ la incredulidad com respecto a los metarrelatos [...] corresponde especialmente la crisis de la filosofía metafísica, y la de la institución universitaria que dependía de ella*” (LYOTARD, 1989, p. 10); Transmodernidade: “Está faltando uma nova estética de vida que nos facilite o reencontro com o sentido da vida. Chamo de transmodernidade os caminhos para esse reencontro” (WARAT, 2004, p. 410); Hipermodernidade: “*caracterizada por el movimiento, la fluidez, la flexibilidad [...] época de un*

*Narciso que se tiene por maduro, responsable, organizado y eficaz, adaptable*” (LIPOVESTKY, 2005, p. 27); Desmodernização: “*separación entre una economía globalizada, cada vez menos controlada por los estados, e identidades privadas o comunitarias que se cierran sobre sí mismas*” (TOURRAINE, 1996, p. 21); o Fim da Modernidade “*Nietzsche y Heidegger [...] echaron las bases para construir una imagen de la existencia en estas nuevas condiciones de no historicidad o, mejor aún, de posthistoricidad*” (VATTIMO, 1985, p. 13), e pela ideia de uma “*sequer a Inexistência de uma Modernidade*” (LATOURE, 2009, p. 17).

Nesse contexto, a conflitológica tem espaço de estudo no tocante às disciplinas da sociologia e da filosofia, pois ambas constroem um novo arquétipo para a construção de um Direito Complexo, refletido ao plexo formativo do Direito Processual. Influências contextuais permeiam a mecanização literal do texto, devendo assim desvelá-lo para adequar ao ritmo de vida do indivíduo e da sociedade. Na sociedade é o desentendimento que une os cidadãos, pois é o desentendimento que, ao mesmo tempo, cria canais de diálogo e propiciam as transformações. Nesse sentido, o exponencial aumento de litígios de interesse públicos para mudança social tem aumentado frente a complexidade social, pois se busca nos tribunais a solução de conflitos que fogem de fenômenos já juridicizados.

### 3 CONFLITOLÓGIA COMO CERNE DO DIREITO: POR UM DIREITO VIVO

El conflicto es, evidentemente, inevitable. Ninguna cultura jamás ha alcanzado la utópica armonía necesaria para superarlo. Para sobrevivir, cada cultura requiere de un medio aceptable para resolver conflictos y prevenir la venganza de los vencidos (CHASE, 2011, p. 11).

A vida dinamiza-se ritmada por aspectos *pulsionais e impulsionais* – revelados como elementos vitais da natureza humana: vê-se assim o movimento entre os sujeitos e a linguagem como formas de expressão

intersubjetiva e desta confluência resultam os conflitos quando das relações. Por esta razão o Estado é introjetado socialmente por meio do Direito, tendo em vista a necessidade de resolver os conflitos, funcionando como pressuposto justificador da existência do Direito.

En la filosofía griega se dedicó gran parte del pensamiento al estudio de la naturaleza humana debido, entre otras cosas, a que existía la tendencia a concebir al ser humano como el centro de la creación, capaz de actuar racional y éticamente por naturaleza. [...] Y no sólo hay en él perpetuo cambio; sino también perpetuo conflicto. El carácter permanente que Heráclito otorga al conflicto es el que nos lleva a interpretarlo en su pensamiento como un aspecto inherente de las relaciones sociales y de la naturaleza humana, pues él mismo es quien señala al choque de los opuestos como la verdadera condición de la vida, siendo este contraste, este choque de opuestos y, con ello, decimos, evidentemente, el conflicto la única armonía posible (PARÍS; JAUME, 2013, p. 112-115).

A violência, nesse sentido, produz-se frente a não supressão de necessidades humanas – que alteradas dependendo da ótica social na qual está o cidadão inserido -, as quais tendem a ser amenizadas pela produção de *bens* (RIBEIRO, 2010) – visando suprir às necessidades humanas, fazendo assim emergir o Direito como meio constritor de violências e produtor de paz no âmbito social. Na medida em que não supridas as vontades humanas, geram-se reações violentas que podem impactar no outro, impactando também a sociedade como um todo (VINYAMATA CAMP, 2014). Vinyamata Camp (2014, p. 33-36) na constância, ao discorrer que os conflitos estão presentes em todas as manifestações da vida, apresenta-o como um fenômeno universal: “*un fenómeno que podríamos decir se manifiesta en el primer y último acto de la vida, en el momento del nacimiento y en el de la muerte*”. Coser (1961) ressalta:

Los grupos requieren de la desarmonía lo mismo que de la armonía, de la disocia los conflictos que ocurran en su interior no son, en modo alguno, sólo factores destructivos. [...] ambos factores, los ‘positivos’ y los ‘negativos’ construyen las relaciones de grupo. Tanto el conflicto como la cooperación tienen funciones sociales. Un cierto grado de conflicto está muy lejos de ser necesariamente antifuncional; es un elemento esencial de

la formación del grupo y de la persistencia de la vida del grupo (COSER, 1961, p. 34).

Da análise da violência, Han (2013) mostra que não houve o seu declínio a partir da introjeção do Estado, mas sim que o homem matizou novas formas da violência se manifestar em face de si mesmo e do outro. Na modernidade, por exemplo, a violência deixa de ser interna e passa a ser externa:

Los griegos denominaban a la tortura ‘νάγκαι’. ‘ναγκαῖος’ significa ‘necesario’ o ‘indispensable’. La tortura se entendía y se aceptaba como un destino o una ley natural (νάγκη). Nos encontramos ante una sociedad que sanciona la violencia física como medio para un fin. [...] En la Modernidad, la violencia toma una forma psíquica, psicológica, interior. Adopta formas de interioridad psíquica. Las energías destructivas no son objeto de una descarga afectiva inmediata, sino que se elaboran psíquicamente. [...] Antes de la Modernidad, la violencia era omnipresente y, sobre todo, cotidiana y visible. Constituye un componente esencial de la práctica y la comunicación social. [...] En la Modernidad, no solo la violencia directa se retira del escenario político, sino que va perdiendo legitimidad en casi todos los ámbitos sociales. A su vez, se queda sin un espacio de exhibición. Las ejecuciones se desarrollan en lugares a los que no tiene acceso la comunidad pública. La pena de muerte deja de ser un espectáculo. El campo de concentración también es una expresión de esta transformación topológica. No es un escenario de la violencia letal, pues no se encuentra en el centro, sino a las afueras de la ciudad. [...] En la Modernidad, la interiorización física es uno de los desplazamientos topológicos fundamentales de la violencia. Esta toma la forma de un conflicto interior. Las tensiones destructivas se disputan internamente en vez de descargarse hacia afuera. El combate ya no se libra fuera del yo, sino en su interior. La cultura domina la peligrosa inclinación agresiva del individuo, debilitando a este, desarmándolo y haciéndolo vigilar por una instancia alojada en su interior, como una guarnición militar en la ciudad conquistada (HAN, 2013, p. 14-29).

Sendo o motim criador e reformulador do Direito, o conflito não deve ser levado à perspectiva de “problema social a ser sanado” – o conflito é *resposta natural* que advém do contato intersubjetivo (RAMÍREZ, 2006). Dessa maneira:

[...] o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Tem suas funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e

o desenvolvimento individual. O importante não é aprender a evita-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça a composição construtiva (CALMON, 2007, p. 25).

Assim delineado, as bases do estudo do conflito devem ser postas a partir da análise do *sentido negativo* e o do *sentido positivo* do conflito. Em um sentido positivo, a relação entre conflito, complexidade e natureza humana se enraíza em uma visão dos conflitos a partir da possibilidade de transformação dos conflitos pelo Direito (PARÍS; JAUME, 2013). Em um sentido negativo, observa-se no conflito apenas a deflagração da violência, sendo o conflito visto de maneira redutora e negativa, e não como expressão do que é humano.

Importa ao Direito ser visto como experiência concreta, expressando assim uma nova visão do Processo Civil. Conforme visto, o conflito é inerente ao homem, e suas expressões mudam com o tempo, o que exige que o direito observe o contexto junto ao seu texto, a fim de matizar as novas formas de complexidades sociais. O Direito encontra como predicado de sua própria existência o de efetuar-se sempre e em todo o momento na vida social por meio do Processo, como instituição-eixo do sistema jurídico constitucional-democrático (LEAL, 2002).

#### **4 TEXTO E CONTEXTO: PROCESSO CIVIL E SUA IMPORTÂNCIA MATIZADORA DO DIREITO**

Busca-se a superação de um Direito marcado pelo Fenômeno Saturado, pois a atmosfera de um Direito artificial criado junto ao direito subjetivo incide na proeminência do *texto* – esses textos preexistem ao fenômeno factível que se encontra por diversas vezes descontextualizado e assim os conflitos vistos como fenômenos produtores de violência – o qual pode no contexto produzir melhores e mais adequadas respostas aos enfrentamentos jurídicos.

Detém-se para tal a análise dos conflitos pela hermenêutica fenomenológica, voltada ao desvelar factível dos acontecimentos, podendo assim, nossa proposta de nossa ciência transdisciplinar alcançar efeitos positivos aos litígios. Por esta análise, possível se faz contextualizar o indivíduo frente ao estado contemporâneo de desenrolar do atrito do eu face ao outro – assim como as angústias hodiernas causadas pelas necessidades humanas – para que, nesse ponto, sejam analisadas as razões que fazem nascer o conflito e que levam ao aumento exponencial dos litígios jurídicos.

É imprescindível pensar Direito e Sociedade e maneira indissociável, pois um Direito em cujas formas há atenção a uma preocupação com o contexto social. Esse Direito atento à angústia e ao desejo dimensionado pelo contexto conflitológico, fruto da relação do Eu em face do Outro é flexível, evoluindo e redimensionando-se com o fluir do tempo, no sentido de amoldar-se às relações e para amenizar – nunca negando ou buscando anular – o impacto dos atritos causados pelos conflitos, para resolver o conflito segundo a resposta que atenda ao contexto no qual se forma essa relação conflituosa posta em causa, e cuja desatenção do Direito desgasta as relações intersubjetivas e põe em dúvida a gênese do Direito.

E assim, o Direito Processual Civil hodierno pensado no Contemporâneo serve de base para uma discussão dialética da relação intersubjetiva existente frente ao objeto do processo, tendo as partes papel de atores ativos no tocante ao debate processual. Resta claro que o Direito deve ser contextualizando junto aos estudos Sociológicos e Filosóficos, para que se adeque à profusão da conflitologia, voltando-se a um direito flexível (CARBONNIER, 2001), que atenda à necessidade de um repensar do processo civil e uma nova visão do processo frente às postulações sociais e jurisdicionais de um Direito que supera o rigorismo procedimental e a inflexibilidade da letra da legislação: nasce o Novo Código de Processo Civil, fruto da busca de um Direito Processual que atenda o contexto social.

Os fenômenos conflituais na atualidade estão muito distantes dos textos legais. Esses contextos produzem direito vivo, servem de paradigmas para outros casos-problemas, e apresentam-se como vias ou horizontes projetados em um sem número de possibilidades; certeza produzida com a Ciência constituída por paradigmas científicos rígidos se encontra com problemas e rupturas trazidos pelos contextos, pois estes geram incertezas, esse problema evidente no tocante ao Estado-Legislador e a lei por eles produzida não alcançam a existência, de modo que resta ao Processo um caráter contradogmático e antiformal, para que venha a resolver esses casos-problemas. Os fenômenos se dão via contextual e trazem ao direito e a politização da existência novas questões que tornam a sua a decisão uma decisão voltada a compreensão hermenêutica, abandonando a decisão como aplicação lógico-dedutiva do direito ou como fruto do solipsismo judicial.

## 5 TRANSDISCIPLINARIEDADE PARA SE PENSAR O DIREITO E O PROCESSO CIVIL

O mote a investigação plural da Sociologia do Jurídica são as relações do homem, expressão natural do viver em sociedade e, conseqüentemente, alicerce do Direito (CALMON DE PASSOS, 2012). Nesse sentido, a Filosofia Jurídica é necessária para refletir a efervescência da natureza humana e a forma como ela se manifesta intersubjetiva e subjetivamente, fazendo nascer uma espontânea reflexão científica do que é social, necessária ao Direito para a devida efetivação e proteção dos Direitos:

Los teóricos de conflicto afirman que para entender plenamente la sociedad se deben analizar los procesos de conflicto, desorden, desacuerdos y de hostilidad entre los diversos grupos sociales. Los sociólogos deben examinar las fuentes de tensión entre las personas y grupos; las técnicas utilizadas para el control del conflicto y las maneras por medio de las cuales las personas con poder político, económico y social mantienen o aumentan

su influencia sobre los sectores subalternos (MALDONADO; VELÁSQUEZ, 2008, p. 198).

Um estudo transdisciplinar do Direito tem na conflitolgia o cerne de conexão entre Direito e Processo, assim como coaduna com as previsões do Novo Código de Processo Civil. Segundo discorre Warat (1955), a democracia é uma prática política de produção de sentido, pois a nível de imaginário social, a democracia não possui o seu sentido definido. Uma determinada forma de sociedade, nesse sentido, é democrática na medida que existe nela um número significativo de espaços onde possam respirar os desejos desclassificados pelos sistemas simbólicos sancionados; onde possam realizar-se um número indefinido de operações tendentes à libertação e transformação da linguagem, que fundamenta a heteronomia simbólica. A natureza conflitiva humana (HAN, 2014) exaspera esse núcleo sempre em constante movimento do social. Por isso se afirmar que o processo é o local de redimensionalização do direito.

É na busca deste resgate existencial que deve o direito atuar. As relações de poder desenvolvidas na sociedade expressadas pela partilha do sensível, pela divisão de são ignoradas, não encontrando uma forma de canalização política. Isso também no que toca à complexidade e a velocidade pelo qual são criados novos problemas e realidades. O judiciário é assim chamado para atuar, judicializando os conflitos e dando voz aos *sem parcela*. As expressões não abarcadas pelo sistema jurídico, através da juridicização acabam por se expressar pela *judicialização do direito*, onde o direito acaba por catalisar as expressões do social que, em uma pós-democracia (ou democracia consensual) o Estado ignora. O consenso social surge como um regime determinado do sensível, da existência, porém, ignora que a existência é dinâmica. O consenso vê somente um modo particular de visibilidade do direito como *arkhé* da comunidade. Antes de resolver os problemas dos parceiros sociais tornados sensatos é preciso considerar que a estrutura específica da comunidade não é posta de maneira estática.

Os fenômenos conflituais trazidos a discussão no Judiciário precisam ser vistos por uma ótica transdisciplinar, em suas bases sociológicas, antropológicas e filosóficas, servindo tais estudos como elemento fulcral para a compreensão hermenêutico-fenomenológica do fenômeno como direito e o Processo passa a absorver a complexidade social de forma que possibilita a adaptação existencial.

## 6 PROCESSO CIVIL E DEBATE: ELEMENTOS BASE PARA O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO

As garantias processuais rearticulam os institutos processuais, com especial atenção ao objeto do processo, que passa a ser dividido em objeto do processo e objeto do debate processual, pois reconhece-se à *discussão/debate processual* um elemento fundamental para a Democracia. Nesse sentido, com o norte Constitucional, a ação processual, exercício da pretensão à tutela jurídica, é reconhecida como um direito fundamental (RIBEIRO, 2004). O Processo permite ajustar o conflito ao contexto, permeada pelas garantias constitucionais: este se trata do elemento fundamental para a abertura da tessitura do texto ao contexto (BENABENTOS, 2005) pela participação dos cidadãos na formação das decisões, mais sensíveis ao reflexo do contexto social.

A pretensão processual, sob égide da Constituição, torna-se profícuo espaço para debate, redimensionalização e criação do Direito, pois trazem à discussão processual o conflito, uma vez que a Democracia pressupõe o conflito como motor de progresso social “[...] a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais” (SILVA, 2004, p. 303-305). Processo Civil Constitucionalizado busca a compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos de problemas envolvendo a própria concepção do Processo e da jurisdição, mas, também, das litigiosidades e da leitura dos direitos

fundamentais. Isto desvela que a decisão judicial não pode ser considerada somente um *autêntico relato de um conflito individualizado*, ou seja, por uma visão meramente *reativa* do processo, mas sim deve ser vista por seu caráter estrutural, uma maneira de observar a decisão para além dos caprichosos interesses particulares enfrentados, por onde sobrepõe-se a ameaça de interesses comuns e públicos, superior ao conflito entre as partes (PUGA, 2013).

O Processo Civil atual, devido à carga política e estrutural, realiza tanto a resolução de conflitos como a implementação de políticas (DAMASKA, 1986), tendo de ser visto como a oportunidade política e jurídica, ademais – para com a convergência e conciliação daqueles que são interessados frente à lide que se comporá e a sociedade, que recebe os efeitos das decisões na construção de um sistema jurídico justo.

## 7 CONCLUSÃO

A presente proposta busca reunir transdisciplinariamente o direito com ciências que possibilitam uma melhor compreensão sobre o processo civil na atualidade, a fim de que desta união seja possível ao direito melhor absorver e compreender as relações intersubjetivas vividas nessa panaceia contemporânea. A nova lei processual, nesta análise, surge como dogmática que traz reflexão sobre as perspectivas do Processo Civil, uma vez que a constitucionalização dos dispositivos processuais faz com que se repense o papel do processo civil ao direito.

As novas conjecturas sociais demonstram que a sociedade tornou-se complexa e plural (Estado Contemporâneo), superando o que era visto como mecânico e racional (relação sujeito/objeto) nos moldes do apresentado pela Ciência Jurídica de outrora (Estado Moderno). O Processo deve ser um ouvir e o escutar, reflexo do exercício necessário para que exista a dialética construtora consistente no jogo de perguntas e respostas, pois esta é capaz de desvelar

os conflitos e legitimizar a atuação da jurisdição, em especial pela necessária filosofia prática (em substituição à filosofia da consciência) exercitada pela democracia participativa horizontalizada no debate fruto desse novo jogo processual, realizado conjuntamente com a leitura constitucional, procedimento que (quicá) possibilitará o resgate existencial e humano do ser (relação sujeito/sujeito), o qual foi construído metafisicamente como ente em um Estado de Direito forjado sob as concepções da modernidade.

É na abstrata conduta do outro que são gerados os conflitos, assim, negar o caráter de *conflitualidade* é também negar a subjetividade inerente ao ser e, conseqüentemente, dar-lhe caráter de massa (povo ícone/legitimador) no espaço político, inviabilizando a democracia participativa e a discussão incessante sobre as novas complexidades geradas pela sociedade. A proposta interpretativa contextual e textual preocupa-se com as complexidades de mundo hoje existentes e enxerga no direito possibilidades de uma produção jurídica acompanhadora e redutora de inseguranças causadas neste cenário complexo, evidenciando sempre os elementos Constitucionais para uma interpretação do direito humana e ética. Esta proposta é calcada em elementos contextuais que denotam os conflitos de uma sociedade complexa. O Poder Judiciário, através do Processo Civil, acaba sendo o órgão estatal mais relevante para com a absorção dos fenômenos conflituais, pois interpreta os contextos e os juridiciza, assim como possibilita outras formas de resolução dos fenômenos conflituais.

## REFERÊNCIAS

BENABENTOS, O. A. **Teoría general del proceso**. Tomo 1. 1. ed. Rosario: Juris, 2005.

BERMAN, M. **Todo lo solido se desvanece en el aire**: la experiencia de la modernidad. Madrid: Siglo Veintiuno, 1988.

BERNAL, A. M. **La misión del proceso en el sistema del derecho**. Murcia: Universidad de Murcia, 1943.

BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

CALMON, P. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARBONNIER, J. **Flexible droit**: pour une sociologie du droit sans rigueur. 10. ed. Paris: EJA, 2001.

CHASE, O. G. **Derecho, cultura y ritual**. Tradução de Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons, 2011.

COSER, L. A. **Las funciones del conflicto social**. México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1961.

DAMASKA, M. R. **Las caras de la justicia y el poder del estado**. Análisis comparado del Proceso Legal. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

ELIAS, N. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

FAVELA, J. O. Tendencias actuales en el derecho procesal civil. *In*: FERNÁNDEZ, J. L. S. (Compilador). **Tendencias actuales en el derecho procesal civil**. 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GRANFIELD, D. **La experiência interna del derecho**: una experiencia de la intersubjetividad. México: Editora Iteso, 1996.

GIDDENS, A. **Sociologia**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

HAN, B.-C. **Psicopolítica neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Barcelona: Herder Edotorial, 2014.

HAN, B.-C. **Tipología de la violencia**. Madri: Herder, 2013.

LATOUR, B. **Jamais fomos modernos**. São Paulo: Editora 34, 2009.

LEAL, R. P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

LIPOVETSKY, G. **A era do vazio**. Barueri: Manole, 2005.

LYOTARD, J. F. **A condição pós-moderna**. Lisboa: Gradiva, 1989.

MALDONADO, A. M.; VELÁSQUEZ, G. G. La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea. **Espacios Públicos**, v. 11, n. 21, p. 196-221, feb. 2008. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67602111>. Acesso em: 15 out. 2017.

PARÍS, S.; JAUME, A. Naturaleza humana y conflicto: un estudio desde la filosofía para la paz. **Revista de Filosofía EIKA**, julio 2013.

PASSOS, J. J. C. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador, Juspodivm, 2012.

PUGA, M. **Litigio estructural**. 329 p. Tesis Doctoral. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

RAMÍREZ, F. A. M. **Tratamiento de los conflictos**. Sercoldes: Bogotá, 2006.

RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, D. G. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

SCHUTZ, A.; LUCKMANN, T. **Las estructuras del mundo de la vida**. Buenos Aires: Editora Amorrortu, 2003.

SILVA, O. B. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TOURAINE, A. **O que é democracia?** Petrópolis: Ed. Vozes, 1996.

VATTIMO, G. **EL fin de la modernidade**. Nihilismo y hermenêutica en la cultura posmoderna. Barcelona: Gedisa, 1985.

VILAR, S. **La nueva racionalidad**. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

VINYAMATA CAMP, E. **Conflictología**: curso de resolución de conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

WARAT, L. A. **Territórios desconhecidos**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

# UMA REFLEXÃO SOBRE A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS A PARTIR DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015<sup>1</sup>

## RESUMO

O conflito é o existir a partir das relações intersubjetivas. A Lei 13.105/15 aderiu ao Brasil um novo Código de Processo Civil e junto com ele trouxe a epistemologia da constitucionalização do direito, que deságua no processo e inunda as rupturas até então formadas pelas valas causadas por um direito processual marcado pela inflexibilidade, o qual tem o desafio de redesenhar o judiciário. Por este novo cenário processual necessário teorizar brevemente sobre a relação existente entre conflito e sociedade e sobre as novas tendências dos institutos processuais, pois o processo matizado por princípios processuais tangenciados pela Constituição realoca o cidadão no centro do que se chama “fenômeno conflitológico de interesses”, sendo que neste reconhece-se ferramenta democrática, amenizador da relação do ser frente ao Estado, dando maior espaço para atuação dos litigantes quando postos ao debate processual. Necessário a defesa da existência de uma dialética dialogal para que a atuação da jurisdição no processo seja legítima e haja espaço para a construção do objeto processual, cenário que representa a democracia participativa e os anseios de um processo constitucionalizado.

**Palavras-chave:** Conflito. Novo Código de Processo Civil.

## RESUMEN

*El conflicto es o existe partir de las relaciones intersubjetivas. La Ley 13.105 / 15 se unió al Brasil un nuevo Código de Procedimiento Civil y con ella trajo la epistemología de la constitucionalización del derecho, que desemboca en el*

<sup>1</sup> O artigo foi publicado na Revista Jurídica FADEP Digital, v. 1, no ano de 2017, e também foi publicado junto a Revista Eletrônica Artigos Jurídicos e Direito em Debate (REA)DD, no ano de 2017, e conta como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

*proceso y llena las pausas hasta entonces formado por los agujeros causadas por una ley de procedimiento marcado por la falta de flexibilidad, lo cual tiene el reto de rediseñar el sistema judicial. Para esta nueva etapa procesal necesario teorizar brevemente acerca de la relación entre lo conflicto y la sociedad y sobre las nuevas tendencias de los institutos de procedimiento debido a que el proceso matizado por principios procesales tangenciados por la Constitución traslada al ciudadano en el corazón de lo que se llama “fenómeno conflitológico de interés”, y en este se reconoce herramienta democrática, mitigador de la relación de la parte delantera del Estado, dando más espacio para las actividades de los litigantes cuando lo llevaron al debate procesal. Necesario defender la existencia de una dialéctica dialógica para el ejercicio de la jurisdicción en el proceso ser legítimo y para qué hay espacio para la construcción del objeto procesal, escenario que representa la democracia participativa y aspiraciones de un proceso constitucionalizado.*

**Palabras-clave:** *Nuevo Código de Procedimiento Civil. Conflicto.*

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – O fenômeno conflitológico de interesses pela visão clássica: a superação dos antigos paradigmas; 2.1 – A pluralização das relações intersubjetivas e os novos contornos culturais: as bases de uma sociedade eficientista; 3 – O fenômeno conflitológico de interesses e o CPC/15: uma análise inicial; 4 – Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

In ciò nulla di nuovo. L'uomo, infatti, non ha mai abitato il mondo, ma sempre e solo l'interpretazione che le varie epoche hanno dato del mondo. [...] Se così non fosse stato, non potremmo parlare di storia e di successione di epoche (GALIMBERTI, 2002, p. 342).

O Processo Civil exprime *um dos* pontos de integração do *ser* com o Estado<sup>2</sup>, que não se dá de forma mecanicamente posta pelo *poder*, mas sim

<sup>2</sup> Salienta-se que num cenário no qual é preponderante a jurisdicionalização da vida, o Judiciário assume uma posição que até então não havia ocupado no Brasil. Os números de processo nos tribunais não desmentem essa realidade. Não se concorda com esse cenário, posto que conflitos de caráter político devem ser desenvolvidos no seio da Política, e não pelo Judiciário. A tese será desenvolvida no desenrolar do ora artigo. Por isso o destaque para o termo “um dos”. Ao abraçar atividade eminentemente política, o direito passa a ser a voz da virtude razoável dos indivíduos e dos grupos, a arkhé, e o demos torna-se cada vez mais ausente – a política efetuada pelo povo

sedimentado por uma exigência jurídica baseada na ética através do efetivo balanceio da solidariedade social com a ordem jurídica, expressadas pela normativa, através de um processo que legitima a atuação da Jurisdição. A legitimação democrática do processo ocorre por via da interferência positiva e funcional para com a resolução desses fenômenos mundanos, ordenando os fatos da vida e juridicizando-os pela aplicação prática da Constituição e dos respectivos princípios processuais que garantem a concretização dos direitos fundamentais. Pode-se dizer, a partir dessa máxima, que o processo constitucionalizado é a marca da inversão entre os termos Jurisdição e Processo: antes da Constituição, havia o predomínio da jurisdição sobre o processo e, em um cenário constitucional, o processo é tido como o legitimador da atuação jurisdicional.

Entretanto, em que pese a nova epistemologia apregoada ao processo e a normativa do Novo Código de Processo Civil, o qual reafirma o predomínio constitucional, o Processo ainda muito carrega consigo o cenário *mítico do instrumentalismo*, responsável pela perpetuação de um tratamento *metafísico* dos fenômenos conflitológicos de interesse. No presente trabalho, expor-se-á que a perpetuação desse cenário tem correlação com o *mito* social proveniente na antiga crença de uma *sociedade consensual*, não possui mais espaço no Estado pós-moderno (que busca se afastar das metafísicas tidas pela modernidade, como bem aponta Warat), pois mais do que nunca a sociedade necessita de um novo senso Ético, que somente poderá ser alcançado segundo uma reestruturação do imaginário a partir de uma participação mais efetiva do ser junto ao Estado.

Posta essa máxima, a racionalização do conflito processual – jurisprudência e súmula (e agora precedentes?) – e o formalismo procedimental – marcado pela mecanicidade e inflexibilidade do procedimento – são os desafios do processo atual, pois o processo em um Estado posto em uma

---

ausenta-se frente à economia da regra jurídica e o distanciamento com a Democracia.

efetiva Democracia Participativa chama o ser para a deliberação e a construção dialética do objeto processual. Reconhecido que em uma sociedade calcada na eficiência, na efemeridade, e na liquidez das relações, onde o tempo e o ser não se correlacionam, importa que o conflito processual, ou melhor, o *fenômeno conflitológico de interesses*, centro e fim do processo, receba um tratamento que o reconheça em suas excentricidades<sup>3</sup> – e não na cisão fato e direito.

É de comum acordo que a natureza do homem tende a uma ordem social com o fim de se alcançar uma boa convivência. O Direito, através do processo, possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa<sup>4</sup>, de modo que o fenômeno conflitológico de interesses deve ser visto a partir de uma base social que *aceita e resolve* o conflito não como um *poder*, mas de um modo *construtivo*. Essa decantação do fenômeno conflitológico de interesses cria uma esfera democrática superior àquela mitologizada e perpetuadora de um controle exercido pelo *poder*<sup>5</sup>. A ordem de integração deve conscientizar o ser de sua atuação. Dado que o centro do pensamento discursivo é expresso por um submetimento da realidade a um mecanismo de defesa baseado na exclusão e no domínio expressada pela razão instrumental (WELLMER, 1993), a ciência natural do homem que tem seu fim na objetivação e sistematização, encontra sua expressão nos processos

<sup>3</sup> A *narrativa do direito*, como bem aponta Ost em “Contar a Lei” distancia-se do direito racionalmente interpretado. Ao invés de um direito narrado, o direito perpetuado ainda é extremamente analítico, de inspiração estado-legalista e de método positivistas. De outro lado, a teoria de um direito contado assemelha-se com a coerência narrativa do raciocínio, dando importância à interpretação dos textos e à natureza argumentativa das discussões jurídicas. Ao situar o direito junto às narrativas literárias, Ost demonstra com proeza as diferentes interpretações do juiz, das partes e da instituição jurídica no correr da história – e suas facetas e mitos (OST, 2005, p. 40-45).

<sup>4</sup> Quando existe uma sociedade complexa, tem-se que os bens sociais são heterogêneos, e não resultam da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. Essas ondulações permitem que o *bem social* não fique nas mãos de nenhum poder de dominação.

<sup>5</sup> Estes fenômenos, quando invisíveis, merecem especial atenção, pois estão consagrados junto ao imaginário social e dificultam a apreensão e interpretação do evento. Em um campo social em que o poder está presente em todas as partes a partir dos olhos, importa saber descobri-lo naqueles locais onde se deixa ver menos, onde é ignorado.

de racionalização vazia de uma sociedade moderna e que são trazidos para a sociedade pós-moderna, por via da burocracia, do direito formalístico, de instituições formalizadas na sociedade e nas economias modernas, que expressam as bases de uma sociedade de *rendimento*<sup>6</sup>.

A máxima do Direito é dar caráter de equilíbrio às relações intersubjetivas<sup>7</sup> que ora se encontram e ora se chocam e que, para além de evitar o eco social negativo destas no seio social<sup>8</sup>, busca também, a partir do Estado Democrático, garantir a participação do ser a nível institucional. O direito nasce da conduta humana pela interferência da transcendência da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão da coexistência social que é exasperada pelo fenómeno social; o qual incide na formação da experiência<sup>9</sup> histórica do ser por via de instrumentos culturais<sup>10</sup>. O direito é social e em um sentido mais profundo e apresenta-se pela linguagem, pela ciência, pela arte, pelas crenças. Os eventos mundanos têm, portanto, assédio em muitas ciências, e por isso mesmo que os fenómenos económicos, morais, políticos e jurídicos se interpolam, conglobando-se e variavelmente fluem, é que podemos atribuir ao aferro ao amor da independência causal, vulgares nas dissertações eruditas de antanho, o muito que tocou ao direito na metafísica desordenada de outros tempos. Toda essa realidade forma termos intencionais da consciência<sup>11</sup>, refletida para com a descoberta do ser, caindo-se em conta de que há uma

<sup>6</sup> A sociedade disciplinária Foucaultiana já não mais representa a sociedade atual; em seu lugar, foi estabelecido outra completamente diferente, uma sociedade de rendimento. Foucault não mais consegue explicar as mudanças psíquicas e sociais a partir de sua análise do poder, uma vez que a sociedade negativa da transição progressivamente para uma sociedade em que “tudo pode”. O inconsciente coletivo, os arquetipos e o imaginário social expressam o afã de maximizar a produção. O excesso de trabalho e rendimento o agoniza e se converte em auto exploração. As enfermidades psíquicas da sociedade de rendimento não desmentem essa realidade.

<sup>7</sup> Ver: Kaes (2010, p. 26) e Cossio (1954, p. 80).

<sup>8</sup> Ver: Entelmann (2002, p. 176).

<sup>9</sup> Ver: Palmer (2002, p. 355).

<sup>10</sup> *Se constata entonces que detrás del concepto de intersubjetividad se encuentra inequívocamente el de subjetividad. Es más: se puede decir que el concepto de intersubjetividad resulta únicamente comprensible en la medida en que tratamos previamente el concepto de subjetividad y de sujeto y el papel que desempeña en la filosofía fenomenológica* (GADAMER, 1998, p. 12).

<sup>11</sup> Ver: Cossio (1954, p. 80-81) e Miranda (1970, p. 5-6).

estranha e sutil claridade de objetos que nossa consciência encontra fora de si (SICHES, 1934), pois “*Convivir sólo es posible porque compartimos un mundo y compartimos un mundo porque lo hemos construído dialogicamente*” (LOPEZ, 2007, p. 60-61). Dessa maneira, inviável falar-se em Direito ou em Política sem a referência ao pressuposto social que fundamenta a voz e a existência dessas instituições e que são colmatados em todos os níveis pelo fenômeno conflitológico de interesses, o social exasperado no seu existir.

O homem não é *sempre* racional<sup>12,13</sup>, de modo que também busca as denominadas *satisfações simbólicas*<sup>14</sup>, pois adere às “significações imaginárias<sup>15</sup> instituintes” (OST, 2005), de modo que na construção do processo ao ser deve ser reconhecido espaço de atuação no sentido de *complementar* essa interpretação, de forma que uma dialética construtiva é capaz de dinamizar a relação e destituir as abstrações calcadas junto ao objeto do debate. Aqui reside o importante papel do ser no desvelamento do conflito processual. O fim da filosofia metafísica dá-se no assentamento prático e político dos regimes democráticos (VATTIMO, 2013), pois onde há democracia não pode haver uma classe de detentores da verdade – ou da verdade processual. Num plano racionalmente hierarquizado confirmam-se os valores e conceitualizam-se dados da dinâmica social num plano de abstração conceitual cristalizada. O processo constitucional deve, pois, marcar essa *quebra*.

<sup>12</sup> Dasein é estar disposto para afetividade, pois relacionar-se com o mundo não é relacionar-se de forma dada e cognitiva, uma vez que ser Dasein é ter possibilidades. A afetividade com o mundo é um existenciário que compõe o cuidado. O conflito é fruto dessa disposição do ser no mundo.

<sup>15</sup> Destaca-se que o objetivo não é o abandono de um *formalismo jurídico*, mas sim de um formalismo irreducionista – intuitivo e idealista.

<sup>14</sup> O homem gosta de acreditar-se senhor da sua alma. Mas enquanto for incapaz de controlar os seus humores e emoções, ou de tornar-se consciente das inúmeras maneiras secretas pelas quais os fatores inconscientes se insinuam nos seus projetos e decisões, certamente não é seu próprio dono (JUNG, 2008, p. 83).

<sup>15</sup> A coordenação desses interesses varia espaço-temporalmente de sentido, de modo que podemos destacar que na atualidade vive-se sob o auspício de relações econômicas de poder baseadas no poder de consumo. Pode-se pensar que a interpretação do mundo do ser antes passa pela interpretação posta ao consumo – antes da própria assimilação da existência?

A análise científica da exposição será realizada através da ótica da hermenêutica jurídica, que se empresta da hermenêutica filosófica fenomenológica para a construção do ser a partir da linguagem<sup>16</sup>. A fenomenologia mostra-se precípua para que seja constituído o mundo que se vive; ou seja, superada a simples análise da forma, da fisiologia do outro assim como superar a simples análise psicológica realizada em um primeiro momento; quadro responsável por parte das situações que dão cor e vida aos fenômenos conflitológicos de interesse. Ao cuidar da facticidade e do cotidiano, a hermenêutica tangencia o ser enquanto *existir*, assim se tem o homem enquanto ser vivente representado pela linguagem e enquanto nessa posição está representado pelo *dasein*.

Para que não nos atenhamos à realidade normativa como fuga do mundo empírico, importa a análise do mundo fenomênico e dos institutos processuais provenientes do NCPC, pois o direito processual civil é o ramo mais comprometido com os dramas e contingências humanas, conforme asseverava Ovídio Baptista<sup>17</sup> em outros tempos.

## 2 O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES PELA VISÃO CLÁSSICA: A SUPERAÇÃO DOS ANTIGOS PARADIGMAS

A dimensão “fenômeno conflitológico de Interesses” é a conduta humana em interferência intersubjetiva (COSSIO, 1954) e faz parte do domínio da esfera ontológica do sujeito que se manifesta através da linguagem, cujas dinâmicas dão vida aos fenômenos sociais, afetando diretamente a composição

<sup>16</sup> Para aprofundar, consulte: Engelmann (2007).

<sup>17</sup> [...] em última análise, alimentando aquela tendência a que já aludimos, da fuga do mundo empírico para o mundo normativo, que tão drasticamente acomete o pensamento jurídico moderno, particularmente o processo civil, que se haveria de supor o ramo do direito mais comprometido com os dramas e contingências humanas da nossa realidade cotidiana (SILVA, 1997, p. 124).

e a decomposição do Direito. Pincelado tal cenário fenomenológico<sup>18</sup>, especial atenção jurídica reconheceu-se ao conflito juridicizável<sup>19</sup> através da criação de um ramo próprio para o desenvolvimento da relação intersubjetiva<sup>20,21</sup> que se apresenta conflituosa: o processo<sup>22</sup>. O conflito tem no existir humano e nas interações da sociedade o seu nascedouro, manifestando-se por via de pretensões antagônicas que importam ao Estado ao regular pelo direito a busca final da (manutenção?) da coesão social. A intersubjetividade faz parte do existir do ser, não há como me lançar no mundo sem me lançar junto aos outros corpos que também compõem os diferentes mundos<sup>23,24</sup>.

É dessa panaceia existencial que deflagra a substância do processo, a decantação do conflito. Por via da exasperação do existir do sujeito, os fenômenos conflitológicos de interesse, junto ao mundo jurídico formam uma experiência fenomênica dotada de iter jurídico pelo litígio, que tem no processo local privilegiado de justaposição ou de contrariedades do estar-no-mundo para desvelamento dos interesses contrapostos. Desta iconografia

<sup>18</sup> Ver: Zimmermann (2010, p. 14).

<sup>19</sup> Todo fato é mudança no mundo, porém, o mundo jurídico somente é composto por fatos jurídicos, fatos juridicizáveis. Quando o suporte fático suficiente ocorre, a regra jurídica incide; ocorrendo duas operações indicativas de suma importância para a vida: (a) definição do fato ou fatos componentes do suporte fático, e prova de que esse ocorreu; (b) da sua classificação segundo regra jurídica, a respeito da qual alguém procede como se ela não não houvesse incidido (MIRANDA, 1972, p. 64).

<sup>20</sup> Ver: Carrithers (1995, p. 85).

<sup>21</sup> O mundo não é somente para mim, mas para tudo o que nele, faz sinal para ele. Há uma universalidade do sentir – e é sobre ela que repousa nossa identificação e generalização de meu corpo, a percepção do outrem [...] Um campo não exclui o outro campo como um ato de consciência absoluta, por exemplo, uma decisão não exclui a outra tende mesmo, de si, a se multiplicar. Porque é a abertura pela qual, como corpo, sou exposto ao mundo (MERLEAU-PONTY, 1974, p. 145).

<sup>22</sup> Ver o sentido do Processo como autocomposição e autodefesa para assim compreender a relevância do conflito ao Direito, e assim observar o Direito como Processo (CASTILLO, 2000).

<sup>23</sup> Quase sempre se concebe a afetividade como um mosaico de estados afetivos, prazeres e dores fechados em si mesmos, que não se compreendem e só podem explicar-se por nossa organização corporal (MERLEAU PONTY, 1994, p. 213-214).

<sup>24</sup> A alma tece-se pela visão ao mundo, ela demora-se nas coisas, comunga com elas, abandona-se nesse fora. E, ainda que se encontre presa ao corpo, escapa-se (transcende-se ao mundo) para respirar fora dele, alimentando-se dos seres exteriores, mas percebendo que toda essa exterioridade se encontra suportada na própria simultaneidade, que faz com que tudo se encontre ao mesmo tempo numa presença imanente (PELLEJERO; GOLGONA, 2010, p. 23).

sísmica humana as diferenças exortam em um estar-com, e a ciência dedutiva deve aportar em uma ciência indutiva e dinâmica.

A processualização do conflito traz à pretensão do direito uma série de prerrogativas que se desdobram em princípios constitucionais e processuais, os quais tem o fito de garantir local adequado de desenvolvimento do contraditório e, dessa forma, garantir um procedimento que consiga formar um direito material revestido de justiça e dos aportes mínimos necessários para a sua efetividade no mundo.

Historicamente<sup>25,26</sup>, a resolução dos conflitos pelo Estado acompanhou os níveis de do imaginário social. O formalismo irreducionista acreditava que a natureza do homem ou da sociedade tem suas leis imanentes e imutáveis, cabendo ao jurista a busca da verdade (o direito nunca apresentaria ideologia)<sup>27</sup>. De outro lado, a teoria objetivista que considera a jurisdição como atividade da atuação do direito material acaba em incidir em um voluntarismo jurisdicionalista. Ambas as concepções são superadas a partir de novas conquistas do direito, que deslocam o problema da justiça centrado do *papel missão do juiz para a garantia das partes no processo*.

O objetivo do Estado sempre foi a ordem, uma vez que classicamente a (des)ordem possui relação com o (des)controle e a perda efetiva do poder Estatal. Por isso, interessa ao Estado a manutenção da aparência de ordem. Por isso professa-se a justificação do Estado, desde os primórdios da civilização, como garantia de ordem; como forma de justificar a existência do Estado. A agitação causada pelos conflitos em uma sociedade eminentemente racional, baseados em uma democracia consensual, fruto da para-política Platônica (modernamente Hobbesiana), de guerra contra todos, tem no direito o nome

<sup>25</sup> Ver: Leal (2016, p. 34).

<sup>26</sup> Importa destacar que na medida em que o Judiciário tornou-se instituição independente, a jurisdição caminhou para uma maior abertura em termos de acesso e o processo ganhou faceta mais democrática, garantindo para além do acesso ao ambiente jurisdicional, prerrogativas quanto à sua efetivação.

<sup>27</sup> Ver: Leal (2016, p. 37-38).

por excelência do dano<sup>28</sup> – ou seja, o direito vira o *dano*, o que é ilegítimo na medida que o direito é atuação do Estado.

A pluralidade social hoje marca a *quebra* do ideal romântico até então formado pelo homem moderno. Em razão disso, fruto da consequente decadência das ideologias tradicionais e dos sistemas de valores a elas correlacionados, observa-se um intenso movimento de mudanças profundas arraigadas na concepção que até então cria a atmosfera social, instaurando medos, angústias e pânicos pela superação das tendências construídas no âmbito da modernidade – uma superação, dito melhor, do tradicional. Importa destacar uma grande diferença do ser da modernidade e do contemporâneo: o primeiro dependia de uma força alienante que unificava os indivíduos em torno de algumas *ideias-força*<sup>29</sup> e o segundo é substituído pela participação sem conexão intersubjetiva de um mundo traduzido pelo *consumo, eficientismo e descrença nas bases políticas*.

A promessa de igualdade e defesa do contrato social tem na *evitação do dano* seu fundamento e como *paz social* o seu objetivo. As partes já estão dadas e o litígio é afastado da sociedade pela necessidade de um acerto perfeito dos cálculos. Ocorre então que a

[...] pretensa submissão do estatal ao jurídico é antes uma submissão do político ao estatal pelo viés do jurídico, o exercício de uma capacidade de desapossar a política de sua iniciativa, pela qual o Estado se faz preceder e legitimar. [...] O que ele tende a fazer desaparecer, por esse tornar-se-modesto, é bem menos seu aparelho que a cena política de exposição e de tratamento do litígio, a cena de comunidade que colocava juntos os mundos

<sup>28</sup> A democracia não é a era dos indivíduos ou a das massas. [...] A democracia não é um regime ou um modo de vida social. É a instituição da própria política, o sistema das formas de subjetivação pelas quais se requestiona, se a entrega à sua contingência toda ordem da distribuição dos corpos em funções que correspondam à sua “natureza” e em lugares que correspondam a suas funções. E não é, como já dissemos, o seu *ethos*, a sua “maneira de ser” que dispõe os indivíduos para a democracia e sim a ruptura desse *ethos*, a distância experimentada pela capacidade do ser falante em face de toda harmonia “ética” do fazer, do ser e do dizer. Toda política é democrática nesse sentido preciso: não o sentido de um conjunto de instituições, mas o de formas de manifestação que confrontam a lógica da igualdade com a da ordem policial (RANCIÈRE, 1996, p. 104).

<sup>29</sup> No que tange às incertezas específicas das Ciências, vale consultar: Lindley (2007).

separados. [...] A demonstraco 'jurídica' da identidade a si da alma da comunidade completa então a demonstraco midiática/científica da identidade a si da opinião. Mas ela também dota o poder do Estado de uma forma de legitimidade muito específica. O Estado 'modesto' é um Estado que torna a política ausente, que renuncia em suma àquilo que não lhe cabe – o litígrio do povo –, para aumentar sua propriedade, para desenvolver os processos de sua própria legitimaco. O Estado hoje se legitima ao declarar impossível a política (RANCIÈRE, 1996, p. 110-112).

Por muito, o tratamento do conflito por meio do procedimento ordinário consistiu em tratar uniformemente os fatos mundanos, não dando voz ao litigante; como se anulasse que o litigante significa mais para além de um sujeito do processo: o litigante é ser dotado de ontologia fundamental e por isso é dialogal e aberto ao mundo. A anulaco do ser no processo, limitando-o à disputa processual enquadrada a forma – ou seja, sem conceder maiores espaços – criou um uniforme na jurisdico cujo resultado foi negativo: na medida em que se buscou dar tratamento igual a todos os processos, independentemente de sua complexidade, criou-se um verdadeiro pandemônio, cuja consequência foi o abarrotamento e a perda de controle do tempo processual. A forma clássica da jurisdico pública não leva em consideraco o grau de complexidade processual, limitando-se ao litígrio como objeto universal. O processo em seu sentido arcaico, incidiu no abarrotamento dos cartórios e na lentidão do desenvolvimento processual, tendo como principal consequência um atraso de formação e efetivação do direito da vida, o direito material. Essa é a realidade que impera nos procedimentos processuais na atualidade.

Importante reconhecer que o processo público, herança pandectista, significou colossal avanço em termos sociais, sendo considerado como importante opção ao procedimentalismo; entretanto, sob a égide de um novo tipo de sociedade, marcada pela eficiência, consumismo, agilidade – valores diferentes da sociedade de outrora – fez com que as formas clássicas baseadas na disputa processual tornassem-se inviáveis para decantar de modo eficaz o direito. As reduções do direito causadas por um processo mal gerido ou

demorado consiste na criação de um direito material frustrado, que não atende às expectativas e causa descrença na função do Judiciário<sup>50</sup>.

Os conceitos de razão e liberdade foram vítimas da ordem burguesa e da própria filosofia idealista: na prática, no mundo social, haveria apenas a aparência da razão e da liberdade, porque tudo se reduz à capacidade e determinação do sujeito<sup>51</sup>. Note que as estruturas rígidas de um sistema jurídico voltado à produção de um direito estritamente público advindo da democracia representativa é repensada frente à Constitucionalização do Direito, que surge como o amanhecer do Estado Constitucional de direito. Os institutos jurídicos adquirem uma ampliação normativa, passando a ser compreendido junto ao sistema Constitucional que apresenta textura aberta.

O fenômeno conflitológico de interesses, assim posto, para alcançar uma hegemonia dos valores democráticos, necessita de uma multiplicação das práticas democráticas, de modo a poder formar-se uma multiplicidade de manifestações subjetivas na construção dessa matriz democrática<sup>52</sup>. A relação de autoridade e poder não irão desaparecer, de modo que o encontrar esse balanceio tem como base a existência da multiplicidade, pluralidade e o conflito, que são a razão de ser do direito e da política (MOUFEE, 1999), pois “A política não é feita de relações de poder, é feita de relações de mundos” (RANCIÈRE, 1996, p. 54).

<sup>50</sup> Importa reconhecer que os problemas do Judiciário superam – e muito – a demora da instituição, pois a carga de trabalho da instituição é muito além da que deveria haver para garantir a tutela do direito àqueles que ao Judiciário recorressem.

<sup>51</sup> *Sin embargo, los conceptos de razón y libertad resultaron víctimas del orden burgués y de la propia filosofía idealista: en la praxis, en el mundo social, sólo habría apariencia de razón y de libertad, porque todo queda reducido a la capacidad y autodeterminación del sujeto* (ENTEL; GERZOVICH; LENARDUCCI, 2005, p. 45).

<sup>52</sup> O litígio expressa a dialética dos contrários, que desvela o fato em sua plenitude e traz à discussão discussões e desacordos que movem a sociedade e fazem nascer direitos que traduzem as mutações sociais. Por essa importante designação concretizadora e reformuladora do direito social, o desvelamento do conflito pelo processo consiste na interpretação e na harmonização do direito. Assim, para que o direito não seja frustrado pelo sistema ineficiente, importante um repensar das formalidades que revestem o processo, pois é no procedimento que se pode realizar transformações quanto ao desvelamento do direito. O tratamento do litígio, seja pela via utilizada ou na própria formação do objeto litigioso no processo ordinário, consiste em maneira de revolucionar o próprio direito.

Estabelecido que a sociedade por seus próprios traços não é harmônica, mas sim uma pluralidade que se manifesta constantemente – e isso fica claro em razão de ela não possuir estrutura social visível (ELIAS, 1994) – por se tratar de um fluxo contínuo, marcado por conflitos cotidianos entre a família, os companheiros de trabalho, ideologias ou membros do mesmo grupo social (VINYAMATA, 2014). Dessa forma, por sua contingência, os conflitos, “ao contrário do que historicamente é pregado”,<sup>33</sup> podem representar crescimento quando bem gerenciados e resolvidos: “[...] *Los conflictos, como las enfermedades, nos indican que alguna cosa está sucediendo y que, a lo sumo, podemos retardar pero no impedir. En este sentido, los conflictos son elementos que nos permiten avanzar, mejorar, prever su función regeneradora y sacar provecho. [...]*” (VINYAMATA, 2014, p. 33-36).

Um Estado racionalizado cria mecanismos racionalizados para determinar o ser, de maneira que foi instituído violentamente outro meio: a racionalização da violência. Como diz Adolfo Alvorado Velloso “*la fuerza de la razón sustituyera a la razón de la fuerza*” (VELLOSO, 2006, p. 17)<sup>34</sup>. Essas Instituições, pelo Poder, possuem força para exercer variadas formas de domínio sobre o indivíduo, sendo a mais importante no que toca à liberdade e nos meios de ação para alterar a própria instituição. Segundo Castoriadis: “*Esto es lo que significa la interiorización de las instituciones por el individuo a lo largo de su vida*” (CASTORIADIS, 2008, p. 125). Esta instituição nega a subjetividade do indivíduo no mesmo momento que a reconhece: concede a ele liberdade individual no âmbito privado-material, mas nega-lhe ferramentas para exercer as reflexões necessárias para questionar o poder que lhe governa.

<sup>33</sup> Sociedades idealizadas através da harmonização social e pela ausência de conflitos intersubjetivos.

<sup>34</sup> Ver: Han (2013, p. 14-29).

## 2.1 A PLURALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES INTERSUBJETIVAS E OS NOVOS CONTORNOS CULTURAIS: AS BASES DE UMA SOCIEDADE EFICIENTISTA

A ondulação das relações intersubjetivas – o ser em face do outro – é o ponto responsável pela desarmonia social e o que suscita o (re)pensar e o (re) formular o direito, uma vez que este é *ritmo de vida*. Segundo Merleau Ponty<sup>35</sup> “É a este preço que existem para nós as coisas e os ‘outros’, não por uma ilusão, mas por um ato violento que é a própria percepção”. Na relação jurídica, a dialética travada a partir do fenômeno conflitológico de interesses demonstra esse fenômeno, pois o contato do sujeito-sujeito postula uma intermediação do mundo, com uma bilateralidade atributiva e obrigações postas, de modo que a verdade é aquela desvelada hermeneuticamente, e não aquela que sustenta reduções metafísicas como a moralidade fatídica e as valorações. O estar-junto é compartilhar o mundo a partir da disposição de cada.

A declinação ou decadência do que fora construído pela racionalidade vincada ao paradigma científico clássico – racionalidade que em seus primeiros tempos é pura dedução – tem na própria racionalidade a superação de seu núcleo central, e a mesma absorve para si a ciência – tornando-se assim a racionalidade científica forma de *indução* (MIRANDA, 1972) –, fazendo com que possa se falar em uma racionalidade cunhada pelo paradigma científico da complexidade. Assim, apenas pela visão do que se traduz na atualidade pelo social é que se pode consubstanciar essa alteração da racionalidade meramente causal para outra racionalidade baseada na complexidade.

<sup>35</sup> Importa destacar que para Merleau a visibilidade do mundo não se traduz como representação do mundo como se o corpo estivesse *diante* dele, mas sim como se o corpo encontrasse-se no *meio* dele. Dessa forma, o corpo envolve e é envolvido pelo mundo (MERLEAU PONTY, 1994, p. 485).

Conforme se vê, o mundo é marcadamente conflituoso: a ordem econômica e as inclinações pessoais fruto da vivência histórica incidem na formação de uma pluralidade *natural* de uma Democracia. O desentendimento é o resultado da historicidade posta as diferentes compreensões do ser e angústias junto ao das Man. A minha visão e a do outro, mediante a esse choque da percepção, não é a mesma, posto a interpretação do mundo de cada, e para que se chegue a um ponto de convergência, a intermediação do Estado pela política e pelo direito é forma devida de construir cidadania. Porém, esse ponto de convergência somente é legítimo quando construído, e não é quando imposto ou deduzido.

A democracia é igualdade, e não há política sem a máxima da ideia de igualdade. A partir disso, faz parte da estrutura original de toda a política a noção do *dano*, que é o conflito das partes sociais. Distingue-se dos conflitos jurídicos por ser possível de objetivar estes a partes determinadas; o dano, por sua vez, não pode ser determinado por conceitos jurídicos, uma vez que suas partes não existem antes à declaração do dano (RANCIÈRE, 1996). O dano não é regulado, mas é tratado por dispositivos baseados em subjetivação. Essa é a face da *subjetivação política*, que advém diretamente do *dano*, ou seja, dos fluxos sociais que encorajam um questionamento do que se tem por igualdade, na medida que mantém o debate social.

Importa reconhecer, assim, que o conflito jurídico, posto em um Estado Democrático jovem, como o nosso, tem como consequência *natural* a adesão de conflitos políticos ao Judiciário; realidade que deve ser rechaçada, mas cuja mudança ocorrerá conjuntamente com um fortalecimento democrático. Frente ao pluralismo social que marca as grandes sociedades, o direito já não partilha em seu campo um conceito de *comum acordo* sobre o certo e o errado, sobre o justo e o injusto. O direito, assim, é a balança que determina nesse comum acordo sobre os elos que devem continuar a unir pessoas em respeito das diferenças.

A sociedade dinamizada, e sob o afã da contemporaneidade, vê-se dominada pelas organizações burocráticas, as quais têm o poder de controlar e, por vezes, destruir os valores em prol do formalismo e, conseqüentemente, a capacidade do ser de se expressar subjetivamente<sup>36</sup>. A maneira de resolução dos conflitos sociais, no âmbito de uma sociedade<sup>37</sup> densa demograficamente e culturalmente diversificada<sup>38</sup>, já não mais consegue resultados eficazes no formalismo fruto do controle que advém de uma metafísica<sup>39</sup> social criada pelos homens, cujos desgastes se perfazem pela descrença na resposta jurisdicional aos fenômenos conflitológicos de interesse. Uma vez que “*una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas*” (GRANDA, 1993, p. 31-32). Nesse sentido, a falta de um sistema que proporcione meios positivos para a efetiva resolução dos conflitos<sup>40</sup> repercute na maneira como o resultado desse conflito retornará à sociedade, levando-se em consideração os movimentos e fluxos mundanos que postulam uma nova visão da realidade.

A instrumentalidade processual imbuída de um exagerado formalismo acarreta no *desconhecimento do outro como igual*, com consequência de se conhecer no outro o *inimigo* quando da relação posta ao contencioso fruto da relação intersubjetiva de interesses: aquele que necessariamente deve ser combatido custe o que custar. Deve-se superar tal instrumentalismo formal por um instrumentalismo constitucionalizado, o qual traz consigo traços mais “humanos”. Como é possível captar nossa identidade com espírito de cidadão

<sup>36</sup> Na medida em que os fenômenos conflitológicos de interesse pudessem ser melhor decantados pela jurisdição, a crença na realização da justiça em face das injustiças seria resgatada, de modo que com a efetividade e eficiência na resolução do conflito ter-se-ia um resgate da harmonia pela concretização do direito material.

<sup>37</sup> Ver: Bunge (2002, p. 105).

<sup>38</sup> Ver: Ellul (2003, p. 35-36).

<sup>39</sup> Ver: Severino (2002, p. 246).

<sup>40</sup> Levando-se em consideração sistemas políticos utópicos que focalizam na paz social e na integração comunitária como ideologia política e trataram do conflito social como o mal causado pela produção capitalista.

ativo na sociedade no cenário do Estado Democrático de Direito? De maneira a coincidir o meu papel como cidadão com a relação intersubjetiva realizada com o outro, cujos anseios são tão importantes e nobres quanto os meus. Esse processo deve ser capaz de balancear meus anseios como indivíduo e os do outro, assim como a resolução de nosso conflito fruto de nossa relação intersubjetiva deve objetivar o resultado capaz de provocar mudanças sociais.

A perda de determinação interior desqualifica as relações do ser frente ao social e como isso influencia na resolução dos conflitos pelo direito, pois existe conexão direta de *influências* do poder para com a formação do ser, sendo indispensável aumentar sua voz frente ao Estado democrático para viabilizar a efetivação do novo espírito do CPC/15. O novo processo chama um sujeito mais ativo<sup>41</sup>, reflexivo e dialógico. Sob uma realidade democrática, mostra-se mais do que nunca importante destacar esse novo papel.

### 3 O FENÔMENO CONFLITOLÓGICO DE INTERESSES E O CPC/15: UMA ANÁLISE INICIAL

A crise ética baseada na descrença generalizada na idoneidade das instituições brasileiras, faz com que aumente a pressão sobre o Judiciário como instituição de resolução dos conflitos<sup>42</sup>, de maneira que a jurisdição a partir do NCPC tem como objetivo um procedimento mais eficiente, para que seja capaz de atender as diversas demandas. Conforme destacado, o modelo representativo no século XXI, frente aos escândalos recentes, demonstra sua fragilidade, pois os representantes escolhidos pelo povo não foram capazes de uma efetiva representação e defesa dos direitos da sociedade. Por isso a

<sup>41</sup> Ver: Amado (2003, p. 17-18).

<sup>42</sup> A partir dessa nova realidade, surge um modelo de juiz que nasce desse novo centro. Unido ao papel do super herói e o grande destaque que a ele é concedido, o juiz deixa de ser um simples aplicador e intérprete da lei, e passa a ser legislador.

necessidade do resgate da subjetivação do ser a partir de uma maior atuação deste a nível institucional.

De fato, a tutela do direito material deve ser atendida em prazo razoável, através de um procedimento sensível para atentar o caso posto e que respeite a escolha do ser quanto à flexibilização do procedimento e autocomposição. Para alcançar esse objetivo, o processo brasileiro busca influências externas que tendem a uma correlação maior com modelo common law, como o sistema de precedentes, os negócios processuais e um apoio à autocomposição processual. Segundo Michelle Taruffo (2006) há uma tendência à uniformização cultural, por meio da *hibridização* dos sistemas processuais, com o fim de reforma<sup>45</sup> do sistema jurídico para a necessária adequação às novas demandas.

Diante de um processo democrático e constitucionalizado, bem como frente aos novos desafios que o Judiciário deve lidar na sociedade pós-moderna, importa seja destacado um novo sentido de atuação dos litigantes junto ao processo, no sentido de dar-lhes espaço para uma maior atuação com o fim de serem garantidos os princípios processuais que posteriormente garantirão a efetivação dos direitos constitucionais. Esse novo procedimento supera os ares instrumentais e coaduna com a visão do Estado Democrático baseado na participação (e não na representação). Destarte, o caráter público do processo faz com que o conflito também seja público, abandonando os domínios privados (ASSIS, 2015), mas esse caráter não significa seja o processo subordinado à jurisdição, e sim a atuação legítima da jurisdição subordinada ao devido processo, que por sua vez garante uma maior subjetivação do litigante.

O CPC/15 busca um processo mais eficiente e *flexível*. A partir de previsões como os negócios jurídicos processuais, a ampliação do contraditório e do

<sup>45</sup> Por estar em contato com as realidades, a arte ou técnica do direito não pode utrapassar certa linha imaginária do máximo de erros que seria suportável pela sociedade. Lembrando que o direito é *regulação* e o Estado é *tratamento* dos conflitos, de maneira que o Judiciário não tem como centro a resolução do *dano*.

princípio dispositivo, o apoio a autocomposição e os precedentes judiciais, o processo revitaliza-se do que classicamente se tinha como participação das partes no processo, o que requer “*Una modernización con el contenido social de ta que lia sido descrita, requiere a su vez un Estado y um Derecho que faciliten el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual*” (GRANDA, 1993, p. 16), para que as técnicas, de fato, exasperem a manifestação e subjetivação do ser.

A autocomposição denota uma ampliação da abertura do diálogo e da manifestação subjetiva dos litigantes, expressão da ampliação do princípio dispositivo, transformando-o em um princípio dispositivo amplamente negocial devido ao objeto litigioso negociável pelo processo. O apoio ao meio alternativo de resolução de conflitos perfaz uma forma de desconcentração da justiça; já a ampliação do princípio dispositivo tem nos negócios jurídicos processuais, uma espécie de ato jurídico, sua principal ampliação que lhe dá ressignificação. O reconhecimento de ambas as situações expressa que o processo civil enxerga no diálogo preciosa forma de resolver o litígio e satisfazer o direito material, bem como uma alternativa possível para resolver a morosidade que prejudica a quem se utiliza do poder judiciário.

Os precedentes são uma opção que merece atenção dos operadores do direito, pois a utilização da decisão judicial como norma apresenta um texto que não é fechado em si mesmo ou no fato que substanciou a decisão; o precedente é mais aberto se comparada a outros mecanismos de uniformização e traduz o tempo, a história e a sociedade da época em que a decisão é proferida. Por isto dizer que o sistema de precedentes tem no seu cerne a história jurídica da sociedade, uma vez que a utilização dos precedentes incide na possibilidade de posteriores alterações deste consubstanciado em alterações políticas, econômicas e sociais; de modo que um precedente não resta parado no tempo, tal como ocorre com a jurisprudência e as súmulas.

A partir dos precedentes judiciais, é estabelecido o dever de motivação das decisões judiciais, de modo que as sentença já não mais é reduzida à “fato

e regra”, mas sim em uma obrigação fixada pela norma jurídica fundamental do ordenamento, fazendo com que se elimine, ou reduza a filosofia da consciência do órgão julgador. Não é apenas indicar normas, mas sim expor os motivos pelos quais julgou de determinada forma e concluiu em algum sentido para assegurar o respeito aos princípios<sup>44</sup> processuais.

A consensualização dos regramentos de conflitos manifesta o movimento de contratualização, onde o contrato assume uma função parajurisdicional, uma vez que se torna um complemento ao processo de decisão ou um substituto (MEKKI, 2008). O novo espírito do CPC baseia-se na solução dialogal do conflito, tanto em suas previsões quanto os negócios jurídicos processuais, como o amplo apoio a autocomposição. O acordo também se compatibiliza com a complexidade do direito, a inflação dos textos e dos comportamentos sociais. A tendência segue as novas regulações por via privada já tão presente no direito econômico, de família, direito de trabalho. Entretanto, o conflito não pode ter na sua resolução apenas baseado em um *acalmar o ato particular do jurisdicionado*, mas deve ser visto como uma transformação num sentido mais amplo.

Quando se fala de formalismo, não se quer criticar a forma, pois conhecer a forma significa conhecer a experiência; o direito é o mundo das formas visíveis e a arte das formas invisíveis (SATTA, 1973). Dito isto, que quando se fala em formalismo, não se entende como uma crítica dirigidas às formas jurídicas; ou a um apoio à aplicação aberta das formas da lei. O formalismo está onde o direito já não mais existe. Assim, entre o conservadorismo processual e o extremismo do antiformalismo, há de ser encontrado um ponto médio de intersecção. O CPC, ao trazer a ideia de um procedimento

<sup>44</sup> O desafio contemporâneo no direito é implementar as garantias processuais de maneira plena, as quais garantem os “direitos fundamentais através de atividade estatal previsível e segura. O NCPC deu passo audacioso nesse sentido, constringendo juízes e tribunais à observância do precedente dos tribunais superiores (v.g., o tirado do incidente de resolução de demandas repetitivas), a teor do art. 927, I a V, c/c art. 928, I e II, sob pena de reclamação (art. 988, I a IV), assumindo posição contra a necessidade de emenda na CF/1988 para restringir a independência jurídica dos órgãos judiciais” (ASSIS, 2015, p. 14).

com ampliação dialogal e no qual impera o contraditório constitucional, situa-se, de um lado, na postulação de que as formas sejam poucas, simples e rápidas; e de outro que a simplicidade não impeça a discussão das razões das partes. O CPC, assim, deve procurar essa medida. A forma é condição da certeza e da segurança, mas o seu exagero gera uma descrença generalizada na jurisdição, assim “*De aquí la importancia de encontrar esa via intermedia entre el formalismo y el antiformalismo, de determinar lo principios que debe informar la regulación del procedimiento*” (AROCA, 1976, p. 183-184).

Para completar esse breve panorama, os arts. 77 a 80 do CPC/15 preveem deveres às partes e aos demais participantes do processo, bem como a respectiva responsabilização por descumprimento destas. O art. 139 prevê os deveres, responsabilidades e possibilidades de atuação do juiz no processo. E pelos arts. 5º, 6º e 11 é possível visualizar o tipo de relação que deverá vigorar entre as partes, que deve ser vista por um ângulo de eliminação de hierarquias e resquícios de autoridade. Assim, deve-se primar por uma ampliação do estudo da atuação dos litigantes no processo, uma vez que o processo ético e que responde aos anseios da democracia participativa necessita de uma maior subjetivação destes dentro de um panorama maior de atuação institucional.

Dessa maneira “*aquello che in definitiva conta, non è che ci siano conflitti, ma come questi vengono gestiti*”<sup>45</sup>, pois não reside na existência do conflito o problema social, mas sim na forma como ele será gerido pelo Estado, através do Direito.

## 4 CONCLUSÃO

Essa nova normativa, conforme visto, coaduna com a sociedade atual por possuir técnicas que sobrepõem os protagonistas do processo como

<sup>45</sup> “O que realmente importa não é que existem conflitos, mas a forma como estes são geridos” (COSI, 2016, p. 5).

instrumento para combater o ineficientismo processual e para regular a jurisdição como espelho mais profícuo de suas emanações subjetivas e vontades, nos limites que a jurisdição e seu novo espírito confirma as normas. A legalidade processual é renovada em um contexto cultural plural e cujas teorias buscam superar a visão do direito como razão fechada.

O apoio à autocomposição, o desenvolvimento de processos negociados, a abertura do diálogo propiciado pela ampliação do contraditório entra em dissenso com o ideal clássico da justiça baseado na unilateralidade e o respeito aos precedentes judiciais vinculantes carregados de historicidade, instituem um processo que respeita a figura do jurisdicionado, bem como assiste a ele a possibilidade de uma gestão mais amigável para uma regulação alternativa dos conflitos através da ampliação do contraditório balizado pela Constituição.

Os litigantes passam a ter o direito de informação e manifestação sobre o objeto do processo, que se correlaciona com o direito de ver seus argumentos contemplados. Antes de decidir, o juiz deve demonstrar ter considerado os argumentos das partes; caso ele decida por via de um argumento não exposto, antes deve possibilitar o contraditório. O mesmo serve às decisões de ofício, as quais necessariamente deverão ser debatidas.

A questão é que o conflito é a razão fundante do processo, e seu modo de regulação deve ser constitucionalmente posto, ainda mais levando-se em consideração o estágio do atual Estado Democrático, o qual ainda judicializa muitos conflitos políticos, dado que *“Un cierto grado de conflicto está muy lejos de ser necesariamente antifuncional; es un elemento esencial de la formación del grupo y de la persistencia de la vida del grupo”* (COSER, 1961, p. 34).

## REFERÊNCIAS

AMADO, J. A. G. Filosofia hermenéutica y derecho. **Azafea. Revista de Filosofía**, n. 5, 2003.

AROCA, J. M. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional. **Revista de Derecho Procesa Ibero Americana**, 1976.

ASSIS, A. **Processo civil brasileiro**. Parte geral: fundamentos e distribuição dos conflitos. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *E-book*.

BUNGE, M. **Crisis y reconstrucción de la filosofía**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

CARRITHERS, M. **Por qué los humanos tenemos culturas**: una aproximación a la antropología y la diversidad social. Madrid: Alianza, 1995.

CASTILLO, N. A. Z. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. México: Universidad Autónoma de México, 2000.

CASTORIADIS, C. **El mundo fragmentado**. La Plata: Terramar, 2008.

COSER, L. A. **Las funciones del conflicto social**. México: Editora Fondo de Cultura Económica, 1961.

COSI, G. **Interessi, diritti, potere**: gestione dei conflitti e mediazione. Disponível em: <http://www.adrmaremma.it/cosi01.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

COSSIO, C. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

ELIAS, N. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.

ELLUL, J. **La edad de la técnica**. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2003.

ENGELMANN, W. **Direito natural, ética e hermenéutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ENTEL, A.; GERZOVICH, D.; LENARDUCCI, V. **Escuela de Frankfurt**. Razón, Arte y Libertad. 1. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

ENTELMANN, R. F. **Conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GADAMER, H.-G. **El giro hermenéutico**. Madrid: Catedra, 1998.

GALIMBERTI, U. **Psiche e techne**: L'uomo nell'età della tecnica. Milão: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2002.

GRANDA, F. T. **Postmodernidad y derecho**. Peru: Editorial Themis, 1993.

HAN, B.-C. **Tipología de la violencia**. Madrid: Herder, 2013.

JUNG, C. G. **O homem e seus símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008.

KAES, R. **Un singular plural**. Madrid: Amorrortu, 2010.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

LINDLEY, D. **Incertidumbre**. Barcelona: Ariel, 2007.

LOPEZ, A. M. Diálogo y phrónesis en el pensamiento de H.G. Gadamar: meditación sobre algunas de sus aporías. *In*: CAMPOS, R. A.; ESCOBAR, J. A. R. **Gadamer y las Humanidades**. Volume II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

MEKKI, M. Les Incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat. *In*: CHASSAGNARD-PINETA, S.; HIEZ, D. (orgs.). **Les incidences du mouvement de contractualisation sur les fonctions du contrat**. Lille: Dalloz, 2008.

MERLEAU PONTY, M. **Fenomenologia da percepção**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1994.

MERLEAU-PONTY, M. **O homem e a comunicação**: a prosa do mundo. Rio de Janeiro: Edições Bloch, 1974.

MIRANDA, F. C. P. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo I-IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MIRANDA, F. C. P. **Tratado de direito privado**. Parte geral. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

MOUFFE, C. **El retorno de lo politico**. Barcelona: Paidós, 1999.

OST, F. **Contar a lei**: fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

PALMER, R. **Qué es la hermenéutica**. Madrid: Arco, 2002.

PELLEJERO, E.; GOLGONA, A. **Fora da filosofia**. Lisboa: FCT, 2010.

RANCIÈRE, J. **O desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

SATTA, S. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SEVERINO, E. **Techne**: le radici della violenza. Milão: Rizzoli, 2002.

SICHES, L. R. **Los temas de la filosofía del derecho**: en perspectiva histórica y visión de Futuro. Barcelona: Bosch, 1934.

SILVA, O. A. B. **Jurisdição e execução**: na tradição romano-canônica. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, M. El proceso civil de “civil law”: aspectos fundamentales. **Ius et Praxis**, Talca, v. 12, n. 1, p. 69-94, 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100004>. Disponível em: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso). Acesso em: 28 out. 2016.

VATTIMO, G. **De la realidade**: fins de la filosofía. Barcelona: Pensamiento Herder, 2013.

VELLOSO, A. A. **El debido proceso**. Perú: Egacal, 2006.

VINYAMATA, E. **Conflictología**. Curso de resolución de conflictos. 5. ed. Barcelona: Ariel, 2014.

WELLMER, A. **Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad**: la crítica de la razón después de Adorno. Madrid: Visor, 1993.

ZIMMERMANN, A. C. **Ensaio sobre o movimento humano**: jogo e expressividade. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências da Educação, Programa de Pós-Graduação em Educação, Florianópolis, 2010.

# A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO PROCESSO JUSTO: JUSTIÇA PELO PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

## RESUMO

O código de processo civil de 2015 apresenta uma releitura epistêmico constitucional do processo civil, aproximando-se do processo justo, modelo processual previsto pela Constituição Federal como princípio fundamental. A leitura que o presente artigo busca realizar é mostrar que o processo civil justo é o principal meio de se atingir um direito justo, demonstrando assim a intrínseca conexão entre processo e direito. Falar em filosofia do direito processual é falar em processo justo, interpretação do direito conforme a dialética processual e, mais importante, oportuniza falar sobre justiça social e direito, pois aproxima a sociedade da construção direito. A filosofia do direito processual, que tem como base o processo justo, dá bases para a concretização dos direitos humanos e fundamentais e uma hermenêutica capaz de, hoje, apreender os conflitos plurais que surgem.

**Palavras-chave:** Constitucionalização do processo. Democracia participativa. Dialética processual.

## 1 INTRODUÇÃO

Acreditar-se e dizer-se que o fundamental é a tutela jurídica, sendo o processo (prestação da atividade jurisdicional) o acessório é adotar-se postura ideologicamente perigosa, de toda incompatível com o ganho civilizatório que a democracia representa como forma de convivência política<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> O capítulo de livro também foi publicado junto ao livro Diálogos sobre Direito e Justiça. Coletânea de Artigos. 1. ed., Joaçaba – SC, Editora Unoesc, v. 1, no ano de 2019, e tem como autores Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Moller e Crísthian Magnus de Marco.

<sup>2</sup> Se o direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de

A normativa constitucional incorporada a lei processual nos artigos 1º ao 11º, busca, de forma definitiva, aderir ao processo uma ampla reestruturação de seus institutos-base, o que importa em uma passagem do devido processo legal ao processo justo. A normativa dá forma a um movimento que há muito tempo a doutrina processualista se ocupa, voltada a um redesenho do processo civil a partir de uma perspectiva voltada à democracia participativa, dando maior espaço a cooperação e ao contraditório processual, operando uma defesa dos direitos humanos e fundamentais no/dentro do processo para que o direito constituído pela sentença seja ele também um direito justo, o que se compreende por um direito que esteja em consonância com uma hermenêutica que respeite os direitos fundamentais e humanos, da mesma forma. Ou seja, há uma ligação cuja cisão é impossível entre processo e direito: sem processo justo, não há direito justo.

Busca-se, desta forma, uma proposta para alcançar uma maior maturação das perspectivas constitucionais ao direito processual civil e ao direito como um todo, pois as regras processuais, aplicadas junto aos princípios constitucionais, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa. Em tempos de pós-modernidade<sup>3</sup>, as configurações sociais mudam, a hipercultura se faz presente e a estrutura de Estado e de direito proveniente de bases modernas legais já não mais alcança os novos fenômenos que pululam. Diante dessa perspectiva subjaz a questão de como pode o direito, frente a esse contexto, resolver conflitos para os quais não há resposta? O direito vem antes da lei, é social e humano e, diante disso,

---

Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do *devido processo legal* (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quando do administrativo e do jurisdicional (PASSOS, 2000, p. 68-69).

<sup>3</sup> Para melhor compreensão da sociedade contemporânea e de sua pluralidade contextual produtora de novos desafios a produção jurídica, será assim preciso observar várias das teorias que definem a sociedade como contemporânea, sendo elas as da hiper-modernidade, pós-modernidade e trans-modernidade: Berman (1988), Charles (2009), Chevallier (2009), Grossi (2003), Han (2013, 2018), Latour (2010, 2012), Lipovetsky (2004), Lyotard (2000), Smart (1993) e Tourraine (1996).

a constitucionalização muito bem mostrou que a cisão regra e princípio abre um novo horizonte de perspectivas ao direito, porém, uma série de atrocidades jurídicas se perpetua na medida em que a hermenêutica até então desconsiderou a importância do processo ao direito, conectando a decisão judicial diretamente com a jurisdição – poder do juiz – e não com o processo – poder da sociedade pelo contraditório processual.

O processo justo, nessa perspectiva, surge como o processo constitucionalizado, o qual absorve os importantes e democráticos princípios fundamentais da dignidade humana e da cidadania em sua arquitetura, não mais tendo a forma do tradicional devido processo legal, atado a formalidades rígidas dos institutos processuais e responsável por reduzir o direito à lei, pois manifesta a primeira fase da constitucionalização do processo, marcadamente formal – e não material. O processo justo, por sua vez, assume dimensão material da constitucionalização, é o melhor modo de proteger o direito fundamental previsto no inciso XXXV do art. 5º “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988) e isto porque o processo justo tem como corolário a participação democrática e a cidadania ativa, defendendo bases de participação das partes na construção do direito e propiciando uma interpretação normativa do ordenamento jurídico voltado a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos em sentido horizontal. Nesse sentido, para trazer ao processo e conseqüentemente ao debate conflitos cuja previsão exaspera os contornos legais, é necessário que um processo – judicial – construa esse novo direito de forma democrática. Mesmo que a abordagem sobre justiça seja voltada à vida e liberdade das pessoas envolvidas, as instituições possuem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça. A democracia é avaliada pela possibilidade de argumentação racional pública, compreendendo a democracia como o governo por meio de debate como forma de enriquecer a disponibilidade informacional (SEN, 2000).

O processo contemporâneo tem como filosofia tornar-se espaço para resolução dos contextos plurais e complexos que advêm da globalização, para servir como espaço democrático de criação/concretização do direito, retirando a atenção da jurisdição e voltando-a ao processo justo. O estudo é dividido em três capítulos: o primeiro apontará a necessidade de se pensar a sociedade a partir de uma inegável complexidade, o que exige uma ciência permeada pelo paradigma da complexidade em sua ciência; o segundo capítulo versará sobre a necessidade de se ultrapassar os cânones do devido processo legal e o terceiro capítulo, por fim, explanará sobre o processo justo como possibilidade de ser falar em um direito justo.

## 2 PENSAR A SOCIEDADE A PARTIR DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: PRIMEIROS PASSOS PARA COMPREENDER A FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL

Lo que afecta a un paradigma, es decir, la clave de todo un sistema de pensamiento, afecta a la vez a la ontología, a la Metodología, a la Epistemología, a la Lógica, y en consecuencia, a la práctica, a la sociedad, a la política<sup>4</sup>.

A complexidade contextual que hoje altera as configurações sociais ocorre devido aos efeitos da tecnologia junto à globalização, aumentando o grau de complexidade dos conflitos e a rapidez pelo qual os cenários mudam. Nosso tempo é de transitoriedade, considerada como relatividade em razão do ritmo, escala, natureza e o alcance da transformação social, que alçam

<sup>4</sup> ¿Qué es la complejidad? A primera vista la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple. Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre [...]. De allí la necesidad, para el conocimiento, de poner orden en los fenómenos rechazando el desorden, de descartar lo incierto, es decir, de seleccionar los elementos de orden y de certidumbre, de quitar ambigüedad, clarificar, distinguir, jerarquizar [...] Pero tales operaciones, necesarias para la inteligibilidad, corren el riesgo de producir ceguera si eliminan a los otros caracteres de lo complejo; y, efectivamente, como ya lo he indicado, nos han vuelto ciegos (MORIN, 2005, p. 32 e 81-84).

tal magnitude que sucedem momentos de destruição e criação em uma velocidade frenética (SANTOS, 2005).

Uma sociedade complexa é marcada por bens sociais heterogêneos e não resulta da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico democrático. A partir da complexidade, tem-se que não existe um direito ideal, mas tão somente um direito que atenda às circunstâncias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstâncias imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos (BRUTAU, 1977).

Entretanto, o direito acaba se movimentando dentro de uma mirada teórica, objetivante, devendo calcular e prever, cujo reflexo é a lei, a qual tipifica condutas e estipula consequências, passando o direito a operar pela ameaça de coerção. O direito se imuniza contra o excesso, contra a abundância da vida. Desta forma, um primeiro passo em direção a outra visão do direito é advertir o caráter relativo da suposta neutralidade do direito. Essa constatação impulsiona como necessário o trânsito para outras formas de pensar (WARAT, 2004), modificando a racionalidade centrada na razão, que por muito empobreceu os ramos da ciência, dado que a linguagem da ciência traduz a complexidade significativa para uma complexidade conceitual; porém, quando logicamente ordenada, torna-se empobrecida<sup>5</sup> (WARAT, 2009).

<sup>5</sup> No plano paradigmático, encontramos, inicialmente, expressões por muito tempo rejeitadas, principalmente pelos juristas de cultura continental, e cuja pertinência é finalmente reconhecida. Assim ocorre com as expressões “integração social”, “controle social”, “orientação social”, “função promocional” [...] E tampouco nos surpreendemos ao ouvir falar de “potencial negativo”, de “história sem script”, de “alternativas ao direito”, de “direito informal”, de

Esta formatação epistemológica se deve ao fato de que as últimas tendências da ciência e da filosofia foram baseadas na verificação e objetivação, o que se estendeu à ciência jurídica. Surge assim a ideia de representação, proveniente do símbolo; é a ideia de que qualquer coisa pode ser revelada pelo fato de já ser esperada. Assim, não é a base da experiência a ideia de exata representação da natureza, mas sim o projeto matemático. A purificação da ciência jurídica foi uma forma de “despolitizar” (“despotenciar”, “eufemizar”) a intervenção dos juristas e apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou científica, distanciada dos conflitos sociais subjacentes. Esta operação de neutralização política da decisão jurídica tornar-se-á mais fácil se construir-se uma imagem dos juristas como acadêmicos distantes e neutrais, cujas preocupações são meramente teóricas, abstratas e eruditas (HESPANHA, 2017).

Em um contexto onde as necessidades fazem com que os interesses mudem com uma rapidez jamais vista e adquirem formas que ignoram o outro ou implicam numa exclusão ordenada de grupos e interesses alheios, mais do que nunca o direito pode ser uma ferramenta de proteção. As necessidades humanas são “[...] um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos” (RIBEIRO, 2010, p. 19), não são manifestações rígidas e imutáveis do humano, de modo que perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das luzes, pois esqueceu-se essa que a irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, gerando mutações caóticas

---

“complexidade”, de “metodologia transgressiva”. De abordagem “sociopolítica do jurídico e do judiciário”, de “novo sentido comum jurídico”, de “conversão reguladora”, de “identidade fragmentada”, de “condição translocal”, de “ação e interação significativas”, de “interação simbólica”, de “forma construtivista de realismo”, de “empirismo crítico”, de “análise interpretativa”. O próprio termo “globalização” adquiriu *paradigmático*. Ele abarca, com efeito, um “feixe de conceitos” – o conjunto daqueles que acabamos de citar anteriormente – através de cuja referência torna-se possível renovar os questionamentos propondo novas problemáticas (ARNAUD, 2007, p. 62).

no sistema. As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, reflexo das angústias e desejos humanos. O ambiente formado pela artificialidade impregnada do direito procura preexistir aos fenômenos, denotando um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea policontextual.

Essa formação é posta em questionamento hoje em dia, pois a complexidade agrega desafios ao direito como jamais vistos, o junto a evoluções em disciplinas fundamentais ao direito como os direitos fundamentais e os direitos humanos, que entram em confrontam frente a construções ideológicas e desumanizadoras perpetuadas por um paradigma acrítico e ultrapassado. Um dos principais pontos de questionamento sobre o direito legal hoje surge em virtude da ausência dos poderes executivo e legislativo na execução dos mandamentos constitucionais<sup>6</sup> e na regulamentação das pretensões sociais. É, inclusive, uma tarefa hercúlea apreender o social por meio de leis, de modo que o Judiciário, no que tange às construções possibilitadas pelo processo civil surge como alternativa democrática para a construção do direito em um mundo de complexidades.

[...] los planteamientos del paradigma de la complejidad prevalece la ética del dialogo y la voluntad de cooperar con los demás, con los otros científicos y con toda gente. La transdisciplinariedad significa el rechazo de todo dogmatismo, de toda cerrazón mental y de las actitudes autoritarias, vengan de donde vengan y las exhiba quien quiera que sea. Rechazamos cualquiera tendencia a la dominación, simbólica o física, de los hombres y de las mujeres, así como la dominación exploradora-destructora del conjunto de la vida natural (VILAR, 1997, p. 37-38, grifo nosso).

<sup>6</sup> Ou seja, em nosso País as promessas da modernidade ainda não se realizaram. Só que existe um imenso déficit social em nosso País, e por isso temos de defender as instituições da modernidade contra as tentativas de enfraquecimento do Estado. [...] (daí) a importância da função judicial enquanto possível interpretação e aplicação progressiva e criadora do ordenamento jurídico na sua totalidade, colocando-se, nesse contexto, necessariamente a Constituição como instância máxima para aferição do sentido das normas (STRECK, 2014, p. 89 e 104).

Diante de um quadro de complexidade social que reclama novas e adequadas soluções pelo direito, frente a uma ainda ciência jurídica apregoadada a um paradigma mecanicista do direito, refletir sobre novas possibilidades de revisitar ciência jurídica, como pela ciência do processo e através de um paradigma da complexidade, sendo este é assunto fundamental para se pensar a complexidade e modos de compreendê-la/apreendê-la de maneira humana.

### 3 DEVIDO PROCESSO LEGAL E A NECESSIDADE DE ULTRAPASSAR BARREIRAS DO FORMALISMO PROCESSUAL

Na constância do que acima foi discutido, pergunta-se como poderão as instituições processuais criadas para uma sociedade que emergia das convulsões sociais do começo da Idade Moderna, para os quais o valor supremo era a segurança, depois afinal conseguido pelo mundo do progresso e tranquilidade que caracterizou a sociedade do século XIX europeu, servir agora para uma sociedade tangida pela pressa, profundamente conflituosa, para a qual o sucesso, segundo a moral calvinista, é o único valor positivo<sup>7</sup> (SILVA, 1997). A modernidade aderiu ao direito a simplicidade jurídica, na busca de segurança para a vida em sociedade. Porém, isto não existe mais em tempos de complexidade, onde “[...] os fulgurantes progressos das tecnologias de informação, a globalização de economia, a aceleração das mutações culturais contribuem para ampliar este fenômeno”, onde não mais é possível encontrar soluções ideais – leis para regular os fenômenos plurais. O modelo de processo de conhecimento como processo declaratório, inserido dentro

<sup>7</sup> *En las actuales circunstancias resulta notorio que afloran fenómenos paralelos, complicados y recíprocamente influidos, cuales son la creciente judicialización de los conflictos, el activismo judicial y con ello el empeño de participar en el “gobierno” a través de la incidencia en las políticas públicas. Todos ellos tienen su explicación en una serie de factores concurrentes, intrínsecamente dinámicos y por ello mutantes, que pueden resumirse en: I) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; II) creciente “inflación” legislativa; III) novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; IV) “explosión” de nuevas conflictividades; V) el impacto de la “globalización” y de los sistemas de protección transnacionales (BERIZONCE, 2010, p. 21-22).*

do paradigma moderno, tem como base uma verdade é proclamada para que, por um juízo de certeza do magistrado pela utilização dos meios de ataque e defesa dos litigantes, será o processo no qual vigora a “separação de poderes” como base de sua sustentação (ARNAUD, 2007).

Ocorre que em uma sociedade complexa como a que se vive hoje, o direito apartado da sociedade não protege a dimensão agregada pelos direitos fundamentais e humanos. O processo civil, pela proposta, ocupa um lugar especial para o direito (seu lugar originário), reflexo dos avanços na ciência jurídica para um paradigma da complexidade. Passa-se de uma relação entre Estado-Constituição para uma entre Sociedade-Constituição, no qual a proteção constitucional é voltada não a defender a separação dos poderes do Estado, mas sim em se preocupar em desenvolver ferramentas democráticas e efetivas voltadas a proteção dos direitos humanos e sociais, voltada sim à separação dos poderes internos da sociedade, como o religioso do político, o midiático do financeiro, o econômico do judiciário, dentre outras “separações” que evidenciam teor democrático (ROUSSEAU, 2010).

Para melhor compreender sobre o fundamento de se falar em uma passagem do devido processo legal, é necessário apontar quanto à constitucionalização do processo, que esta ocorre em um primeiro estágio sob uma perspectiva formal da Constituição, podendo-se falar no caso em uma dimensão negativa dos direitos fundamentais frente ao Estado. O processo, nesse contexto, descrevia o modo como a máquina jurídica deveria trabalhar, caracterizando, de forma inconfundível, base constitucional do direito processual através das garantias processuais, voltada a uma proteção dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970) – ocasionado por um processo inquisitorial –, como para evitar que o legislador se opusesse a institutos processuais básicos para a defesa e liberdade.

Já em um segundo estágio, com a constitucionalização material do direito voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais

(garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), o modelo de hermenêutica constitucional muda, os conflitos também passam a ser vistos a partir do interesse público, desvelando nova dimensão ao processo civil e ampliando o papel político do processo. Ocorre um natural – e polêmico – aumento do controle jurisdicional, tanto no controle dos demais poderes como em razão da força que ganham os direitos fundamentais e humanos em um cenário pós-guerra. Com a cisão regra-princípio, porém, o processo civil passa a centrar-se diametralmente na *jurisdição*, por decisões assentadas na *filosofia da consciência* (STRECK, 2010), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial<sup>8</sup>. É a partir desse quadro que o presente debate surge, pois o processo justo surge dessa superação de uma demasiada centralização na jurisdição e com essa superação é possível falar em passagem do devido processo legal, pois mesmo com a constitucionalização do direito, a constitucionalização material do processo ainda não foi alcançada, estando o processo cerrado numa concepção de “devido processo legal” – muito repetida por juristas, inclusive.

Delineada o processo ganhando essa nova tônica que tem a preocupação alcançar sim a garantia de um processo justo, mais do que um “processo legal”, *colocando no primeiro plano ideias éticas*, em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento, ao qual se limita o devido processo legal, marcado por contornos provenientes de uma ciência processual ultrapassada, caracterizada por fenômenos variados, que vão desde um apego às formas e desconsideração da substancialização destas, como um apego a legalidade ou ao voluntarismo judicial, ignorando em

<sup>8</sup> Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas o grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitavelmente um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos de direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciais. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, tece o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes (CAPPELLETTI, 1993, p. 42).

ambos os caso o processo, os debates e as partes na construção do direito. O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito são reduzidos à lei ou a discricionariedade na falta desta. Nesse sentido, os princípios constitucionais aplicados ao processo podem e devem dar uma nova perspectiva ao direito e ao processo civil, principalmente no que toca à participação democrática da sociedade na construção do direito, que representa dois importantes princípios fundamentais: cidadania e proteção da dignidade humana.

Essa perspectiva superadora do devido processo legal apresenta um modo de incorporar a política no dia a dia da sociedade, pois naqueles tradicionais locais de discussão política sobre o bem comum, onde ela está *purificada*, como as assembleias onde se discute e legisla, as esferas do Estado onde se tomam decisões, jurisdições supremas, exatamente nesses lugares, se propaga a opinião desencantada que há pouco a deliberar e que as decisões se impõem por si mesmas.

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração do grau de participação e voz no processo, pois busca-se concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem “[...] que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação, tão intensa e constante quanto seja possível” (SILVA, 1988, p. 11) e que tenda a “[...] penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao indivíduo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático” (RIBEIRO, 2010, p. 96). Em uma democracia,

La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funziolale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma dela norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che próprio nel processo,

caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata (MORO, 2012, p. 92).

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem na forma hierárquica e piramidal<sup>9</sup>.

## 4 UM PROCESSO JUSTO COMO POSSIBILIDADE PARA SE FALAR EM UM DIREITO JUSTO

A filosofia do direito processual tem base em um processo justo, desvelando a conexão entre processo e direito. O constitucionalismo inaugura o Estado Democrático de Direito, ou o que se denomina, na atualidade, como Estado Ativo Responsivo,<sup>10</sup> conceito que considera a democracia como uma construção que revisita suas instituições com o fim de conciliar a participação e a cidadania como aspectos elementares para a legitimação das decisões: “[...] devido processo constitucional que é o recinto de fixação jurídico-principiológica instituinte dos direitos fundamentais como ponto de partida da teorização jurídica da democracia para a criação normativa de direitos a se efetivaram processualmente no mundo vivente” (LEAL, 2002, p. 31).

<sup>9</sup> Nesse sentido ver Ost, o qual critica a forma piramidal de produção jurídica, e também ver Arnaud, que fala sobre a policentralidade no direito (ARNAUD, 2007; OST, 2017, p. 15-48).

<sup>10</sup> Uma instituição formalista e presa a regras não está realmente em jogo em seus conflitos com o seu ambiente. Provavelmente se adaptará de modo oportunista porque carece de critérios necessários a uma reconstrução racional de políticas inadequadas ou ultrapassadas. Somente quando uma instituição é verdadeiramente propositiva pode haver uma combinação entre integridade e abertura, norma e discricção. É por esse motivo que o direito responsivo pressupõe que o propósito pode vir a ser válido o suficiente para assegurar uma produção adaptativa de normas (NONET; SLEZNICK, 2010, p. 125-126).

Mesmo com essa perspectiva, o processo hoje tem a estrita finalidade de pôr fim ao litígio pelo predomínio de uma operação lógico-matematizante no direito (teoria do fato jurídico) ou o predomínio da filosofia da consciência (solipsismo judicial), sequer abrindo horizontes para a discussão de uma participação democrática e construção do direito democrático pelo processo. A cidadania representa nada menos do que participação no debate público, o que inclui o direito, de modo que falar hoje em um direito democrático implica enfrentar esse importante fundamento da sociedade. O cidadão ativo é o modelo de indivíduo que corresponde à atual leitura da constitucionalização do direito, e por esta visão o processo justo encontra fundamento, reformulando a arquitetura processual:

[...] dire che le garanzie del processo vengono enunciate nel contesto della reinvidicazione dei diritto fondamentali del cittadino, come strumento necessario per la realizzazione di questi diritti. Non è un so che in Italia e in Germania di tali garanzie si parli in ostituzioni che seguono alla catuta dei regimi totalitari e che, in contrasto e reazione rispetto alle ideologie di questi regimi, mirando realizzare modelli di Stato democratico. Un fenomeno in tuto simile si verifica poi i Spagna e in Portogallo, quando anche in quei Paesi avveine la aduta di regime autoritari, e nuove Constituioni segnano la nascita di sistemi democratici. Ancora, la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo è una solenne riaffermazione di questi diritti contro i regimi che in Europa li avevano negati e violati. In questa prospecttiva emerge con chiarezza la funzione politica dell'enunciazione delle garanzie fondamentali del processo: esse reppresentano infatti un aspetto essenziale della natura democraie dello Stato, e segnano la contrapposizione della concezione democraia del potere e dell'ordinamento giuridico rispetto ai regimi autoritari o totalitari. Questi, infatti, si caractterizzano per la negazione, il dionoscimento e la violazione dei diritti e delle garanzie, in particolare di quelle che appaiono finalizzate a far sì che tutti i cittadini possano ottenere giustizia (TARUFFO, 2004, p. 120).

Com as garantias processuais legitimadas constitucionalmente e de forma material, o devido processo legal passa a ser um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI da Constituição Federal). Nesse sentido, o processo deve reivindicar sua qualidade de direito fundamental, responsável por buscar a satisfação de um ideal de justiça ligado a um direito

mais humano, mas solidário e mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALÁRCON, 2000). A matriz do processo justo não somente busca defender a normativa dos direitos constitucionais e humanos, mas também ser capaz, efetivamente, de modificar a realidade social por um direito mais participativo, elevando-se a um *maxi* princípio fundamental (CALAMANDREI, 2017). O processo justo tem sua força dada a síntese que opera entre a garantia processual e a epistemologia Constitucional. A justiça do Processo deve estar presente no início, no desenvolvimento, na conclusão. O direito justo, reflexo do processo justo, combina participação democrática e direito, reformulando a tutela judicial e exige, para tanto, a aplicação das garantias e direitos fundamentais, refletindo grandes consequências práticas.

De tal modo, relativiza-se não só o conceito de legalidade, o qual a interpretação pode resultar mais ou menos jurídica ou menos política, mas sobretudo o conceito de justiça. Tal conceito, tão importante para a existência do homem por recolher no curso dos milênios a atenção dos intelectuais como simples homens da rua, não pode não levar conta, se desconsiderado em uma perspectiva operativa, os efeitos complexos de uma determinada decisão judiciária. Em tal âmbito, não obstante as incertezas de suas possíveis interpretações, o conceito de justiça parece de fato em condições de desenvolver uma função essencial: fornecer um ponto de vista externa ao ordenamento (FEBBRAJO, 2016, p. 97).

A constitucionalização do processo civil ocasiona uma *centralidade do ordenamento normativo processual*, dado que os direitos fundamentais e humanos propiciam uma amplitude interpretativa. Nesse sentido, a democracia em uma sociedade complexa não se expressa apenas como formal (vertical), mas, também, substancial (horizontal). Esses novos sentidos propiciam maior proteção de direitos em benefício dos indivíduos, tornando-os ativos em busca de conquistas políticas. Os princípios, os direitos humanos sempre devem oxigenar a lei e também servir de marco para a criação de novos direitos, o que é e pode de maneira mais abrangente ser operacionalizado pelo processo: novos direitos, transformações manifestam o significado da constitucionalização do processo e do direito (MORELLO, 2000). Busca-se caminhar a um sentido mais

democrático de direito, passando-se de uma centralização na jurisdição para o processo, voltado a melhor atender as necessidades contextuais, superador do formalismo jurídico e do positivismo, pois é canal que conecta com maior rapidez e prática os conflitos sociais – faceta da complexidade social – ao direito, sendo ramo prático e sensível as manifestações sociais.

Uma vez que há um primeiro momento político do Direito, expressado por sua constituição/criação pelo legislador, ocorre um segundo momento político quando o direito é ressemantizado e, paralelamente, existe um campo jurídico não-estatal, que consiste nos conflitos que superam o que é lei, o que se torna um elemento de participação social. Pelo posto, é evidente o Direito possui em seu âmago componentes legitimadores da dominação social, razão pela qual o direito é eminentemente político e extrapola o Estado em razão das relações de poder que ocorrem na formação social (ROCHA, 1998).

Sob essa ótica, a filosofia do direito processual civil assenta suas bases em um processo justo, com ampla participação por meio do debate processual, possibilitando assim proposições de novos direitos e dignificação de direitos preexistente e injustos ao caso concreto, na busca de importantes princípios como dignidade humana e cidadania, buscando tornar a criação e ressemantização do direito tarefa mais democrática frente a uma sociedade policontextual e complexa.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lo natural del derecho consiste em estar íntimamente compenetrado con la sociedad, es decir, estar em el centro de la fysis de ésta, ser estructuralmente partícipe de ésta. No es el instrumento coercitivo del soberano o el espacio para los vuelos tóricos de un doctrinario; puede también serlo, puede convertirse en ello, pero en primer lugar es algo más y es algo diferente (GROSSI, 2003, p. 45).

O direito processual hodierno é importante instituto no cenário atual, pois hoje é o judiciário que absorve e decanta o sem número de conflitos e de

violações a direitos humanos e fundamentais de um contexto plural e, diante dessa realidade, nada mais natural do que se discutir como pode esse processo servir também a democracia e, em seu âmago, também respeitar princípios constitucionais voltados a maior participação do indivíduo na construção do direito. De nada adianta propiciar uma abertura de portas pelo judiciário para serem levados os conflitos se a voz dos indivíduos mal ecoa quando da construção do direito.

A presente reflexão dá suportes para pensar como direito se comportará, tanto como direito estatal como os “não direitos”, frente a gama de inovações que apresentam novos cenários ao direito. Buscou-se dar bases para se pensar que o paradigma da complexidade reflete um novo período ao direito, onde este é reformulado pelas normas constitucionais e por uma exigência de justiça, de participação como jamais vista, por meio do qual o processo civil pode servir como meio de legitimação das decisões pelo processo justo, colaborativo, dialogal e fundamentado.

O contexto supera o texto e o direito hoje é mais do que previsão, do que se limitar ao mundo jurídico, pois o direito é um sem-número de possibilidades, expressada pelos conflitos que surgem e representam uma pluralidade de ameaças e lesões a direitos. A tutela dos conflitos hoje é realizada em sua maior parte pelo Judiciário e pensar modos de democratizar essa instância foi o objetivo da reflexão, por isso compreender que a discussão sobre o direito processual hoje é fundamental se quando se fala em democracia, participação social e proteção dos direitos humanos e fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALARCÓN, R. B. El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. **Proceso & Justicia**, Lima, Perú, p. 67-81, 2000.

ARNAUD, A.-J. **Governar sem fronteiras**. Entre globalização e pós-globalização. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERIZONCE, R. O. Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. **Civil Procedure Review**, v. 1, n. 3, p. 46-74, sept./dic. 2010.

BERMAN, M. **Todo lo solido se desvanece en el aire**: la experiencia de la modernidad. Madrid: Siglo Veintiuno, 1988.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 9 jul. 2016.

BRUTAU, J. P. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, P. **Processo e democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAPPELLETTI, M. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CHARLES, S. **Cartas sobre a hipermodernidade**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CHEVALLIER, J. **O estado pós-moderno**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

FEBBRAJO, A. **Sociologia do constitucionalismo**. Constituição e teoria dos sistemas. Curitiba: Juruá, 2016.

GROSSI, P. **Mitología jurídica de la modernidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GUILLEN, V. F. Bases uniformes de legislación procesal. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL, 5. **Anales** [...] Bogotá, 1970.

HAN, B.-C. **Tipología de la violencia**. Madri: Herder, 2013.

HAN, B.-C. **Hiperculturalidad**. Barcelona: Herder, 2018.

HESPANHA, A. M. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milénio. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017.

LATOURE, B. **Reagregando o social**. Uma introdução à teoria do ator-rede. Bauru: Edusc, 2012.

LATOURE, B. **The making of law**. Malden: Polity Press, 2010.

LEAL, R. P. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LIPOVETSKY, G. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LYOTARD, J. F. **La condicion postmoderna**. Madrid: Catedra, 2000.

MORELLO, A. M. **El derecho y nosotros**. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, E. **Introducción al pensamiento complejo**. Barcelona: Gedisa, 2005.

MORO, P. (org.). **Il diritto come processo: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista**. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

NONET, P.; SLEZNICK, P. **Direito e sociedade**. A transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

OST, F. Pra qué sirve el derecho? Para contar hasta tres. **Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho**, Madrid, Espanha, n. 40, p. 15-48, 2017.

PASSOS, J. J. C. de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdiccional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, L. S. **Epistemologia jurídica e democracia**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

ROUSSEAU, D. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. **Confluences Méditerranée**, n. 73, p. 31-36, 2. sem. 2010.

SANTOS, B. de S. El uso Contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 39, p. 363-420, 2005.

SEN, A. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, O. A. B. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, O. A. B. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SMART, B. **A pós-modernidade**. Mira-Cintra: Publicações Europa-América, 1993.

STRECK, L. L. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TARUFFO, M. La garanzie fondamentali dela giustizia civile nel mondo globalizado. **RTDC. Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 17, jan./mar. 2004.

TOURAINÉ, A. **O que é democracia?** Petrópolis: Ed. Vozes, 1996.

VILAR, S. **La nueva racionalidad**. Comprender la complejidad con métodos transdisciplinarios. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

WARAT, L. A. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito**. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.



# FILOSOFIA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: NOVOS ATORES SOCIAIS PARA UM NOVO CPC<sup>1</sup>

## RESUMO

O Código de Processo Civil apresenta releitura epistêmico constitucional, com uma proposta mais democrática do processo, objetivando colmatar rupturas/valas aprofundadas de um Direito Processual inflexível em que o cidadão restava submisso ao Estado. Nesse contexto, pautada em tendências democratização do processo, o cidadão, como um novo partícipe do jogo processual/social, figura no centro do que vem sendo conhecido como “Fenômeno Conflitológico de Interesses”. Para tanto, necessário se faz alterar horizontes na discussão jurídico processual, momento em que exsurge a análise humanista do direito contemporâneo, pautado em um Estado Constitucional reflexo de um Estado Democrático de Direito (função instrumental do Processo), expediente que só será possível se pautada em uma reconfiguração democrática (democracia participativa). Nesses novos meios práticos fruto da constitucionalização do processo o ser e o outro se correlacionam por uma dialética prática que reformula o elemento processual (democracia participativa). A sociedade complexa, nesse sentido, tem por esse ambiente de discussão, local para discussão dos fenômenos conflitológicos de interesses.

**Palavras-chave:** Novo código de processo civil. Democracia. Processo. Fenômeno conflitológico de interesses. Filosofia. Constitucionalização do direito.

**Sumário:** 1 – Introdução; 2 – Filosofia e Direito e sua conexão com o Processo; 3 – A Inerente Relação do Processo com o Existir; 4 – Conflito e Processo: a Existência; 5 – Novas Partes no Processo; 6 – Considerações Finais; 7 – Referências.

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado em outro momento, junto ao evento de Sociology of Law: entre o caos e a desconstrução, no ano de 2018, pela editora Unilasalle, e tem como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

## 1 INTRODUÇÃO

Os novos princípios do CPC/15 buscam incorporar em caráter definitivo a conjunção da Democracia e do espírito participativo do cidadão quando, em seu texto normativo, reconhecem no Processo Civil a epistemologia constitucional, deixando explícito esse novo caráter (dialógico) conforme disposto nos artigos 1º a 11º do referido diploma. Nesse sentido é possível considera o processo nos termos de aquilo que se referia Francesco Carnelutti, ou seja, uma visão supralegal, metalegal ou supranormativa, que supõe uma filosofia do Direito e do Processo. Satta já aduzia “em todo processualista há um filósofo oculto” (VALLEJO, 2011).

A principiologia adotada demonstra uma nova preocupação do Processo Civil quanto a proposição de um novo Processo, baseado no diálogo, no contraditório, na cooperação e na ampla defesa. Busca-se, como nunca, a maturação das perspectivas constitucionais do Direito Processual Civil, pois as regras processuais, aplicadas junto aos princípios, exasperam a normativa processual que se almeja para a decisão justa do Processo. Longe de se pugnar que a lei processual é capaz de expressar na sua dogmática a capacidade do processo, salienta-se que a mudança denota uma *vontade* de mudança das aspirações do Processo Civil.

Com o art.489, §1º, é reconhecido por lei a obrigação de motivar a sentença, outrora muito bem explanada pelo professor Michele Taruffo, apresentando a devida motivação. No mesmo sentido, o art.139, ao prever o dever de direção do juiz e suas respectivas prerrogativas junto ao processo. Tal expressão é a tendência dos Processos Modernos, onde o juiz ocupa posição mais ativa. Ainda, a Lei Processual prevê, ao lado do mencionado artigo, no art.143 a responsabilização do magistrado nos casos em que proceder com dolo ou fraude, no exercício de suas funções ou quando

recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providencia que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

A jurisdição busca tornar-se espaço para resolução dos anseios sociais, como espaço Democrático de criação/concretização do Direito, que reconhece no cidadão um sujeito (ativo) para perseguir a pretensão à tutela jurídica. Desse modo, a (re) modelação das partes no processo tem potencial de ressignificar a jurisdição como espaço Democrático. Dessa maneira, inviável falar-se em Estado, Direito e Sociedade sem a referência ao pressuposto social que dá voz a esses poderes, qual seja, o conflito.

Nesse contexto, o Direito nasce da conduta humana da transcendência das manifestações de poder da subjetividade à intersubjetividade, apresentada pela dimensão existencial, que é fruto do *fenômeno social*, o qual incide na formação da experiência. Experiência com sentido de índole histórica, forma que se molda a compreensão do mundo (PALMER, 2002). O Direito é *social* e, em um sentido mais profundo, apresenta-se pela *linguagem*.

A Hermenêutica-Fenomenológica (voltada à interpretação) visa a *compreender* união que possibilita que se desvele e se entenda significados, hábitos e práticas do ser humano pela linguagem. A ampla democratização do processo, deve estar fundamentado pelo círculo hermenêutico (interligando compreensão, interpretação e aplicação) para que reste efetivada a mudança apresentada pelo Novo Código de Processo Civil.

A matriz teórica que sustenta essa inseparável relação entre processo, Estado e Constituição é a hermenêutica filosófica, na medida em que esta faz da compreensão, interpretação e aplicação um processo unitário (GADAMER, 1997) e a metodologia jurídica jurisprudencialista (Castanheiras Neves), o que permite uma revalorização do caso concreto.

## 2 FILOSOFIA E DIREITO E SUA CONEXÃO COM O PROCESSO

A filosofia do Direito é a disciplina arquetípica da Ciência do direito. Vale destacar que, antes de tudo a filosofia aproxima-se muito mais da poesia por tratar das metáforas vivas do fenômeno, que da própria ciência, objetificadora de *ismos* e de desejos.

El ajuste porque la Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia y Filosofía presupone la existencia de la Ciencia porque la Filosofía trabaja sobre la Ciencia, y no o la inversa, y sólo cuando la Filosofía reflexiona sobre la ciencia puede obligarse la esperanza de que el conocimiento filosófico le resulte de algún provecho al científico (COSSIO, 1944, p. 16).

A hermenêutica e o direito, juntas, representam que o fenômeno da compreensão e da correta interpretação do compreendido não é somente um problema específico da metodologia e das ciências do espírito. Existem desde antigamente também uma hermenêutica teológica e uma hermenêutica jurídica, mesmo que seu caráter concerna a teoria da ciência que ao comportamento prático do juiz o do sacerdote formados em uma ciência que se põe ao seu serviço. Deste modo, desde a sua origem histórica, o problema da hermenêutica vai mais além das fronteiras impostas pelo conceito do método da ciência moderna. Compreender e interpretar textos não é somente uma instancia científica, senão que pertence com toda a evidência à experiência humano do mundo (GADAMER, 1997).

A filosofia do direito é parte da filosofia do homem, e ambas dependem da filosofia do mundo (MIRANDA, 1972). No que se refere especificamente à filosofia do Direito ela apresenta tarefas em duas vias: de um lado, deve fixar, globalmente, o lugar o qual ocupa a pergunta pela essência e fundamentos do direito no contexto das tendências filosóficas do nosso século; de outro

lado, deve pôr à prova e coordenar entre si essas tendências a partir do *locus* (diferido do *nomos*) filosófico que chamamos Direito (LINDAHL, 1990). Por essas perspectivas, apresenta consequências de grande interesse: quer *legislativa*, quer *interpretativa* (FALCÃO, 1997). Nesse nível, a filosofia do direito deve arrastar consigo o direito existente, quando atrasado relativamente ao movimento da civilização (MIRANDA, 1972).

O conflito é o fenômeno que dota o humano – passivo – de humanidade; é um existenciário que movimenta o inerte. Sem o conflito, não seríamos ontologicamente humanos, seríamos ente ora objetificado e ora assujeitado. A tomada de consciência do ser faz com que a exposição dos sentidos por uma vida perceptiva da vida ordinária dote-o de vivência a partir do existir próprio de cada ocasião. Estamos aí no mundo e não nos é dado conhecer previamente o que virá. Estar-aí é a intersubjetividade circular que supera a dominação exercida pela relação subjetiva/objetiva. O homem é catarse, é conflito, é ser. As formas puras não acompanham a contingência humana e diferente não seria com o que ocorre com o direito.

Transcende assim, o processo de seu próprio conceito, sendo ele, por sua natureza pública, politicamente um espaço de debate democrático e, processualmente, um sistema jurídico no qual convergem situações diversas. Essas situações são os conflitos, que unem as partes em torno de um mesmo núcleo, o objeto processual, que, por sua vez, carrega em si a pretensão processual. O processo, desde a teoria do direito é uma fonte de criação de norma jurídica, a sentença judicial.

O ponto que se cruza a função do legislador e a função do juiz está marcado pelo processo, pelo qual realiza a criação não do direito, senão uma experiência onde o direito estava fora, por cima da experiência, flutuando no vazio (BERNAL, 1943).

A identidade Estatal da democracia por meio dos cidadãos amplamente ativos, “[...] que só poderá ser aquela que privilegia e estimulada à participação,

tão intensa e constante quanto seja possível” (SILVA, 1988, p. 113) tende a “[...] penetrar nos meandros processuais, onde as garantias constitucionalmente previstas dão ao indivíduo meios de assegurar que ele se confronte com o posto e busque um aprimoramento do debate democrático” (RIBEIRO, 2010, p. 96). No qual o ser é figurante apenas como cidadão, onde o adjetivo de participação passa a ser o novo referencial em termos democráticos, inserção e (re)qualificação do povo, para além de mero ícone. Conclui-se a participação do cidadão pela busca da tutela jurídica “[...] *dei nuovi diritti sta próprio um questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri*” (DENTI, 1988, p. 19).

Por essa abertura democrática que se deve buscar para transformar o evento, o processo constitucional aparece como dialética processual tendo na sua estrutura uma abertura existencial

In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta constatazione concretiza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamente nel proceso che, per sua intrínseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e racionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la própria tesi, ma anche e soprattutto di contraddire l'avversario in una lite destinada per expressa richiesta dei disputante ad una composizione giudiziale (MORO, 2012, p. 16-17).

O processo é conflito, é discussão, é dialética, é o existir na medida em que posto como processo constitucional. Em uma democracia

La dialettica processuale resulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionalista anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che próprio nel processo,

caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialética delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata (MORO, 2012, p. 92).

A Lei, quando posta numa correlação entre processo e teoria do fato jurídico, expressa-se como elemento anterior aos fatos, o que denota o caráter estático daquela, resposta-reflexo de um mundo *não-mítico* “A lei é autônoma e, não obstante, socialmente contingente. É identificada com a estabilidade e ordem e, não obstante, ela própria muda e reage à evolução histórica”. A lei é um imperativo soberano e, não obstante, a expressão de um espírito popular. Sua transcendência quase religiosa se contrapõe à sua temporalidade mundana. Ela corporifica o ideal e, não obstante, constitui um modo da existência presente. Em uma época do mito desabrido, essas irresoluções persistentes, que compõem o verdadeiro repertório do debate jurisprudencial, poderiam ser prontamente resolvidas em realidades variadas e, não obstante, afins. No entanto, essa solução não está explicitamente disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é disponível nessa modernidade em que a realidade foi unificada e a verdade é indisponível. E não só isso: a lei típica uma forma moderna de autoridade racional que rejeita a repartição da vida entre diferentes reinos míticos. Em suma, as persistentes contradições a respeito da lei correspondem a suas dimensões míticas, ainda que estas não possam ser reconhecidas em um mundo não-mítico (FITZPATRICK, 1992).

### 3 A INERENTE RELAÇÃO DO PROCESSO COM O EXISTIR

O Direito erigiu-se junto ao individualismo de maneira que o Processo Civil institucionalizou-se junto ao perfil rígido científico com estratificações que rompem com misticismos e estabelece um mecanicismo para a proteção dos Direitos de um frente ao outro, inclusive frente ao Estado. Nesta fase,

o Direito era utilizado por somente 3% da população. Este jeito de dirigir o Direito estimulou uma reflexão jurídica desvinculada da realidade social. O Direito acaba por espelhar um sujeito egoísta e irracional na sua vontade de racionalidade assídua. A antinomia da autonomia individual e social e a expansão do racional marcou o *Conflito na Modernidade*. Dessa forma, a constituição do Direito Moderno é feita com base no conceito de subjetividade individualista. A perpetuação da visão do sujeito pela ótica da individualidade ocasionava atomização da vida social, que impossibilitava a criação de um Estado para com o exercício da política participativa.

A dialética processual “*apoyase en el contradictorio*” (CALAMANDREI, 1960, p. 157-158), ou seja, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida com a colaboração das partes (PICARDI, 2000, p. 143) que foi revalorizado a partir da metade do século XX através de *Carnelutti, Satta e Fazzalari*, ambos evidenciaram o caráter dialético, dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz. Em complemento Fazzalari, alude que os “[...] arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Em outros termos,

[...] há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar (FAZZALARI, 2006, p. 141).

Novas formas de intersubjetivação e subjetivação, manifesta essa multiplicidade em prol de um antagonismo que é politizado por sua capacidade de reflexão unido à potência. Aqui reside a maior crítica ao conceito racionalista do sujeito unitário, encontrado na Filosofia Hermenêutica, sendo ele (por essa análise) um sujeito sem identidade estabelecida.

As estruturas rígidas de um sistema jurídico voltado à produção individualista do Direito e com a sua formação voltada à Democracia Representativa, lhe é repensada frente à Constitucionalização do Direito, que surge como o amanhecer do Estado Constitucional de Direito. Os institutos jurídicos adquirem uma ampliação em sua Hermenêutica interpretativa, fazendo com que os mesmos sejam compreendidos junto ao sistema constitucional como um modelo que perpassa a democracia representativa em busca de um modelo participativo.

As novas posições intersubjetivas fruto do apelo Constitucional, expressadas pelo Direito Constitucional, permearam o Estado Social Democrático, acarretando uma ruptura do individualismo em busca dos elementos de resgate da existência humana, procedimento que propiciou transição da subjetividade individual à intersubjetividade social restando reconhecida, a título de exemplo, a função social da propriedade, expedientes que contribuíram para o tímido nascedouro de um sujeito que transcende a subjetividade individual.

O reconhecimento de uma relação de recíproca implicação entre o processo civil e as manifestações plurais da sociedade realça que o direito processual sofre os influxos das mudanças ocorridas na sociedade e na própria maneira de absorver o direito (teoria do fato jurídico), pois a crise normativa sentida mais se relaciona com a incansável produção de direito pelo homem.

O processo, dessa forma, não pode desconsiderar que os problemas formativos do direito como regulação implicam que a instância judicial não desconsidere que o Judiciário não pode ser visto apenas como um local de *instrumentalização* do direito. Nesse sentido, os princípios constitucionais atuam no resgate da existência do ser, ao normatizar pressupostos básicos para o reconhecimento da existência. Alicerça-se tal concepção, a partir das premissas de que o processo é um reflexo das concepções dominantes sobre o papel do Estado (DAMASKA, 1986) e que entre Estado e Constituição há

uma co-pertença, uma necessária reflexão sobre o processo civil calcada na teoria do Estado Democrático de Direito e na teoria da Constituição que, nos moldes do Constitucionalismo Contemporâneo brasileiro, impõem um papel ativo por parte do Estado e, especialmente, do Poder Judiciário, na ‘criação’ dos direitos fundamentais.

Os estudos contemporâneos de direito processual propõem-se a pensar o processo civil a partir da cultura, o que, efetivamente, tem servido para retirar o processo civil da metodologia própria da primeira metade do século XX, sustentada no fascínio pelas grandes construções conceituais e por uma aparente neutralidade, como refere Vittorio Denti (1988). No entanto, o estado atual das reflexões processuais no Brasil, apesar de tomar como base a superação do cientificismo processual, ainda é limitado e insuficiente, pois não leva em conta o papel compromissório e dirigente da Constituição brasileira e o perfil de Estado Democrático, que se configura como um modelo de Estado ativo (DAMASKA, 1986), de modo que o processo e a jurisdição permanecem incapaz de dar conta de toda a gama de problemas que envolvem a democracia brasileira, principalmente, a carência na ‘criação’ de direitos fundamentais.

E nasce assim o Direito, das necessidades que se insculpem na vida cotidiana do ser e da sociedade por uma gama enorme de desejos e angústias, as quais tem sua fluidez em um contexto que se impõe pré-existentes em um texto, assim passado, futuro e presente misturam-se criando da estaticidade a dinamicidade do jurídico ao homem.

As necessidades humanas são “[...] um estado afetivo, de caráter subjetivo e pessoal, que é suscetível de variação e intensidade, qualidade e quantidade, de indivíduo para indivíduo, e dentro do indivíduo em ambientes e tempos diversos” (RIBEIRO, 2010, p. 19) perpassam sua simples razão de existir dada a racionalidade imposta pela era das Luzes, pois esqueceu-se essa, mais precisamente no tocante a Ciência Positiva do Direito que a

irracionalidade se impõe com maior relevância na vida cotidiana, assim gerando mutações caóticas no sistema.

As necessidades perpassam o “eu” e chegam colapsar muitas vezes ao “outro”, assim chegando a sua externalidade formada pela intersubjetividade que é eliminável se tratando de sociedades, sendo que, estas são sociedades complexas policontexturais.

As necessidades se apresentam como pulsões e revelam-se pelo interesse, o qual pode ser revelado pelas angústias e desejos humanos.

Com a Filosofia do Direito Hermenêutico-Fenomenológica busca-se a compreensão do Direito, harmonizando o conhecimento com a consciência e com a experimentação da sabedoria, servindo o processo de conexão entre essas duas realidades exclusivas do ser humano. 1) capacidade racional; 2) e sua experimentação real de condutas. Haja vista, que a filosofia do direito perpassa o que se compreende por experiência jurídica, pois ela pode assim a filosofia perpassar o conhecimento do fenômeno jurídico por si.

O ambiente formado pela artificialidade impregnada no Direito em sua inorganicidade demonstra até mesmo na construção de teorias modernas sua preocupação para com sua objetividade que impregna-se em textos que procuram pre-existir aos fenômenos, pois assim cria um ambiente estático que não vem a acompanhar a dinâmica imposta pela sociedade contemporânea, contemporânea mas sempre sociedade policontextural.

As atuais tendências do direito procesual contemporâneo é que se compõe de estudos sobre a nova dinâmica do direito processual, retirando sua fase instrumental de acordó com as novas tendencias constitucionais e políticas, desde o Estado Social de Direito. A qualidade e a eficacia dos operadores jurídicos que fazem parte da administração de justiça e daqueles que são verdadeiramente partes processuais, pende altamente do

entendimento e da correta aplicação do direito processual como instrumento complexo que moldeia e aplica ao direito substancial.

## 4 CONFLITO E PROCESSO: A EXISTÊNCIA

A essência do homem não é fixa, porém a natureza do homem tende a uma ordem social. A Dimensão “Fenômeno Conflitológico de Interesses” é a conduta humana em interferência intersubjetiva (COSSIO, 1954) e faz parte do domínio da esfera ontológica do sujeito que se manifesta através da linguagem dialógica, cujas dinâmicas dão vida aos Fenômenos sociais, afetando diretamente a composição e a decomposição do Direito.

Para a compreensão do fenômeno conflitológico de interesses, necessária ser faz a fenomenologia filosófica, prática que se opõe ao mundo da razão-cartesiana. Deste modo, a fenomenologia interpretativa tenta desenvolver um entendimento voltado à compreensão do ser humano no que tange aos seus compromissos, significados e práticas adquiridos no mundo de que faz parte, restando, nesse contexto, importante os conceitos performativos da Ciência do Direito Processual, junto a uma pré-compreensão (AMADO, 2003) estabelecida.

O direito, através do processo, possui o desafio de concretizar essa convivência em meio às confluências de uma pluralidade complexa, de modo que o fenômeno conflitológico de interesses deve ser visto a partir de uma base social que aceita e resolve o conflito com uma resposta de Direito.

Quando existe uma sociedade complexa, tem-se que os bens sociais são heterogêneos, e não resultam da ideia de um bem comum. A igualdade que é buscada em uma sociedade, assim, não pode ser vista como uma homogeneidade, senão como uma complexidade na qual reside a peculiaridade de cada esfera, e que tem na sua diferença a manutenção do espírito crítico

democrático. Essas ondulações permitem que o bem social não fique nas mãos de nenhum poder de dominação.

Essa decantação do fenômeno conflitológico de interesses cria uma esfera democrática superior àquela mitologizada e perpetuadora de um controle exercido pelo poder. Estes fenômenos, quando invisíveis, merecem especial atenção, pois estão consagrados junto ao imaginário social e dificultam a apreensão e interpretação do evento. Em um campo social em que o poder está presente em todas as partes a partir dos olhos, importa saber descobri-lo naqueles locais onde se deixa ver menos, onde é ignorado.

A ordem de integração deve conscientizar o ser de sua atuação. Dado que o centro do pensamento discursivo é expresso por um submetimento da realidade a um mecanismo de defesa baseado na exclusão e no domínio expressada pela razão instrumental (WELLMER, 1993) a ciência natural do homem que tem seu fim na objetivação e sistematização, encontra sua expressão nos processos de racionalização vazia de uma sociedade moderna e que são trazidos para a sociedade pós-moderna, por via da burocracia, do direito formalístico, de instituições formalizadas na sociedade e nas economias modernas, que expressam as bases de uma sociedade de rendimento.

Assim, resta premente uma releitura democrática (perpassando a democracia representativa), nascedouro da democracia participativa como ferramenta capaz de, pelo Novo Modelo de Processo, dar um maior espaço ao ser, transformando-o em um novo ator social.

Como ferramenta de maturação do desvelar do fenômeno conflitológico de interesse, entender o cerne do conflito é necessário para que se possa conceder a esse fenômeno novos tratamentos na sociedade contemporânea (democracia participativa) – que tem como virtude maior o debate para a reformulação constante dos seus ideários, por meio da Constituição Federal e suas diretivas de Direitos Humanos/Fundamentais.

É nesse contexto que os Fenômenos Conflitológicos de Interesses estão intrinsecamente ligados à natureza do sujeito no tocante ao Ser e o que os diferencia no passar do tempo é a forma e a expressão que ele toma. Assim, a proporção e as expressões dos conflitos acompanharam essa nova realidade, tomando novas formas de expressão, sendo que na pós-modernidade os fenômenos conflitológicos de interesse ganham relevância em razão da “pluralidade social dinamizada e em constante mutação” vivenciada no *plexo* do existir do Ser.

Essa pluralidade de manifestação sócio-cultural é cabalmente observada de uma determinada cultura à outra, o que demonstra a diversidade comportamental do ser, denotando as intensas transformações contextuais sociais (GUIDDENS, 2005). A *hiperconexão*, produto de um complexo processo evolutivo, somente pode ser controlada por meio de modelos que contrasta empírico e pragmático com a realidade posta, ou seja, por uma visão contextual do fenômeno social.

A partir da complexidade, tem-se que não existe um Direito Ideal, mas tão somente um Direito que atenda às circunstâncias sociais que vise a regular. Seria preciso que na vida social não irrompessem jamais novos fatos para que pudesse lograr existência um Direito cujo caráter ideal fosse o de estar formulado de uma vez para sempre, ou seja, que a essência do homem fosse imutável. O fato de que uma norma atenda às circunstâncias imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos (BRUTAU, 1977).

O Direito tem capacidade de fabricar a realidade, mas se torna extremamente idealizado ao tratar das relações entre fatos e direito. Para poder operar de maneira adequada, não bastam normas, o Direito necessita construir seus próprios fatos, algo já dado e não meramente recebido. “El derecho es un gran traductor, un experto en redefinir los problemas de la vida para llevarnos a su propio terreno” (GARCIA, 1992, p. 12).

## 5 NOVAS PARTES NO PROCESSO

O novo processo aspira *novos atores processuais*, que enaltecem a substância do Processo tendo como fundamento os conflitos sociais que junto ao cenário Jurídico formam uma experiência fenomênica dotada de *iter* jurídico. A função ordenadora que o Direito exerce na sociedade, isto é, a coordenação dos interesses que se manifestam na dinâmica social, o que legitima a intervenção do Estado na sociedade por via da linguagem. Assim, a máxima do Direito é dar caráter de equilíbrio às relações intersubjetivas que ora se encontram e ora se chocam, a fim de evitar o eco social negativo destas no seio social.

Na atualidade, como bem aponta Aroca, o juiz tem se convertido em aquele que *dirige* o processo, como se essa direção se referisse a o que antes era chamando faculdades processual, conduzindo o processo à sentença. Pela considerada nesse caminho calcado nos pressupostos processuais, entende-se a atuação deste juiz como o necessário para o desenvolvimento das normas, de modo que as partes não se opõem, inclusive, que o juiz controle a realização dos atos conforme o princípio da legalidade.

Esse conjunto de faculdades, lidas em um conjunto, reconhecem que o juiz deverá reconhecer o direito de as partes porém fim ao processo e suspendam a tramitação do processo quando entenderem oportuno, com os limites sublinhados pela lei.

Com a justiça negociada, a verdade ganha novos contornos. Taruffo, em importante ensaio, aprofunda acerca da Verdade e o Acordo Processual relativo à verdade ou a falsidade dos fatos alegados. Para o autor a eficiência do procedimento e a economia das atividades processuais deveriam ser tidos como compatíveis com a atuação de outros valores inerentes ao processo e à administração da justiça que não são menos importantes e que, portanto, não podem ser sacrificados a priori, como a justiça das decisões judiciais.

Ocorre que esse quadro gerou uma distorção na significação do juiz no processo. O que fora exposto não busca significar que o juiz gestione o processo. Aroca ressalta que a atividade do juiz não consiste em uma administração de empresa, mas na propriedade de poder exercer faculdades de direção formal, sem que com isso influa no que possa ser o resultado do processo. Ora, uma das consequências fundamentais desta nova concepção, assente na necessidade de um procedimento célere, reflete-se na mutação do tradicional papel do juiz de terceiro imparcial e distante a interveniente dinamicamente ativo na gestão do conflito.

O juiz desse tipo de processo, com cerne na gestão, traduz o aspecto do Juiz Responsivo calcado na política, que não age na busca da Verdade, mas cria um ambiente para que a Verdade seja desvelada, principalmente no que toca à possibilitação de um contraditório amplo e justo, assegurando a defesa da Justiça e das partes

La función del Juez en la búsqueda de la verdad se cumple cuando compara el resultado de la prueba con los elementos argumentativos de los justiciables. Si hay coincidencia entre el resultado probatorio y el argumento sometido a prueba, entonces habrá alcanzado la verdad; si no tenemos coincidencia, la prueba habrá sido ineficaz. En el primer caso el juez concluye que el argumento coincidente es el verdadero (FLORES, 2004, p. 269-270).

Por isso, o contraditório é o espaço mais digno para a decisão ser construída, pois “*la prueba es el medio que permite al juez conocer la verdad*” (FLORES, 2004, p. 269-270) a prova é valorada por um juízo crítico a partir das bases do social naquele tempo histórico

Así concebido, debo remarcar que el proceso no es nieta a cumplir o lograr sino, en cambio, método para llegar a una nieta. De tal forma, se presenta lógicamente como un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia. Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a

Maquiavelo: el fin justifica los medios. En ci proceso no todo vale (VELLOSO, 2006, p. 226).

Para tanto, apresenta-se como necessária uma reconfiguração das partes processuais, pois busca concretizar/solucionar as incongruências dos direitos que emergem das subjetividades. Nesse contexto a jurisdição resta ampliada pelas pluralidades (novos atores sociais), reflexo do Fenômeno Conflitológico de Interesses, onde o fenômeno assume uma relevância mais profunda enquanto o compreender é intenso como um modo ser (próprio do ser humano), superação que pretende mostrar o ser humano em sua existência plena e pela aspiração do Estado Contemporâneo.

O processo como procedimento em contraditório, proposto por Fazzalari, constituiu uma ideia simples e genial, que afasta do velho e inadequado cliché panteístico da relação jurídica processual, esquema estático que leva em conta a realidade, mas ao a explica. O contraditório, **como estrutura dialética do processo**, que comprova a autonomia deste em relação a seu resultado, porque ele (o contraditório) existe e se desenvolve, ainda que ao advenha de medida jurisdicional e é empregado mesmo para estabelecer se o provimento jurisdicional devem no caso concreto, ser emitido ou recusado (FAZZALARI, 2006, p. 5).

O Conflito Intersubjetivo de Interesses, a partir de um conceito amplo, é toda a relação de *oposição* manifestada por atores sociais que se correlacionam por *ações* em contraposição mútua. O Direito manifestado por via do Processo, assim, pode servir tanto para *resolver* como para *expandir* os conflitos. A potência que modifica a resolução do conflito reside na forma como seu desenvolvimento ocorre e como a linguagem liquefaz-se no Processo. A fenomenologia do conflito está presente tanto no que toca à formação da relação intersubjetiva, como na forma como ela será construída quando da decisão judicial.

O resgate do ser no processo pela existência (conflito) como parte ativa, significa reafirmar valores democráticos e caminhar para um sistema mais humano, sendo o processo constitucionalizado o meio efetivo para a reformulação desse Estado democrático de direito.

Os atos reflexos do outro não são captados instantaneamente por via de uma interpretação intelectual, pois inexiste a compreensão intencional do ato do outro, de maneira que subsiste apenas a captação objetiva não contextualizada restando esse ato mal compreendido pelo ser, gerando uma incapacidade pelo diálogo em vista do ato mal compreendido. Nesse contexto, as violências e não violências transformam-se via processo em pretensões dos atores, de maneira que o processo busca elucidar junto ao jogo a verdade fenomênica que se manifesta nos atos causadores do fenômeno conflitológico de interesses individualizados. O campo social deve ser visto como campo de existência e, por sua vez, o método para essa reflexão ser realizada, segundo a hermenêutica fenomenológica, é por via da dialética reflexiva, aqui denominada como dialética dialogal, responsável por elevar a existência na composição do ser, propiciando assim o nascedouro de uma nova realidade social em que o coletivo passa a ser evidenciado pelo modelo de participação processual democrática.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil aderiu sentido ao *iter* da compreensão interpretativa na consonância da Hermenêutica Jurídica de caráter filosófico, expressando-se por um “fenômeno” cunhado como “conflitológico de interesses”, em vista de suas características singulares. Na medida em que o mundo Jurídico se torna o mundo do Ser ocorre essa união, em uma sincrônica coabitação. A fenomenologia ao observar o fenômeno pela linguagem e pelo momento que ele é deflagrado, utilizando-se da hermenêutica para uma leitura interpretativa que precede e antecede o momento, com potência de desconstrução, anulando as diversas formações performativas existenciais destoantes.

Quando os conflitos de interesses resolvem-se via Processo, são geradas as grandes revoluções do Direito, (re)formulando e atualizando constantemente a gênese formativa da decisão, pois aspectos sócio-políticos, de interesse público e privado, são postos frente ao Direito via ondulações da sociedade, necessitando para sua resolução de um debate e de reflexão.

Assim, apenas por meio da dialética (reflexão hermenêutica) ocorrerá a autêntica elucidação dos fatos que incidirá no desvelar da resposta processual que atenda de maneira sublimar o fato conflituoso. Para se chegar a essa dialética, o fenômeno conflitológico de interesses necessita de ferramentas adequadas para que o jogo seja estabelecido, ou seja, necessita ao Ser reconhecimento da sua capacidade de reflexão e *ser a ele outorgada a voz necessária para que a interação com o outro supere as vicissitudes existenciais e encontre no diálogo a construção do ser-no-mundo.*

O Novo CPC, assim, na medida em que viabiliza a aproximação humana entre os sujeitos que juntos trabalham para o desvelar do fenômeno conflitológico de interesses, faz nascer a possibilidade da dialética dialogal, a qual, ao final, exporá o resultado proveniente do exórdio ontológico fundamental. Assim, a desconstrução fenomênica posta a uma construção dialética ganha sentido pela reflexão, onde o sentido existencial contido no Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma ressignificação dialogal que torna viável a compreensão hermenêutica no contexto processual a qual é ampliada pela dialética que situa o cidadão como sujeito pró-ativo e colaborativo quando da construção da decisão judicial.

O conflito ocorre quando da relação intersubjetiva, pelo choque da intencionalidade, de maneira que uma sociedade nunca poderá ser harmoniosa, pois ela é composta de Seres e intenções que divergem, postos que esses Seres possuem suas percepções próprias e visões que se encontram e chocam-se com a do outro.

Frente a um novo cenário Processual, necessária uma nova forma de enxergar o outro sujeito da relação processual, assim como requalificar subjetivamente os sujeitos dadas as suas particularidades existenciais, por meio de uma ressignificação do papel atual da Jurisdição e do Processo, demonstrando a importância de um Processo que dê primazia aos sujeitos e ao *diálogo*, como forma de estabelecer uma relação jurídica capaz de transcender a jurisdição e reconhecer um maior grau de humanidade frente ao outro, para que o Processo desvele os dramas que permeiam as realidades fáticas dos novos atores sociais.

O Processo Judicial atual se alicerça principalmente no princípio contraditório. Nele, os advogados é quem determinam os pontos litigiosos do conflito, escolhem (ou negociam, nos termos do art.190) as provas que pretendem produzir e procuram fazer com que a prova se volte a seu favor. Não se busca uma investigação objetiva da verdade, mas sim o desvelamento do conflito a partir da observância do juiz, que atua cuidando se os princípios processuais e constitucionais estão sendo perseguidos e na defesa da normativa processual.

A razão complexa melhor reflexiona um diálogo constante e prolixo que se faz imprescindível para que os saberes possam conviver e se complementar reformulando e dando novos rumos ao conhecimento científico, neste norte a transdisciplinaridade afirma que há algo além da racionalidade, e, que a intuição traz um saber revolucionário e poético introduzindo assim (FAGÚNDEZ, 2008) uma nova realidade.

As revoluções, ou seja, as grandes revoluções que reestruturam o Estado na (re)formulação do direito, passam, com a urbanização da vida e com as complexidades sociais, a perder força. A pluralidade, que não é inserida na noção de igualdade e liberdade de forma natural, encontra nas dimensões metamorfósicas do direito o espaço revolucionário em casos fragmentados que coletivizam-se pelo juízo processual que adere um aspecto revolucionário e

silencioso; do mesmo modo, encontram espaço no judiciário aqueles aos quais o Estado não efetiva a prestação das garantias constitucionalmente previstas. Essas revoluções consistem na aplicação de um direito constitucionalmente previsto e que assera as garantias constitucionais a todos, por via de um diálogo (SATTA, 1973). Esse espaço de debate democrático é formado; local que apresenta um sem número de diferenças e de possibilidade para a vida social-política. Pelo exposto, observa-se que o conflito é a base de uma democracia e do processo. A verdade é desvelada constantemente a partir das construções democráticas a partir dos fluxos, traduzindo a historicidade. Os conflitos consistem na base das diferenças, necessárias para que a verdade não se objetifique.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito processual hodierno é o que melhor representa as estruturas sociais dinamadas, algo que era até então junto aos Códigos Processuais impensável, justamente pela redução do processo à certeza da verdade. As teorias ideológicas que lhes permeavam subtraíam as possibilidades de ampliação do direito substantivo, limitando o objeto litigioso ao pré tido como direito, limitando o grande mundo de possibilidades que o Processo é capaz de inserir e um sem números de representações conflituais que lhe eleva à instrumento que não se exaure em um instrumentalismo, mas lhe amplia pelo fenômeno conflitológico de interesses e uma fusão que supera os slogans.

Frente à atual concepção de ciência, distanciada do racionalismo e que adere sentidos incertos do mundo objetivado até então, a noção de Verdade é transmutada. Diz-se transmutada porque não é alterada; o seu sentido filosófico impera, mas a verdade na visão jurídica adere a um sentido calcado em um relativismo que posto ao processo, destoado da autoridade

idealizadora da busca, assenta o processo em uma verdade formal desvelada pelas partes por meio de um contraditório desvelador da verdade postas pelas provas, que formam o objeto litigioso. A verdade como não é mais um absoluto, se desvela por uma construção. Conforme dito, as incertezas paradigmáticas e estruturais trazidas pela física quântica e pelo relativismo trouxeram pujantes similitudes aos plasmas sociais, pois a sociedade se faz de interações complexas as interações sociais e seus estudos passam a ter uma relevante importância ao Processo, pois acompanham os movimentos (Ovidio, Metamorfose) sociais mais de perto que causando assim o revés do Direito (Kafka, El Revés del Derecho).

Assim, resta o questionamento “[...] qual o mágico instrumento que permite aos juristas acreditar que uma norma geral abriga a solução do caso particular. Esse instrumento costuma designar-se por uma palavra que só até certo ponto corresponde, de fato, à realidade: interpretação” (BRUTAU, 1977, p. 23).

## REFERÊNCIAS

AMADO, J. A. G. Filosofía hermenéutica y derecho. **Revista de Filosofía**, n. 5, 2003.

BRUTAU, J. P. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CALAMANDREI, P. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

COSSIO, C. **La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1944.

COSSIO, C. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1954.

DAMASKA, M. R. **Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal**. Barcelona: Editorial Jurídica de Chile, 1986.

DENTI, V. Giustizia e Partecipazione dei Nuovi Diritti. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

FAGÚNDEZ, P. R. Á. Os novos direitos à luz da transdisciplinaridade: o resgate de um humanismo radical e a promoção da ecologia na sociedade do mal-estar. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 57-66, jan./jun. 2008.

FALCÃO, R. B. **Hermenêutica**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FAZZALARI, E. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Tradução de Eliane Nassif. Campinas-SP: Bookseller, 2006.

FITZPATRICK, P. **A mitologia na lei moderna**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1992.

FLORES, A. S. La verdad procesal. **Alegatos**, México, n. 58, 2004.

GADAMER, H.-G. **Verdad y metodo**. Tomo I. 8. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1997.

GARCIA, J. I. M. **La imaginación jurídica**. Madrid: Editorial Debate, 1992.

GUIDDENS, A. **Sociologia**. Porto Alegre: Artmed, 2005.

LINDAHL, H. **Iuris dictio**. Colección Profesores. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas, 1990.

MIRANDA, P. **Sistema de ciência positiva do direito**. Tomo II. Introdução à Ciência do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1972.

MORO, P. (org.). **Il diritto come processo**: principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

PALMER, R. E. **¿Qué es la hermenéutica?** Teoría de la interpretación en Schleiermacher, Dilthey, Heidegger y Gadamer. Madri: Arco, 2002.

PICARDI, N. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SATTA, S. **Derecho procesal civil III**. Buenos Aires: Ediciones Juridica Europa-America, 1973.

SILVA, O. A. B. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

VALLEJO, J. A. S. **La ciencia del derecho** procesal – historia y derecho. Ponencia llevada a cabo el 25 de febrero de 2011 en el auditorio de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, Perú, en el marco de las actividades de capacitación de la Escuela de Formación de Auxiliares, 2011.

VELLOSO, A. A. La imparcialidade judicial y el sistema inquisitivo. *In*: AROCA, J. M. (org.). **Proceso civil e ideología**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

WELLMER, A. **Sobre la dialéctica de modernidad y postmodernidad**. La crítica de la razón después de Adorno. Tradução de José Luis Arántegui. Madrid: Visor, 1993.

# DO DEBATE PROCESSUAL E DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO: O CONTRADITÓRIO COMO DIREITO FUNDAMENTAL AO JUSTO PROCESSO<sup>1</sup>

*From the Process Debate and Process Development: the  
contradictory as fundamental right to fair procedure*

## RESUMO

O texto explora formas/possibilidades de o processo civil servir como espaço democrático de participação e construção do direito a partir de uma análise crítica de sua arquitetura (objeto, dispositivo, contraditório), pois a constitucionalização do processo traz ao centro o processo justo, onde o contraditório processual (debate processual) possibilita que o processo seja canal de abertura contextual para o direito e realizando a tutela efetiva. Propõe-se que o contraditório é canal de abertura para se falar em um novo princípio dispositivo, flexibilização da congruência processual e fundamentação pelo objeto do debate processual. O processo civil ganha especial relevo frente a uma sociedade dinâmica e complexa, marcada pela juridicização da vida, que busca no judiciário canal de reivindicação e luta por direitos e esse relevo adquirido principalmente após a constitucionalização do direito exige que institutos que compõe a arquitetura do processo sejam revisitados na busca de um caminho democrático-participativo para a hermenêutica jurídica. A reflexão destaca a importância do contraditório como momento de participação das partes na construção do direito para a proteção dos direitos fundamentais, podendo-se assim começar a se falar em um processo justo.

**Palavras-chave:** Processo civil. Contraditório processual. Direitos fundamentais. Processo justo.

<sup>1</sup> O capítulo de livro foi em momento anterior publicado na Revista eletrônica de direito processual, em seu volume 21, no ano de 2020, e teve como autores Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Moller e Cristhian Magnus de Marco.

## ABSTRACT

The text explores ways/possibilities of the civil procedure to serve as a democratic space of participation and construction of the law from a critical analysis of its architecture (object, device, contradictory), because the constitutionalisation of the process brings to the center the fair process, where the procedural contradiction (procedural debate) allows the process to be a channel of contextual opening for the right and performing effective guardianship. It is proposed that the contradictory is a channel of openness to speak in a new device principle, flexibility of procedural congruence and justification by the object of the procedural debate. The civil process gains special importance in front of a dynamic and complex society, marked by the juridicization of life, which seeks in the judicial channel of claim and struggle for rights and this relief acquired mainly after the constitutionalization of the right requires that institutes that compose the architecture of the process are revisited in the search for a democratic-participatory path for legal hermeneutics. The reflection emphasizes the importance of the contradictory as a moment of participation of the parties in the construction of the right for the protection of fundamental rights, thus being able to begin to speak in a fair process.

**Keywords:** Civil procedure. Contradictory. Fundamental rights. Fair procedure.

## 1 INTRODUÇÃO

A constitucionalização do Processo tem como um de seus mais importantes e principais efeitos a possibilidade de se falar em uma *ampliação do debate processual* pela constitucionalização do direito ao contraditório, o que oportuniza se falar de uma visão democrática-participativa do processo civil. O direito fundamental ao contraditório amplia a participação das partes pela influência na decisão judicial: a motivação processual, que até então reduzia o processo e o direito à subsunção dos fatos à regra, com a normatividade do direito, advinda na constitucionalização, passa a receber influências da

fundamentação judicial que, por sua vez, possibilita o desenvolvimento do objeto do processo a partir do objeto do debate processual (contraditório) para haver a interpretação do contexto.

Para se chegar a essa nova *versão* do processo civil revisita a ciência processual, buscando a constitucionalização do processo, em conformidade com a constitucionalização do direito cujo principal reflexo foi uma abertura semântica e contextual. A consequência é o processo justo, com uma decisão justa.

Assim, a proposta deste trabalho é propor uma reflexão sobre institutos que arquitetam o processo civil e que são importantes à democracia por exprimirem o grau de participação da sociedade na construção do direito via processo civil, quais sejam o contraditório processual, o objeto do debate processual e também a flexibilização da congruência processual e a necessidade de se revitalizar o princípio dispositivo.

Tradicionalmente, o formalismo e o positivismo, em suas diversas formas (seja pelo dogmatismo em excesso como pelo enfoque demasiado na jurisdição – decisionismo), buscam reduzir a importância do processo civil ao direito, tolhendo as possibilidades que o debate junto ao processo poderia trazer para a democracia. Quando se depara com a realidade, o processo não significa nada mais do que a *verificação* do caso a determinado texto da lei ou a desconsideração do processo em prol da decisão emanada pelo julgador. O trabalho foi assim pensado como forma de trazer a lume a importância e significado do processo ao direito.

O processo não mais pode ser, frente às complexidades do contexto e frente ao número crescente de violações aos direitos fundamentais, esquecido em detrimento da jurisdição ou do legislador, razão pela qual importa visualizá-lo em sua arquitetura e *desconstruir* conceitos. Esta *virada* na compreensão acerca do significado do processo ocorre em tempos no qual a sociedade sente-

se demasiadamente afastada da política e da construção desta, o que exige que se repense no papel das instituições na produção jurídica.

Não pode o processo civil continuar atrelado à formalidade do *objeto do processo*, pois o direito, conteúdo processual, desvela-se pelo *objeto do debate processual*, mais amplo que o objeto do processo e responsável por concentrar o núcleo do contraditório e do processo justo. O debate que ocorre no processo, desta feita, amplia também o horizonte hermenêutico, pois a decisão refletirá as andanças do caso-problema, para além do objeto trazido pelo autor, pois a fundamentará o debate processual. O resultado do processo não se atrela a uma subsunção e a um sentido apenas ou a um sentido que não encontra fundamentação no processo.

Nesse norte, importa falar na revitalização do dispositivo e na necessidade de flexibilização da congruência processual, pois somente desta forma pode o contraditório ser revisitado em sua função e adquirir roupagem constitucionalizada. O dispositivo é revisitado na medida em que passa a ter caráter normativo, e não somente atrelado à regra, o que ocasiona consequentemente a flexibilização da congruência processual, pois a decisão judicial, com a fundamentação a partir do contraditório processual (objeto do debate processual) abre horizontes interpretativos.

No caminhar para ser superada uma forma de democracia baseada somente no numerário voto (povo como ícone), a *participação processual* passa a ser o novo referencial democrático, requalificando o povo para além de mero ícone (BOBBIO, 1997, 2000; MULLER, 2003; RIBEIRO, 2010)<sup>2,3</sup>, para

<sup>2</sup> Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se (SILVA, 1988, p. 106).

<sup>3</sup> Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao

que se delinear uma aproximação com a democracia participativa: para se saber sobre o desenvolvimento da democracia em um dado local, o importante saber se *os espaços* nos quais a democracia pode ser exercida aumentaram (BOBBIO, 1997).

Deste modo, para uma abertura democrática pelo processo é possível se alcançar a tutela judicial efetiva que, conforme Calmon de Passos bem aponta<sup>4</sup>, somente se alcança com o processo justo. Por processo justo, compreende-se o processo civil constitucionalizado, cuja normatividade é permeada pela constitucionalização, permitindo uma expansão democrática dos institutos processuais, propiciando uma devida semântica ao sem número de conflitos que chegam ao Judiciário.

## 2 CONTRADITÓRIO PROCESSUAL E PRINCÍPIO DISPOSITIVO: DISPOSITIVO COMO LEI E COMO NORMA

O contraditório não é fenômeno recente junto ao processo, tomando diferentes formas e contornos no correr da história<sup>5</sup>. A compreensão sobre a sua *expressão/manifestação* no processo oscilou e ainda oscila na sociedade, pois se vive em uma Democracia ainda *mal compreendida* em seus institutos, o que afeta ferramentas do exercício democrático, como o contraditório processual. Pelo que se exporá, é necessária uma nova visão do contraditório processual para uma renovação do processo civil e do próprio direito e democracia.

Para conhecer a dimensão e o peso do contraditório no processo, faz-se necessário observar o processo a partir de duas expressões processuais:

---

lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública (PASSOS, 1988, p. 94).

<sup>4</sup> Ver nota de rodapé 2.

<sup>5</sup> Constrói Dotti a evolução histórica e as transformações do Contraditório. Ver em: Dotti (2005).

processo inquisitivo (forma autoritária de governo) e dispositivo (forma liberal-individualista). Esta contraposição demonstrará o *atraso* da ciência processual em (ainda) continuar a defender o dispositivo em um sentido ultrapassado e como isto afeta a tutela judicial em uma democracia. Destaca-se que Fix-Zamudio (1994), parafraseando Calamandrei, aponta que as formas pela qual o dispositivo é interpretado no correr da história influencia diretamente na existência de uma “relatividade do contraditório”, variando conforme os interesses jurídico-político, razão que por si torna a presente discussão importante: para que se possa falar em contraditório de forma constitucionalizada e democrática (participativa) e desvelar ideologias no conceito.

Inicialmente, em um processo arcaico (medieval), instituído com o processo inquisitorial, ao Estado pertence iniciar, dar andamento ao processo e instituir, a partir da consciência do julgador, a decisão, pois apregoa-se a esse processo a mais pura filosofia da consciência (BRUS, 2014; CALAMANDREI, 2017) “[...] *la idea dominante es que el proceso es un instrumento de tutela de intereses generales o superiores y por ende, pertenecen al estado la iniciativa para su promoción, desarrollo, aportes probatorios y determinación del contenido de la sentencia*” (SOLÁ; BARBERIO, 2011, p. 32-33).

Posteriormente a este período, surge o processo dispositivo como nova filosofia política processual, reflexo da ideologia liberal, para conter a inquisitorialidade diante de procedimentos judiciais decorrente da desconfiança da aristocracia judicial.<sup>6,7</sup> A partir dele, os sujeitos do processo dispõe não somente do direito substantivo submetido ao debate, senão também dos direitos processuais inerentes ao processo judicial (LÓPEZ, 2011). A decisão

<sup>6</sup> La tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho Material (RAMOS, 2016, p. 39-40).

<sup>7</sup> [...] la concepción liberal individualista llevó a considerar que la naturaliza privada de los intereses puestos en juego en el proceso civil, debía significar también que las partes eran dueñas del proceso mismo. Este error de base de los Código del Siglo XIX proviene de la desconfianza que una mente liberal siente frente a las actividades del Estado y ahora, en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales (AROCA, 1988, p. 154).

judicial, a partir daí, estabelecer-se-ia de forma *congruente* a partir do objeto do processo, manifestação de uma racionalidade latente (OTEIZA, 2033). O princípio dispositivo “[...] responde a la idea general del proceso civil como instrumento al servicio de intereses individuales, que da origen a una relación de derecho privado cuya disposición pertenece por entero a las partes y cuyo desenvolvimiento formal es supervisado por el estado”<sup>8</sup>.

Com a passagem do princípio inquisitorial para o princípio dispositivo a ciência processual dos Estados ocidentais redesenharam sua forma institucional de processos formais, que passaram assim a resolver os problemas causados pelos fenômenos conflituais na sociedade a partir de uma valoração do conflito em seus aspectos objetivamente possíveis; ou, melhor explicitado, acostados em uma Ciência Jurídica dedutiva, resolvendo o caso-problema por meio de regras formalmente incluídas na Legislação e na jurisprudência, desde o império da lei (CHASE, 2011). A congruência processual advém com o dispositivo e passa a expressar a adesão do processo ao *objeto do processo*, o que reflete consequências nocivas diretas na importância do contraditório para o processo civil. Com o princípio dispositivo, não ocorrem mudanças efetivas na importância do contraditório processual, continuando relegado.

A passagem do privatismo ao publicismo processual ainda se apoia nessa concepção do dispositivo, em que pese redimensione o papel do juiz no processo, o que reflete no peso dado ao contraditório: o papel do juiz muda, antes vinha despersonalizada a um juiz burocrata; noutra, o juiz não mais era um simples controlador, mas assumia a direção de um processo publicístico, cuja característica latente era a de uma *desconfiança com relação à controvérsia, diálogo e testemunha*. A *ordo* sob direção do juiz apresenta um caráter *assimétrico*, pois fundado sob a autoridade, hierarquia e lógica

<sup>8</sup> En la era contemporánea tuvo desarrollo sistemático a partir del ideario impulsado por la Revolución Francesa y la Declaración de los derechos del Hombre de 1791 y alcanzó su auge al promediar el siglo XIX cuando el predominio de la doctrina liberal se extendió por Occidente e impregnó la legislación americana (SOLÁ; BARBERIO, 2011, p. 32-33).

burocrática<sup>9</sup>, cujos traços ainda estão presentes no processo civil, dado que a ciência processual pouco evoluiu. O publicismo processual, porém, oferece uma abertura ao processo até então inexistente pelos poderes adquiridos pelo juiz, muito limitado pelo privatismo processual<sup>10</sup>, mas cria também, ao passo, novos problemas, principalmente pelo demasiado enfoque na *decisão judicial* em detrimento do processo, causado pelo mesmo aumento jurisdicional<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Neste período, em verdade, andava-se afirmando uma “**lógica não dialógica do diálogo**” que marca a “passagem da arte do diálogo à arte da razão”. Efetivamente, com o jusnaturalismo moderno já se evidencia uma linha de decadência do princípio do contraditório. Abandonada a metodologia dialética da investigação, o contraditório tendia então a se resolver em uma mecânica de contraposição de teses e, em última análise, em uma prova de forças. Iniciava assim o processo de formalização e de transcrição do diálogo em termos de direitos e obrigações. À concepção clássica de verdade “provável” sucedia-se a confiança na existência de uma verdade objetiva, absoluta e preconstituída. Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empirísticos ou racionalísticos – tal verdade com a verdade “material” ou com a “formal”. Seja como for, tinha-se que tais verdades poderiam ser alcançadas mesmo sem contraditório. Correlativamente, nesta época, delineava-se a tendência de desvalorizar a prova testemunhal e privilegiar o documento, a prova preconstituída e a prova legal (PICARDI, 2000, p. 135-137).

<sup>10</sup> Alguns apontam que o garantismo/publicismo processual seria uma forma híbrida do processo inquisitivo e dispositivo, pois o publicismo traz uma atuação forte do Estado junto ao processo que entra em desconspasse com o dispositivo na forma clássica: “Constituye clara evidencia de la precedente afirmación de la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil precisamente nace –conforme los estudios de Perelman y contrariamente a lo que sostiene los doctrinarios del “garantismo” que lo vinculan al autoritarismo de los regímenes nazis – a partir del proceso de Nüremberg, vale decir, con la nueva concepción del Derecho y del proceso que surge con posterioridad a la segunda guerra mundial. Esa corriente de pensamiento importó una reacción contra el positivismo jurídico y se tradujo en una concepción del Derecho menos rígida y formalista, que asigna rango preferente a la solución justa del conflicto a través del rol activo del juzgador, quien para resolver los litigios ha de acudir a la metodología de los “tópicos jurídicos” a los fines de llegar a la solución más equitativa o más aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley.[...] Se trata fundamentalmente de disposiciones legales que atribuyen a los jueces poderes o facultades para esclarecer los hechos controvertidos, intentar la conciliación o reprimir inconductas procesales con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso. Sin embargo y tal como con clarividencia señalaba Esclapez con relación a los reparos opuestos a la iniciativa probatoria del juez, el peligro no reside en que el juez exceda sus funciones esclarecedoras, sino en que no las ejercite en la oportunidad que le señala la ley, vale decir, que por exceso de trabajo, formación, comodidad o indiferencia no haga uso de estas atribuciones cuando la situación del pleito lo exige. Más recientemente ha señalado el maestro Morello la importancia del rol protagónico del juez, la flexibilización de los principios procesales y la actualización de los criterios de hermenéutica para liberar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza, de manera que por su intermedio adquiera verdadera operatividad del derecho de fondo” (DE LOS SANTOS, 2006, p. 297).

<sup>11</sup> Por vezes decidindo de forma totalmente desvinculada ao processo, devido aos novos poderes de

Conforme é possível observar, o processo inquisitorial e o processo dispositivo são dois extremos ultrapassados para um processo que deve ser desenvolvido em uma democracia participativa, onde a função privada e a pública mesclam-se<sup>12</sup>.

Com o fenômeno da constitucionalização do direito, a ciência jurídica ganha uma normatividade que lhe outorga caráter interpretativo, buscando aproximar texto ao contexto, e absorve o direito um sem número de possibilidades interpretativas postas ao relevo dos fenômenos contextuais, absorvidos pelo direito como adaptação existencial. A Constituição realiza, sobretudo, uma revolução cultural, reconhecendo uma sociedade plural pela primeira vez e registrando a complexidade social em um texto com duas camadas: uma emergente, que se apresenta pelo texto e, sobreposta, uma Constituição material latente e viva, aderindo-se aos fenômenos sociais (GROSSI, 2018).

Para tanto, necessário uma visão *normatizada* (regras e princípios) do direito, para que seja possível uma abertura interpretativa do objeto processual. Essa visão normativa, porém, somente torna-se democrática na medida em que o contraditório processual recebe a devida atenção para fins de construção do direito processo civil, o que até hoje não foi alcançado. O dispositivo é assim constitucionalizado, não podendo mais ser a expressão da subsunção e cisão entre regra e fatos.

Um dos modos de reconhecer a função democrática do contraditório é considerar a importância do contraditório processual à construção do direito e a importância de que a motivação processual ocorra pelo objeto do debate processual, junto à apontada visão normatizada do dispositivo e uma

---

atuação do juiz (filosofia da consciência do julgador).

<sup>12</sup> Benabentos aponta que a revitalização do princípio dispositivo dar-se-ia por um “neo-inquisitorialismo”, na busca de um maior respeito a pessoa humana. Ver: Benabentos (2005, p. 202-203).

flexibilização da congruência processual<sup>13,14,15</sup>. Essa visão do processo exprime o processo justo e a constitucionalização do direito e do processo, voltado a proteção de “ameaça ou lesão ao direito” (art,5º XXXV, CF); direito que supera *em muito* a lei.

Procura-se, assim, ampliar assim a politização do direito pelos debates democráticos e pelo exercício dos cidadãos ativos no processo. O princípio dispositivo deve voltar-se a realização do Processo Justo, o que coaduna com a constitucionalização do processo civil, conforme posto<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> En síntesis: entiendo que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo, tal como fuera sostenido por la doctrina durante algún tiempo (DE LOS SANTOS, 2006, p. 297).

<sup>14</sup> Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ámbito del comando y la ordenación del trámite de las causas. Las técnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas están vinculadas con la flexibilización de ciertos principios procesales (como el de preclusión, que deriva en la preclusión elástica de las deducciones) o el de congruencia. Unas y otras conducen indirectamente al incremento de las potestades judiciales. El manejo de los procedimientos con la finalidad de asegurar los fines públicos del proceso y la rápida definición del litigio, se exterioriza más genéricamente a través de las técnicas de gestión, propias del denominado *case management*, que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestión de las distintas etapas del proceso y particularmente de la producción y recepción de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley (BERIZONCE, 2010, p. 184-197 e 192).

<sup>15</sup> Mariela Puga también fala sobre a flexibilização da congruência e da renovação do dispositivo em seu trabalho sobre litígio estrutural. Compartilhamos de sua ideia e aderimos esta visão como necessária para o processo civil atual, para que haja efetividade nas decisões: “La depreciación del principio dispositivo y de congruencia estará ligada también a la idea de que la decisión judicial trasciende a las partes procesales, con lo cual se subvierte, además, el principio de los efectos *inter alias* de la decisión. Al definirse la *litis* a partir de un todo o interés colectivo que comparten ciertos afectados que no son actores procesales, estos últimos aparecerán también como destinatarios directos de los efectos regulativos de la sentencia” (PUGA, 2013, p. 21-22).

<sup>16</sup> Le principe dispositif n'est pas une norme juridique ordinaire, mais bien une règle juridique de degré supérieur. [...] qui impose un modèle de conduite sur un mode impératif, plus précisément le modèle de la liberté procédurale [...] Il est au cœur des garanties de bonne justice, il est une garantie du procès équitable. L'office des parties en vertu du principe dispositif est protégé par le droit au juge et la neutralité du juge est protégée par les exigences d'impartialité et ce tant pour la Cour européenne des droits de l'homme que pour le Conseil constitutionnel. De manière plus large, la fondamentalité du principe dispositif est également liée aux relations qu'il entretient avec le principe de la liberté contractuelle. Cette clarification permettra donc de procéder à ce que l'on peut considérer comme un des enjeux du XXIe siècle, enjeu qui n'est autre que celui de la conciliation des droits fondamentaux. Elle peut passer **par la constitutionnalisation du principe dispositif**. [...] En outre, la constitutionnalisation du principe dispositif permettrait de participer à la protection constitutionnelle des droits fondamentaux qui doit se développer pour participer à la création d'un système propre à la France de protection des droits fondamentaux (BRUS, 2014, p. 343).

## 2.1 UMA NOVA VERSÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO E SEU REFLEXO NO CONTRADITÓRIO PROCESSUAL

O contraditório foi significativamente revalorizado a partir da metade do século XX através de processualistas como *Carnelutti*, *Satta* e *Fazzalari*, por evidenciarem o caráter dialético-dialogal do processo em uma relação simbólica entre partes e juiz (RIBEIRO, 2010). Em complemento, Fazzalari (2000, p. 119)<sup>17</sup> alude que os “[...] *arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório*”. Nesse sentido, o contraditório passou a ser defendido como um direito de influência e de ação/reação, o que se dá pela participação indispensável e necessária da parte na construção da decisão judicial “*infatti, la partecipazione ha non solo l’obiettivo di garantire che tutti possano influenzare la decisione, ma anche lo scopo di contribuire all’esercizio della giurisdizione*” (CABRAL, 2005).

A resignificação do princípio contraditório ocorre com a construção do processo pelas partes tidas estas como cidadão ativos, sujeitos de *necessidades potencializadas* pela hodiernidade, criando interesses cuja a hierarquia muda em uma velocidade nunca vista antes, o que acarreta em um sem número de conflitos cada vez mais complexos. A tutela a essas necessidades somente é possível a partir de uma normatividade apregoadada a interpretação textual e contextual.

O contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética conduzida no processo (PICARDI, 2000), evocando a importância da participação do cidadão ativo na busca da tutela judicial “*dei nuovi diritti sta proprio un questa sua coerenza con il pluralismo delle nostre società, in cui i*

<sup>17</sup> [...] há processo, quando no iter de formação de um ato há contraditório, isto é, é permitido os interessados participar na esfera de reconhecimento dos pressupostos em pé de recíproca e simétrica paridade, de desenvolver atividades das quais o autor do ato deve assim, ter ciência, cujos resultados ele pode não atender, mas eliminar (PICARDI, 2000, p. 141).

*valori della persona umana, per potersi affermare compiutamente, debbono trovare un garante imparziale, in grado di ergersi al di sopra degli altri pubblici poteri” (DENTI, 1988, p. 19).*

É possível por via processual manter a instância política atualizada pelo debate travado pelos sujeitos que discutem sobre suas pretensões, assim como nos casos em que as pretensões exasperam o conflito bipolar através de uma decisão estruturante (PUGA, 2013). A decisão produz um importante reflexo social, somente possibilitada por um processo marcado pelo contraditório de caráter dialógico, atualizando o núcleo central da democracia participativa. A finalidade de um bom governo exige a constante renovação do debate para a alocação dos bens, vista a complexidade e dinâmica hoje vivenciada.

La dialettica processuale risulta, pertanto, fonte di diritto; ma la stessa dialettica processuale non permette soltanto di addivenire alla definizione giuridica del caso, stabilendo il cosiddetto diritto sulla cosa; questa è funzionale anche, e soprattutto, alla determinazione della norma della norma giuridica pre-posta al caso in giudizio (tanto da non rappresentare il processo negli angusti spazi dall'applicazione della regola pre-esistente al caso controverso, si ritiene, vice-versa, che proprio nel processo, caratterizzato dall'incedere dialettico, non solo si scorga e si individui la norma regolatrice, ma anche che nello stesso processo, in grazie all'attività dialettica delle parti ivi coinvolte, la norma venga posta, ovvero creata (MORO 2012, p. 92, grifo nostro).

Nas palavras de Picardi (2000, p. 142) “Uma vez deslocado o ângulo visual em direção ao juiz, o contraditório torna-se o ponto principal da investigação dialética, conduzido com a colaboração das partes”: concorda-se com o que é dito pelo Jurista, apenas acrescenta-se que o ângulo visual deve voltar-se ao juiz somente no que se compreende pela abertura normativa, mas não na jurisdição como foco da decisão judicial, pois esta é geradora de decisionismos vazios (filosofia da consciência). O enfoque tem que ser o processo civil e a dialética processual como possibilitadores da interpretação. O debate estabelecido entre as partes e o Estado-Juiz investido de sua função jurisdicional vem a fundamentar a decisão, a qual perpassara os limites do

anacronismo legal, sendo que o fenômeno desvelado pelo contraditório passa a ser uma via de possibilidade ao Direito: o caso-problema gera direito (SOULIER, 1991).

Desse modo, em termos democráticos, as decisões que são tomadas pela governança do povo passam também, no processo, a serem tomadas por uma governança cunhada como “processual”. O contraditório, nesta acepção, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se assim, ao cidadão, a devida tutela jurisdicional.

O contraditório pode ser mais bem compreendido levando em consideração seu desenvolvimento no tempo, por três fases distintas: “La primera, que denomino *formal* y está caracterizada por la *necesidad de informar*; la segunda, *material* que caracterizase por la *posibilidad de participación* y la **tercera, constitucional, identificada por el *derecho de influenciar***” (RIBEIRO, 2014, p. 111, grifo nosso).

Na fase denominada “direito de influenciar”, que advém com a constitucionalização do ordenamento jurídico, o processo passa a ser compreendido como um espaço público de debates, envolto por uma concepção democrática (RIBEIRO, 2014): “observe-se que o processo não busca decisões justas, mas assegura às partes participarem de forma isonômica na construção do provimento” (LEAL, 2016, p. 139).

Conforme melhor será explicitado, o contraditório constitucionalizado justifica a alteração-modificação do objeto do processo na medida em que o contraditório processual é visto e respeitado como direito fundamental, afigurando as partes como protagonistas do processo. Esta visão faz possível que sejam flexibilizados princípios processuais como a congruência processual<sup>18</sup>, pois a complexidade social na qual se vive cria um sem número

<sup>18</sup> Acerca da flexibilização da congruência processual, ver: Santos (2018).

de interesses e conflitos, exigindo do juízo uma abertura semântica ampla calcada no objeto do debate processual.

A resolução dos conflitos em uma sociedade complexa, marcada pela juridicização da vida exige um amplo debate processual, para que decisões incongruentes sejam legitimadas democraticamente, de modo que o direito não fique nem impregnado na lei e nem seja objeto de disposição da consciência dos julgadores. O contraditório ganha especial importância e relevo nesse sentido, pois precisa ser aproximado da sociedade a fim de que exista, de fato, o processo justo.

### 3 OBJETO DO DEBATE PROCESSUAL E CONTRADITÓRIO

Os objetos processuais exprimem o material de cognição da decisão judicial, razão pela qual trata-se de tópico essencial para o processo civil. A doutrina mais especializada trata de realizar distinção entre objeto do processo (pretensão processual ou mérito)<sup>19</sup> e objeto do debate processual (*lide*), sendo essa cisão elementar para que a decisão judicial seja legitimada democraticamente pelo contraditório processual. Ao apontar a existência do objeto do debate processual, busca-se destacar o elementar papel do contraditório processual.

O objeto do processo é vinculado com a *causa petendi* (elemento subjetivo), e com o *petitum* (elemento objetivo)<sup>20</sup>, feito por uma declaração

<sup>19</sup> Pretensão processual, mérito e objeto do processo são, portanto, conceitos sinônimos, que supõem uma declaração de vontade feita pelo autor, através de uma petição fundamentada, para obter uma sentença (RIBEIRO, 2016, p. 28).

<sup>20</sup> Para individualizar o objeto do processo, dentro da nossa concepção, bastam unicamente dois elementos: a) o elemento objetivo, conhecido como *petitum*; e b) o elemento causal, que é chamado de *causa petendi*, já que o núcleo em torno do qual o processo e toda atividade das partes gira reside na petição fundamentada (*meritum causae*) apresentado pelo autor, isto é, o *thema decidendum* (RIBEIRO, 2016, p. 40).

de vontade por meio da qual se solicita a atuação de um órgão jurisdicional frente ao réu. É constituído pelo autor da demanda e

[...] el Juez en su decisión no puede alterar la causa petendi en el proceso civil. [...] el motivo de hacerlo así es que se pretende que, probada la identidad entre los hechos del caso y el supuesto de hecho normativo, se produzca la consecuencia jurídica prevista en abstracto en esa norma para todos los casos que entren en ese supuesto de hecho (GANUZAS, 2000, p. 64).

Pois os fatos que configuram a *causa petendi* de uma pretensão são dedutivamente coincidentes com o suporte fático de uma norma jurídica sobre a qual se deriva o requisitado no *petitum* (ASTETE, 2012).

Pelo exposto, observa-se que o objeto do processo segue rigoroso fechamento a partir da *causa petendi* e no *petitum* no momento estático do direito. Ainda, a *causa petendi* seria o reflexo da cisão fato e direito, de modo que o juiz, em sua atividade, estaria limitado ao *ius dicere*, à aplicar o direito ao caso concreto. O princípio dispositivo clássico tinha como núcleo, como foi visto, a consequência de que o juiz estaria, até sua decisão, limitado pelo objeto do processo proposto pelo autor. Nesse sentido, a metodologia exposta é fruto da pandectista, formadora da cisão teórica entre *direito material* e *direito processual*, constituiu o processo na formulação de seu mérito com o que se chama de *objeto do processo formal*, algo altamente dedutivista, vinculando o objeto do processo a *causa petendi* (ERNESTO, 1996). Esta poderia ser considerada uma visão clássica do princípio dispositivo, na qual a decisão somente estaria atrelada ao objeto do processo “[...] *em lugar de fundamentar a solução, o julgador se esforça para justificar o duvidoso enlace das suas conclusões com o direito legislado*” (BRUTAU, 1977, p. 10-11).

Porém, com o avance da ciência processual, desvelou-se um segundo momento processual elementar para se falar sobre a dinâmica processual, responsável pela abertura do objeto do processo, o *objeto do debate processual*.

Em um segundo momento, a devida citação do réu e a posterior resistência deste, poderá ocorrer a) modificação do objeto do processo (reconvenção, fruto da cumulação de pretensões) ou/e b) a ampliação dos termos do debate com a apresentação de fatos extintivos, modificativos e impeditivos, estabelecendo-se assim o objeto do debate processual (ou objeto do litígio), fruto da *lide processual* (RIBEIRO, 2016).

O objeto do debate processual, diferente do objeto do processo, consiste na *lide processual*, ocorrendo aqui a principal dicotomia entre objeto do processo e objeto do debate processual: o segundo corresponde ao mérito mais a lide, de modo que o conceito de objeto do debate processual é mais amplo do que o de objeto do processo<sup>21</sup>. Por isso afirmar que: “[...] o objeto das decisões judiciais é maior que o objeto do processo” (RIBEIRO, 2016, p. 39).

Assim, a fundamentação judicial não deve centrar-se no objeto do processo, mas sim no objeto do debate processual. Além do mais, o contraditório poderá flexibilizar a congruência processual, permitindo uma abertura interpretativa através da fundamentação. Além do exposto, defende-se que a *causa petendi* do objeto do processo não necessita contar, em seu núcleo, com a subsunção fato e norma, nem que os pedidos tolham a atividade das partes por fecharem a atuação jurisdicional, dado que a Constituição protege tanto ameaça quanto lesão a *interesses* (que são plurais e também não previstos em lei).

<sup>21</sup> Dentro desta perspectiva fica fácil perceber que a lide corresponde essencialmente ao objeto do debate, e não ao objeto do processo, ao mérito, como que o atual CPC, já que lide significa, segundo Carnelutti, seu criador, “un conflito de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del outro”. Desta forma, o conceito de lide é mais amplo que o objeto do processo e não pode, portanto, ser confundido com seu mérito, pois para que ela possa existir a presença do demandado é imprescindível, enquanto para a existência do objeto do processo a presença do réu é totalmente prescindível, dispensável. Desde esta perspectiva, pois, é oportuno assinalar, de acordo com a redação do art. 10 do novo CPC, que o juiz está proibido de utilizar qualquer fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (RIBEIRO, 2016, p. 38-39).

La afirmación de la titularidad del derecho, esto es el desarrollo procesal de la acción legítima por sí mismo a la parte y por lo tanto es superfluo tratar de buscar las condiciones de la acción. La actividad de las partes en orden al derecho no debe ser entendida como problema de titularidad sino a lo sumo como problema de probabilidad legítima. La parte mediante su acción, clama por el derecho y pone los pilares que han de conducir a su eclosión en el proceso. Cualquier otro contenido excede de la teoría de la acción. Es irrelevante hablar de demandas fundadas o infundadas, trasponiendo al momento inicial del proceso lo que sólo puede resultar de su acto final, de la sentencia. La parte mueve los hilos del proceso, aunque no está sola en esta tarea: participa en la creación del juicio. Estos son los límites individuales de su actuación y el sentido que ésta tiene (MENDES, 1979, p. 189-190).

De outro lado, pode que o objeto do processo reflita o direito subjetivo, porém, em razão do objeto do processo não mais limitar ou fechar os horizontes da criação judicial, pois *sempre* haverá interpretação, conforme ensinamentos da hermenêutica. O princípio dispositivo, dessa forma, por sua nova significância, não mais restringe a atividade judicial na motivação do objeto do processo, mas amplia a interpretação ao lado do contraditório processual, o que legitima a interpretação e, inclusive, decisões estruturantes. A fundamentação, como exposto, torna-se elementar ao processo e, para tanto, deve estar unida ao objeto do debate processual.

Em que pese essas importantes teorizações, muitos ainda vinculam o objeto do processo à motivação judicial, o que é fruto de um princípio dispositivo já ultrapassado – e não constitucionalizado. Outros sustentam, de maneira muito importante e significativa, que a *lide* amplia o objeto do processo, mas não explicam muito bem os termos em que isso ocorre, causando confusões teóricas, não justificando a interpretação junto ao objeto do debate processual, o que tornaria democrática a interpretação.

A ideia de *lide* defendida tem fundamento na *pretensão processual* de Ribeiro (2004), na *lide* de Carnelluti (2006), na *pretensão regulativa* de Puga (2013) e da *pretensão substancial* de Brus (2014). A *lide* enquanto composição de um relato do conflito não é uma mera acumulação de fatos juridicamente

validados (subsunção), pois ela importa numa construção pelo qual a *questio facti* reveste uma roupagem própria em cada caso. O objeto do debate processual realiza a abertura do objeto processual, seja foram ou substancial, ampliando a decisão judicial pela fundamentação por seu caráter mais amplo que o do objeto do processo.

La necessità di partecipare alla formazione del giudizio del magistrato si impone quindi, non solo perché altrimenti non sarebbe tollerabile il comando dell'autorità al soccombente, ma soprattutto perché, in ragione dell'irrelevanza ontologica e pratica di un'analisi esterna del giudizio, essa rappresenta un irrinunciabile strumento attraverso il quale è possibile (tentare di) garantire la giustizia della decisione, la quale è tanto migliore quanto più il giudicante è posto di fronte alla necessità di valutare gli opposti punti di vista nel dialogo con le parti. Ed è quindi proprio a tal fine che, facendo tesoro di un'esperienza secolare, si richiede che il giudizio giuridico sia reso seguendo particolari forme, prevalentemente finalizzate, salvo alcune derive formalistiche, a favorire il contraddittorio delle parti, e quindi, in via mediata, la correttezza del giudizio (GARDI, 2008, p. 66-67, grifo nosso).

O mérito do processo sofre ampla ressignificação, pois é na atualidade aderido a epistemologia constitucional, que amplia a aquisição de direitos na demanda pela via interpretativa. As fissuras e as interações entre legislação e jurisprudência fazem com que os fenômenos tornem-se jurídicos: essa contextualização de novas gramáticas intersubjetivas entre os cidadãos ativos expressa democracia participativa<sup>22</sup>.

*O objeto do debate processual* é um amplo espaço de horizontes e de fusão hermenêutica, pois trata os conflitos plurais, absorvidos pelo processo

<sup>22</sup> Más allá de la discusión siempre abierta sobre las relaciones entre legislación y jurisdicción, es indudable que los tribunales se presentan como actores especialmente significativos para la construcción de un nuevo orden jurídico, en un contexto caracterizado en muchos aspectos por el obligado abandono de la soberanía nacional y por la consiguiente ocupación del espacio global por parte de nuevos soberanos, encarnados en el sistema transnacional de las empresas. Los tribunales nacionales dialogan entre sí, la naturaleza de muchos conflictos obliga a los jueces a superar las fronteras nacionales, las personas buscan en el gran océano de las normas, localizables en los diversos niveles del orden jurídico, aquellas más adaptadas para ofrecer significativas, aunque parciales, formas de resistencia al irresistible orden jurídico global de los privados. En la dimensión global, la voz del derecho consigue no ser apagada del todo gracias a la presencia de los tribunales y a su activismo (RODOTÀ, 2014, p. 98).

civil e debatidos processualmente, acoplando o textual ao contexto junto ao fenômeno conflitual. A decisão desvela o fenômeno para que este exponha as verdades como horizontes da decisão (SANCHES, 1979), superando a textura fechado do direito subjetivo, elevando à nível democrático a decisão judicial pela criação do direito (GONZÁLEZ, 2008).

Com o dispositivo constitucionalizado e com a abertura normativa mais do que em qualquer momento o direito fundamental ao contraditório torna-se relevante e importante ao direito. Levando em consideração que os interesses são plurais e redimensionam-se em uma velocidade muito rápida frente à sociedade complexa na qual hoje se vive (indo muito além do suporte fático da lei), o processo precisa ser local de debate e o contraditório deve servir, diretamente, na construção da decisão judicial, para que não seja somente o reflexo de um decisionismo vazio e antidemocrático. O processo, ele mesmo, cria amarras democráticas que proporcionam a participação na construção do direito.

#### **4 JUSTO PROCESSO: O PROCESSO COMO DIÁLOGO E NÃO MONÓLOGO (LEGISLATIVO/JUDICIAL)**

O Processo não é um monólogo: É um diálogo, uma conversação, uma troca de proposições, de respostas, de perguntas, de réplicas; um cruzamento de ações e de reações, de estímulos, de ataques e de contra-ataques (CALAMANDREI, 2017, p. 84).

A constitucionalização do processo civil manifesta a superação do devido processo legal para o processo justo. O processo civil ganha um novo significado, atrelado ao respeito dos direitos fundamentais e, também, adquire qualidade de direito fundamental quando pensado a se aproximar de um tratamento humano e digno, mais comprometido com a realidade de onde se desenvolve (ALARCÓN, 2000). Em último termo, a parte tem garantida a tramitação de um processo que lhe garanta influência na decisão judicial,

onde sejam aplicadas as garantias processuais constitucionais, responsáveis por prestar a tutela jurisdicional efetiva.

O direito fundamental ao contraditório revitaliza o processo civil e sua correta importância junto ao processo e ao direito é mais do que necessária na hodiernidade: ocorre em um momento no qual a discussão política no/do judiciário apresenta-se, por vezes, mais vantajosa; vantajosa, pois o juiz pode administrar a concorrência de interesses nos termos em que são fixados pela legislação ou representativa em juízo. Isto pode explicar por que certas organizações de interesses (ambientais, de consumidores, ético-religiosas, etc.), que tratam em tutelar aquilo que é decantado como valor negocial da política – e, são eles portanto pouco propensos a tratativa negocial da política representativa – preferem a via judiciária em uma democracia participativa do que aquela parlamentar, a decisão judicial assim se encontra acima da lei (NONET; SLEZNICK, 2010).

No mesmo sentido, as ameaças e lesões a interesses são plurais e dinâmicas, pois podem ocorrer em um sem número de oportunidades. O próprio conceito de “interesses” dá-se de diversas formas e muda conforme novas necessidades da sociedade, em uma velocidade cada vez mais frenética.

Esta desconstrução do direito também pode ser constada ante o próprio sistema jurídico Estatal. O primado da Constituição sobre o Estado abre caminho para a tese pluralista das ordens jurídicas oficiais e ao problema de seu mútuo reconhecimento e de sua interconexão instável e complexa com referência a casos concretos<sup>25</sup>.

A “dialética processual” é muito mais do que permitir a todos, democraticamente, a possibilidade de dizer o seu ou – ainda mais importante – permitindo o exercício do direito de defesa: é um elo para a base da ação

<sup>25</sup> Questa destrutturazione del diritto si può constatare anche all'interno stesso dell'ordinamento giuridico statale. Il primato della costituzione sullo Stato apre la strada alla tesi pluralistica degli ordini giuridici ufficiali e al problema del loro mutuo riconoscimento e della loro interconnessione instabile e complessa in riferimento ai casi concreti (VIOLA, 2012, p. 20).

humana e a distinção entre práxis e poiesis; como dizer: a lei de produzir não é a lei do ser<sup>24</sup>.

O princípio dispositivo constitucionalizado permite que se fale mais de um juízo limitado à motivação (subsunção, separação entre fato e direito), mas sim que o objeto do debate processual (local do contraditório) sirva de espaço para fundamentação, evitando assim “Sentenças e decisões vêm-se, por ai, peçadas de opiniões alheias, nacionais, e estrangeiras, ao mais das vêses, sem relação alguma com o objeto do litígio e cópia de acórdão, de uma jurisprudência falham que induz a erros” (SOARES, 1940, p. VII). A filosofia da consciência (PALMER, 2002) (monólogo judicial) e a redução da decisão judicial à lei (monólogo legislativo) devem ser eliminados do direito<sup>25</sup>.

Nesta direção, o contraditório vem, de novo, deslocado das margens ao centro do fenômeno processual: não é mais uma prova de força, mas se torna um instrumento de investigação da verdade provável. Podemos falar, de novo, de um princípio do contraditório, mas com a expressão princípio aqui não entendemos mais os axiomas lógicos da tradição iluminista, nem os princípios gerais do ordenamento positivo. O princípio do contraditório represente, acima de tudo, uma daquelas regulae iuris recolhida do último livro do Digesto, qual seja um daqueles princípios de uma lógica do senso comum, destinados a facilitar a interpretativo, baseada sobre a equidade. Estamos,

<sup>24</sup> Il giudizio prudente è radicato su una “capacità-di-essere” del giudicante: essere buon giudice è molto più che “sapere”: «non vogliamo infatti sapere cos’è la giustizia, ma essere giusti». Insistere sulle radici non meramente logiche della decisione (e, conseguentemente della motivazione) non vuol dire, ovviamente, negare rilevanza alla logica e alla necessità di una corretta argomentazione, ma significa evidenziare il fatto che il “giudicare” è attività composita, che non si identifica né si esaurisce con la motivazione: «le virtù pratiche dell’uomo» – afferma Gadamer – «sono fondamentalmente strutture dell’essere e ciò significa che queste ultime hanno la loro dimora nell’essere: nell’essere-giusto e non nel mero sapere». Significa, soprattutto, acquistare consapevolezza del fatto che il “giudicare”, proprio in quanto attività non “matematica”, non è attività che possa compiersi in solitudine (RACHELI, 2013, p. 60-61).

<sup>25</sup> Si se tiene presente que la Constitución es norma fundamental del Estado con preeminencia sobre los demás textos normativos que se dicten en el mismo, es evidente que éstos deben ajustar su contenido a las disposiciones constitucionales para que posean validez y, en este orden de cosas le cabe al derecho procesal una particular importancia en su relación con el orden constitucional, pues está principalmente dirigida a asegurar los beneficios de la libertad y los derechos humanos. De una correcta valorización en las leyes procesales de los principios básicos constitucionales y de una estructura judicial adecuada, resultará que aquéllos se encuentren más o menos garantizados. De ahí, que un análisis de las garantías que determina la Constitución, en el orden procesal posean capital relevancia (VARELA, 1999, p. 29).

com toda a probabilidade, nas matrizes da noção de 'justo processo' (PICARDI, 2000, p. 143).

Dessa nova forma de compreensão, tem-se que o processo não é um monólogo<sup>26</sup>. A dialética dinamiza e substancializa o desvelamento-desocultamento do fenômeno em uma descoberta projetada na adaptação existencial, com a solução do fenômeno junto ao processo, balizando-se via garantias constitucionais do processo, que pode ser denominado *justo*<sup>27,28</sup>.

Desse modo, em termos democráticos, as decisões que são tomadas pela governança do povo passam também, no processo, a serem tomadas por uma governança cunhada como "processual". O contraditório, nesta acepção, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se assim, ao cidadão, a devida tutela jurisdicional. O contraditório, retira da centralidade política a Jurisdição perpassa essa centralidade ao Processo: "*La cifra 3 (o la institucion del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamas el 1 se va a encerrar en si mismo, o de que el 2 jamas va a absorber al 1*" (OST, 2017, p. 39).

<sup>26</sup> Dunque nel processo il giudice non 'e mai solo. Il processo non 'e un monologo? 'e un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, dirisposte, di repliche, um incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropinte, di attachi e di contrattacchi. Per questo 'e stato rassomigliato a una sherma o a una gara sportiva; ma 'e una sherma di persuasioni e uma gara di ragionamenti. In cio consiste quel carattere, il piu prezioso e tipico del processo moderno, che 'e la dialetticità? Che vuol dire che la volonta del giudice non 'e mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) ala volonta e al comportamento dele parti, cioe all' iniziativa, allo stimolo, ala resistenza o all' acquiescenza di esse. E lo stesso si puo dire per ciascuna dele parti, la cui volonta e la cui attivita si plama e si adequa in ogni momento del processo agli stmolì che le arrivano dal comportamento del giudice e dela contraparte (CALAMANDREI, 1968, p. 679).

<sup>27</sup> Il y a identitè entre procès et mécanisme dialectique de découverte de la solution juste par le biais des garanties fondamentales (FRISON-ROCHE, 1994, p. 23).

<sup>28</sup> Giusto processo è stato anche interpretato come sinonimo di processo corretto, rinviando tale concetto alle garanzie di contraddittorio (fra le parti, e fra queste e il giudice), al diritto di domanda ed eccezione, ai poteri istruttori dele parti, al diritto di impugnazione. In buona sostanza si tratterebbe del diritto di azione e difesa già garantito costituzionalmente dall'art. 24, 1° e 2° comma e dalle altre norme di carattere processuali contenute in Costituzione. Di analoga portata ci pare l'interpretazione di chi, pur rifiutando quell'orientamento che attribuisce a tale espressione un valore tautologico, sostiene che giusto sia quel processo che rispetta i parametri fissati dalle norme costituzionali intese in relazione fra loro (BERTOLINO, 2007, p. 14).

O direito não é somente um meio para exercer a *justificação* e a *dominação*, mas permite a dialética social, como fato de protesto e impugnação. O direito, pelo processo, oferece uma segunda chance ao debate, já não mais a nível de lei, senão na escala individual do caso. É importante realizar essa distinção de planos e funções, realizando um “[...] *debate de su propia dramaturgia, una reformulación de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o mas distanciando*” (OST, 2017, p. 45).

O contraditório agora adquire uma nova dimensão, pois compreendido como garantia de participação em sentido substancial, e não somente formal, reconhecendo às partes a influência direta na formação do juízo. A dimensão substancial do contraditório significa que as partes tem de ser *ouvidas*, e não somente que devam falar “*En esa perspectiva, el contradictorio es el soporte y basamento nuclear a partir del cual se construye el concepto de proceso*” (BERIZONCE, 2017, p. 506), pois “*La que nosotros llamamos tutela del derecho es en realidad tutela del proceso*” (SATTA, 1971, p. 36).

O contraditório, pelo paradigma da complexidade, não é mais um elemento formal do processo, mas um elemento fundamental para a abertura de horizontes do objeto do processo, garantindo-se a devida tutela jurisdicional. Além de estabelecer a igualdade entre as partes, o princípio do contraditório retira a centralidade política na jurisdição e a realoca ao processo, lugar democrático para estar inserida a politização através da participação democrática social<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Em uma visão paradigmática do processo constitucional, unido a uma visão dialética processual dialogal do fenômeno conflitológico de interesses, vemos que é possível por via processual manter a instância política atualizada pelo debate travado pelos sujeitos que discutem sobre suas pretensões. Ou seja, o reflexo social é inevitável, pois a reflexão ali posta e possibilitada por um Processo marcado pela colaboração e por um contraditório de caráter dialógico faz manter atualizado o núcleo central da Democracia Participativa posta no Estado Democrático de Direitos. A finalidade de um bom governo não é possível ser expressada frente à sociedade plural, o que exige a constante renovação do debate para a alocação dos bens da sociedade (SANTOS, 2018).

O objeto do debate processual compreende a dialética processual, tanto a nível contraditório, quanto à nível de colaboração processual, consistindo matéria na qual, de maneira fundamentada, deverá o juiz concretizar o direito pela decisão, fornecendo traço de democraticidade e participação à criação do direito no caso concreto.

A jurisdição, diante da passagem do paradigma moderno ao da complexidade, “**não tem qualquer valia sem o processo**” (LEAL, 2016, p. 53, grifo nosso), na medida em que o processo hoje representa:

[...] complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz) que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu saber decisório (LEAL, 2016, p. 53).

Quanto ao juízo, a legitimidade do juízo jurisdicional depende, em uma perspectiva processual e democrática do direito, não apenas do convencimento sobre o caso, mas sim a fundamentação a partir do caso concreto, *a partir do diálogo com as partes ao longo do processo*, conforme se compreende da leitura arts. 5.º, LV, 93, IX, da Constituição Federal e 7.º, 9.º, 10, 11 e 489, § 1.º, do Código de Processo Civil.

## 5 CONCLUSÃO

O trabalho objetivou demonstrar a necessidade de se falar em uma revisão do princípio dispositivo pela constitucionalização, o que impende que seja visto como norma, e não mais como lei. A motivação judicial, nesse sentido, perde sua razão de ser atrelada à subsunção, flexibilizando a congruência processual. Apontar essa deficiência atrelada à motivação judicial é importante, pois, como muito ocorre na prática, nos casos em que a subsunção não é possível, o que ocorre no cotidiano é a presença de decisões

judiciais reflexas da filosofia da consciência (discrecionariade em casos das “lacunas judiciais”). Quando se aponta a insuficiência da motivação judicial, aponta-se a fundamentação judicial como possibilidade para interpretação, porém a fundamentação somente é legitimada democraticamente quando realizada pelo objeto do debate processual.

Ao apontar a insuficiência da motivação judicial, a decisão judicial não pode mais ser vista da perspectiva da decisão *infra* ou *extra petita*, pois a fundamentação passa a exercer importante papel interpretativo para o direito, dada função de proteção a ameaça e lesão de interesses que adquire o processo judicial com a constitucionalização do direito. Esses interesses são plurais e dinâmicos e exasperam a lei e merecem reconhecimento, o que não ocorre muitas vezes por via legislativa, mas pode por via judicial, centrado no contraditório processual.

O Processo Judicial, dessa maneira, representa as complexidades sociopolíticas dinamizadas por fenômenos contextuais, os quais superam os textos normativos estáticos. O contraditório é o espaço de participação democrática junto ao processo, que permite exercer ativamente a governança no processo na construção da decisão.

## REFERÊNCIAS

- ALARCÓN, R. B. El derecho fundamental a un proceso justo, llamado también debido proceso. **Proceso & Justicia**. Perú, 2000.
- AROCA, J. M. **Poderes del juez y poderes de las partes**. Roma: Cedam-Padova, 1988.
- ASTETE, S. V. S. **La aplicación del principio iura novit curia**. 89 p. Doctorado en Derecho. Perú: Universidad de San Martín de Porres – USMP, 2012.
- BENABENTOS, O. A. **Teoría general del proceso**. 2. ed. Rosario: Editorial Juris, 2005.

BERIZONCE, R. O. Bases para actualizar el código modelo procesal civil para iberoamérica. **Themis**, n. 58, p. 184-197, 2010.

BERIZONCE, R. O. Ideologías y proceso. **REDP**, Rio de Janeiro, UERJ, ano 11, v. 18, n. 2, p. 470-515, maio/ ago. 2017.

BERTOLINO, G. **Giusto processo civile e giusta decisione**. 165 p. Tese Dottorale. Bologna: Università di Bologna – Corso di Dottorato in Diritto Processuale Civile, XIX Ciclo, 2007.

BOBBIO, N. **O futuro da democracia**. São Paulo: Terra e Paz, 1997.

BOBBIO, N. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRUS, F. **Le principe dispositif et le proces civil**. 423 p. Thèse Docteur en Droit. Mont-de-Marsan: Université de Pau et des Pays de L'adour, 2014.

BRUTAU, J. P. **A jurisprudência como fonte do direito**. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.

CABRAL, A. P. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**, 2005. Disponível em: [http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il\\_principio\\_del\\_contraddittorio\\_come\\_diritto\\_dinfluenza\\_e\\_dovere\\_di\\_dibattito](http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito). Acesso em: 30 abr. 2019.

CALAMANDREI, P. **Opere giuridiche**. Volume Primo. Napoli: Morano Editore, 1968.

CALAMANDREI, P. **Processo e democracia**. Tradução de Darci Guimarães Ribeiro e Mauro Fonseca de Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CARNELUTTI, F. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Ambito Cultural, 2006.

CHASE, O. G. **Derecho, cultura y ritual**. Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

DE LOS SANTOS, M. La flexibilización de la congruencia. **Revista Internauta de Práctica Jurídica**, n. 17, p. 295-318, enero-dic. 2006.

DENTI, V. Giustizia e partezipazione dei nuovi diritti. *In*: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

DOTTI, F. **Diritto della difesa e contraddittorio**: garanzia di un giusto processo? Spunti per una riflessione comparata del processo canonico e estatale. Roma: Pontificio Istituto Biblico, 2005.

ERNESTO, P. P. El objeto del proceso civil. **Cuadernos de Derecho Judicial**, n. 23, p. 13-48, 1996.

FAZZALARI, E. **Instituições de direito processual**. 8. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FIX-ZAMUDIO, H. La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional. **Ius et Veritas**, n. 8, p. 89-108, 1994.

FRISON-ROCHE, M.-A. La philosophie du procès, propos introductifs. **Archives de Philosophie du Droit**, Sirey, tome 39, p. 19-23, 1994.

GANUZAS, F. J. E. **Iura novit curia y aplicación judicial del derecho**. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.

GONZÁLEZ, J. C. La controversia fáctica Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho. **Anuario de Filosofía Jurídica y Social**, Valparaíso, n. 26, p. 221-256, 2008.

GRADI, M. Vizi in Procedendo e Ingiustizia della Decisione. *In*: **Studi in onore di carmine punzi**. Torino: G.Giappichelli Editore, 2008. p. 63-89.

GROSSI, P. **La invenzione del diritto**: a proposito della funzione dei giudici. Roma: 2018. Disponível em: [http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi\\_presidente/Grossi\\_Scandicci.pdf](http://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf). Acesso em: 3 maio 2019.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

LÓPEZ, S. C. Principios rectores del proceso judicial español. **Revista de Derecho UNED**, n. 8, p. 49-84, 2011.

MENDEZ, F. R. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.

MORO, P. (org.). **Il diritto come processo**: princìpi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista. Milano, Italy: FrancoAngeli S.R.L., 2012.

MULLER, F. **Quem é o povo**. A questão fundamental da democracia. São Paulo: Editora Max Limonad, 2003.

NONET, P.; SLEZNICK, P. **Direito e sociedade**. A transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

OST, F. Pra qué sirve el derecho?... Para contar hasta tres. **Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 40, p. 15-48, 2017.

OTEIZA, E. El principio de colaboración y los hechos como objeto de la prueba; O “provare o soccombere”: ¿Es posible plantear un dilema absoluto? *In*: MORELLO, A. (dir.). **Los hechos en el proceso civil**. Buenos Aires: La Ley, 2003.

PALMER, R. E. **¿Qué es la Hermenéutica?** Madrid: Arco, 2002.

PASSOS, J. J. C. Democracia, participação e processo. *In*: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PICARDI, N. **Jurisdição e processo**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. São Paulo: Editora Forense, 2000.

PUGA, M. **Litigio estructural**. 329 p. Tesis Doctoral. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

RACHELI, S. Meditazioni in tema di motivazione. *In*: **Cultura e Diritti**. Pisa: Pisa University Press, 2013.

RAMOS, M. O. **Derecho procesal civil**. 8. ed. Barcelona: Arazandi, 2016.

RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, D. G. La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**, n. 40, p. 101-120, 2014.

RIBEIRO, D. G. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacía una teoría procesal del derecho**. Barcelona: J.M Bosch Editor, 2004.

RIBEIRO, D. G. Objeto do processo e objeto do debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do novo CPC. *In*: RIBEIRO, D. G.; JOBIM, M. F. (org.). **Desvendando o novo CPC**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RODOTÀ, S. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SANCHES, S. Objeto do processo e objeto litigioso do processo. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça**, n.º 16, jul. 1979.

SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito**. 2018. 844 p. Tese (Doutorado em Direito) – UNISINOS, São Leopoldo. 2018.

SATTA, S. **Soliloquios y coloquios de un jurista**. v. III. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-America, 1971.

SILVA, O. B. A. Democracia moderna e processo civil. *In*: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

SOARES, J. S. **O novo código de processo civil** (Comentado). Rio de Janeiro: Gráfica Labor, 1940.

SOLÁ, M. G.; BARBERIO, S. Principios generales del proceso civil: diseño clasico y mirada actual. *In*: PEIRANO, J. W. (dir.). **Principios procesales**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2011.

SOULIER, G. Le théâtre et le procès. **Droit et Société**, v. 17, n. 1, p. 9-24, 1991.

VARELA, C. A. **Fundamentos constitucionales del derecho procesal**. Buenos Aires: Ad-Hoc SRL, 1999.

VIOLA, F. V. **Il futuro del diritto lectio magistralis di commiato**. Aula Magna, Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, 26 novembre 2012. Disponível em: [http://www1.unipa.it/viola/Il\\_futuro\\_del\\_diritto.pdf](http://www1.unipa.it/viola/Il_futuro_del_diritto.pdf). Acesso em: 31 jan. 2018.

# PROCESSO, DEMOCRACIA E COMPLEXIDADE: ALGUMAS REFLEXÕES

## PROCESS, DEMOCRACY AND COMPLEXITY: SOME REFLECTIONS<sup>1</sup>

### RESUMO

O Direito Público voltado a uma epistemologia constitucional oportunizou a abertura das portas do Judiciário o que foi feito pela garantia do acesso à justiça quando da ameaça ou lesão ao direito, o que ensejou o fortalecimento do Processo Civil, pois passou a absorver os fenômenos vários trazidos ao Judiciário. O Processo Civil contemporâneo é capaz de aderir o direito para além da lei, por sua peculiar dinamicidade que tem como alvorecer as complexidades sociais não alcançadas pelo direito positivado. Essas complexidades apresentam-se via fenômenos conflituais trazidos ao processo pela juridicização da vida, objetivando conformação adaptativa existencial. O processo, nesse contexto, transformou-se na vocação desse novo tempo, eis que apresenta um canal para o exercício da democracia participativa. Para explicitação dos temas narrados, o artigo seguirá, como metodologia, a hermenêutica-fenomenológica e analisará o processo civil sob a perspectiva constitucional, tendo como mote a efetivação de uma participação democrática que propicie a necessária abertura de um núcleo existencial no direito.

**Palavras-chave:** Processo civil. Complexidades sociais. Democracia participativa.

### ABSTRACT

*The Public Law focused on a constitutional epistemology opened the doors of the Judiciary which was done by guaranteeing access to justice when threatening or*

<sup>1</sup> O artigo foi publicado anteriormente no evento Sociology of Law. Anais Sociology of Law, realizado no ano de 2017, que teve como objetivo evidenciar as Perspectivas das Relações entre Direito e Sociedade em um Sistema Social Global, e contou como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

*injuring the law, which led to the strengthening of Civil Procedure, since it began to absorb the various phenomena brought to the Judiciary. The contemporary Civil Process is capable of adhering to law beyond the law, by its peculiar dynamicity that has as dawn the social complexities not reached by the positive law. These complexities are presented through conflicting phenomena brought to the process by the juridicization of life, objectifying adaptive existential conformation. The process, in this context, has become the vocation of this new time, hence it presents a channel for the exercise of participatory democracy. In order to clarify the narrated themes, the article will follow, as a methodology, the phenomenological hermeneutics and will analyze the civil process from a constitutional perspective, with the motto of a democratic participation that provides the necessary opening of an existential core in law.*

**Key-Words:** *Civil procedure. Social complexities. Participative democracy.*

**Sumário:** I – Introdução; II – Do Processo em meio à Complexidade Social; III – Da politização da Jurisdição à Politização do Processo; IV – Os Fenômenos Conflitológicos de Interesse como Direito: o processo e sua dinâmica democrática; V – Conclusão; Referências.

## 1 INTRODUÇÃO

La complejidad es motor del cambio social, pero también funciona como un reactivo para la teoría jurídica, que necesita desarrollar esquemas conceptuales y métodos de análisis más complejos para ser capaz de explicar las nuevas situaciones (BORDIEU; TEUBNER, 2000, p. 28-29).

O tema proposto, envolvendo processo, democracia e complexidade social, enseja a necessária reflexão sobre o direito e sua dinamicidade, em especial neste momento sócio político em que a mudança não só é permanente como dificulta ações que tornem/mantendam o direito estático. Na história micro-macro-física-cósmica já aparece o princípio de evolução através de uma criação sucessiva de ordem sempre aumentada, de objetos sempre mais complexos e por isso improváveis e os acontecimentos não operam somente

no nível do genótipo, mas também do fenótipo, pois a existência fenomenal é uma sucessão de acontecimentos: os aprendizados são frutos da educação parental e do contato entre o indivíduo e o ambiente (MORIN, 1977). Nesse contexto, em uma sociedade ultracomplexa, o verdadeiro desafio nesses termos é apresentar formas de adaptação social que sejam capazes de lidar com as confluências do existir.

O Processo e a Democracia, inseridos em um contexto de Complexidade, denotam a abertura judicial para os debates sociais, uma vez que a democracia baseada em números e reduzida à representação – democracia moderna – sustenta em seus pilares uma igualdade que nega as confluências e a complexidade: uma igualdade de números, utilitarista, baseada na homogeneização da vida pela *segurança social*, posta por uma *democracia consensual*, meramente representativa e redutora dos conflitos à racionalidade legal.

O desafio democrático atual é proporcionar a hibridização dos sistemas de democracias representativa e substancial, na qual o cidadão possa efetivamente participar, não apenas qualidade de povo ícone, mas sim na condição de verdadeiro cidadão (partícipe social). Contudo, a dificuldade na implementação desse novo modelo democrático, esbarra na visão arcaica da Ciência Jurídica que, num estado de modernidade tardia, mantém-se o apego à lei pela prevalência da exegese normativa, ou, ainda, de um apego ao subjetivismo do julgador – filosofia da consciência – o que reduz o direito a uma operação matemática, esquecendo-se da velocidade com que novas complexidades são construída no contexto social e apresentadas ao Judiciário a partir da juridicização da vida, sendo este um importante, e inovador, movimento de abertura das portas dos Tribunais aportando no Judiciário discussões de questões várias e conflitos que superam a textura da lei.

A fim de compreender o direito para além dessa estrutura rígida da atual Ciência do Direito, acredita-se que há a possibilidade de serem absorvidas as manifestações de complexidade social pelo processo judicial pois ele, na atualidade, serve de arena política em razão da juridicização da vida e da politização do processo. Nesse sentido, é necessário rever as antigas bases do processo judicial que ainda o prendem em uma visão rígida das regras que o permeiam, para um novo aporte do processo como fruto de uma democracia participativa.

A hermenêutica-fenomenológica, pela visão aqui exposta, tem na Constituição Federal fundamento para reconhecer a *existência*, entendida esta como o ser do ente (*Dasein*), a qual deve ser resgatada pela política diante da complexidade social o que deve ocorrer como fruto da construção do direito e da ressemantização da lei. Nesse contexto, diante da inércia estatal na resolução de novos contextos sociais, os novos direitos devem ser reconhecidos como fruto dos princípios e elementos que permeiam os conflitos expostos pelo caso concreto que restam apresentados, pelo processo, ao judiciário. Nesse sentido, para que ocorra o equilíbrio social no bojo político voltado ao ditame democrático participativo, resta premente a necessidade de reflexão e diálogo, o que no processo ocorre pelo e no debate processual.

Nesse contexto, a conexão entre Processo Civil, Democracia e Complexidade expõe as vicissitudes do senso comum teórico que permeia o modelo processual moderno, ainda pautado na concepção dualista do direito, de modo que esta conexão possibilita uma nova visão do Processo Civil, necessária para que se compreenda todo o potencial desse mecanismo jurídico, tanto no tocante a criação do direito como no tocante a ressemantização do direito pelo processo. Nesse sentido, afirma-se que o processo judicial faz reavivar a democracia participativa em tempos de grandes complexidades, por ser um espaço público para escutar aqueles que não possuem espaços importantes *logos* político tradicional, momento em que o processo passou a

ser concebido, também, como um instrumento político/revolucionário<sup>2</sup>, desde que garantida a legitimidade democrática participativa.

## 2 DO PROCESSO EM MEIO À COMPLEXIDADE SOCIAL

Diante do exposto, resta evidente o fato de que as mudanças culturais tem suscitado elementos que demonstram fissuras importantes na concepção moderna de direito, fazendo com que restem questionados os mecanismos que, na modernidade, se propunham a garantir/proteger os direitos, principalmente no que toca ao processo civil. Esse novo contexto de complexidades é fruto de um momento sequencial a efetivação da real garantia de livre acesso ao judiciário, profícuo período eis que responsável por tornar alcançável à população um espaço para o reconhecimento e tutela de direitos. Contudo, muito embora o importante avanço, nos moldes do narrado, muito existe ainda a ser implementado, eis que é manifesto o quadro de injustiça social perpetuada em decisões volitivas (solipsistas), nesse contexto, prejudicadas pela instrução ineficiente de um processo judicial pautado em uma concepção democrática representativa (verticalizada).

Muito embora, por muitos, reste desconsiderada a efetiva força e justiça social que o processo é capaz de instituir no direito, necessário se faz ressaltar a importância de uma real participação democrática das partes que, nesse novo modelo proposto (processo contemporâneo), legitimam a decisão judicial a ponto de constituir novos direitos em um novo *locus* de participação política, tendo como fundamento a compreensão e efetivação do contraditório e da ampla defesa no e pelo processo, isso em virtude da inércia dos demais poderes constituídos (*locus* tradicional). Essa nova visão processual, mais do que nunca, é necessária em virtude da complexidade social vivenciada na atualidade, momento em que novos desafios são uma constante, razão pela

<sup>2</sup> Ver: Satta (2004, p. 39-51).

qual a dinamicidade processual exige dos novos atores sociais um caminhar mais flexivo e reflexivo, eis que agora permeado pelas ideias e ideais frutos dessa nova adaptação social.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva (1988, p. 106) “Os instrumentos clássicos de controle da legitimidade democrática não guardam, ou nunca guardam, uma perfeita sintonia com a realidade de uma sociedade pluralista em que a democracia moderna transformou-se”, não mais configurando-se junto à uma limitada Democracia da representatividade, devem ser pensados novos termos ao Estado e, principalmente, ao Direito que manifesta a organização do ser no Estado.

Estruturações contemporâneas do processo, que buscam a efetividade da tutela jurisdicional, conectam-no a uma necessidade de eficiência, efetividade mas, principalmente, de eficácia, o que será possível apenas quando rompida a relação sujeito/objeto própria do modelo caracterizado pela imagem de um juiz observador imparcial. Para tanto, necessário se faz reconfigurar o jogo democrático (participativo perpassando o representativo) transformando o juiz em um novo partícipe a ser considerado na estrutura dos sujeitos processuais (relação sujeito/sujeito), momento em que a legitimidade para a efetivação/criação dos novos direitos resta estabelecida pela dialética fática fenomenológico desaguada em uma decisão judicial fruto desse novo contexto sócio político (democracia participativa). Essa nova, e necessária, reestruturação processual resta potencializada não só pela necessidade de efetivação dos princípios que norteiam no Novo Código de Processo Civil como, também, pelas vicissitudes dos Tribunais expostas pela mídia (inovações tecnológicas) que desvelam para a população as nefastas realidades que permeiam um complexo jogo de interesses, ampliando ainda mais a discussão sobre a atuação dos Tribunais.

Novos modelos de eficiência e participação na resolução dos feitos apresentados em juízo, cada vez mais apresentam-se como um novo e

legítimo *locus* para resolução dos conflitos sociais, sem necessariamente processualizá-los ensejando uma verdadeira “fuga do processo” (CHAUMET; MENICOCCI, 2018; CHEVALLIER, 2009). Nesse sentido “*Los câmbios a nível particular e institucional em esta importante esfera de la vida social tienen repercusión em la cultura, así como em orientar a la sociedade hacia un nuevo rumbo*” (CHASE, 2011, p. 186).

Nem o legislador pode deixar de sentir-se interpelado a responder as diversas demandas sociais e nem essa resposta poderia, dada a generalidade existente na lei, prescindir de passar pela interpretação judicial. Também, existe, paralelamente, múltiplos casos abertos e conflitivos que não são possíveis de serem abordados pelo legislativo frente as suas peculiaridades. O caráter pluralista das sociedades, com forte marca ético-política e religiosa, não se acomoda tranquilamente às formatações fruto do legislativo ensejando, na atualidade, uma nova atmosfera na jurisdição, em especial no que tange a sua responsabilidade social (TAMANAHHA, 2010) eis que, nesse novo contexto (relação sujeito/sujeito), resta provocada a agir no sentido de implementar direitos concebidos como fundamentais. Assim, diante da ampliação de competências que acaba por fomentar/construir um espaço de ação mais democrático no exercício processual, resta necessária (também e além da mudança legislativa) a mudança judiciária quanto a sua cultura interna, eis que a pré-compreensão (despida dos pré-conceitos) dos novos atores sociais é que permitirá (em um novo contexto histórico fenomenológico) a aceitação das necessárias mudanças fruto dessa nova concepção de jurisdição. Assim, perpassando a jurisdição constitucional, resta premente a reconfiguração da jurisdição contemporânea a ponto de que ela desvele/descubra em si, diante e por meio da complexidade conflitológica, um novo espaço de exercício democrático (participativo) no qual as partes é que (agora) apresentem-se como verdadeiros protagonistas na busca de efetivação/concretização de direitos fundamentais bem como na construção de novos direitos, uma vez que a decisão estará, nesse novo contexto, legitimada por um processo

democrático horizontalizado (descentralização do poder) e não mais verticalizado (concentração do poder) (IBAÑEZ, 2003).

Como já narrado no presente esboço, pensar a complexidade e o direito exige o abandono da velha forma da “segurança jurídica”, ideologia que advém do racionalismo científico aderido ao direito, muito criticado pela hermenêutica-fenomenológica. Esta última surge em busca do controle da discricionariedade objetivando, principalmente, extirpar a arbitrariedade dos juízes, sistema de freios/limites ao poder judiciário que tem como pretensão, dentre outras, a mudança de um quadro fruto da modernidade que, pela mecanicidade formal/judicial reduzia o pensamento jurídico à uma relação fria/equidistante transformando a decisão (hoje um importante mecanismo democrático participativo) em um espaço abstrato e distante das realidades sociais eis que fruto de silogismos oriundo de cálculos matemáticos, o que era feito em nome da segurança jurídica (formal/procedimental), restando desnaturados os conteúdos substanciais de um direito imerso em complexidades.

Assim, diante do fato de o pensamento jurídico ser muito maior do que supunham os operadores modernos do direito, a certeza resta plasmada como um produto fictício/artificial da racionalidade política e jurídica, pois “*Pensar juridicamente es generar un impulso superador de la incertidumbre, remontando las oscilaciones de lo problemático*” (GARCÍA, 2012, p. 100-101). Esse sentido, se, de um lado, o direito é considerado como o conjunto de normas legisladas, não é errôneo falar de aplicação pelo juiz, pois os casos já vem regulamentados, cabendo ao juiz fazer a escolha discricionária da regra que aplicará. Porém, de outro lado, se o direito é considerado como algo muito mais complexo do que um mero conjunto de regras que disciplinam em concreto a ação humana em busca de uma adaptação social, a atividade jurisdicional também deve ser considerada criadora eis permeada pela hermenêutica-fenomenológica, pois o fenômeno será sempre posto a uma compreensão demarcada pelo jogo dialético-dialogal (GADAMER, 1998) no Processo. É com fulcro nessa nova

realidade que a decisão resta legitimada pelas partes quando do exercício da democracia participativa, espaço de reconfiguração social proporcionada pelo e no processo (DOMÍNGUEZ, 2008).

### 3 DA POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO À POLITIZAÇÃO DO PROCESSO

Conforme descrito nos tópicos anteriores, resta evidente a necessidade de reestruturação. Contudo o caminho a ser percorrido em busca desta transformação fruto da releitura da jurisdição e do processo, passa pela importância de “despolitizar a magistratura” (temática abordada por jurista do quilate de Streck (2010), ao tratar da filosofia da consciência) e “politizar o processo” (OST, 2013), transformando-o no espaço ideal de reconstrução social fruto da democracia participativa, ensejando decisões judiciais contextualizadas em um procedimento dialético/dialógico pelo e no processo. Nesse sentido, os fenômenos conflituais não se referem apenas ao caso concreto, mas, também a composição de interesses mais vastos, coletivos e/ou generalizados, momento em que o juiz solipsista (modernidade democrática representativa – verticalizada) passa a ser absorvido pela política como fruto dos debates apresentados pelos partícipes (verdadeiros cidadãos de uma democracia participativa – horizontalizada) quando da efetivação do processo, procedimento responsável por, como narrado, desaguar na decisão judicial a necessária legitimidade quando da criação de novos direitos. Para tanto, necessário se faz conceber, também, uma releitura quanto aos termos separação e divisão de poderes, ganhando relevância este último em detrimento do primeiro, eis que os poderes do Estado não são e não devem ser estanques, portanto não devem ser silenciados quando da efetivação/exercício das tutelas jurisdicionais vinculadas à ampla normatividade hodierna.

Pela concepção pautada nesse novo modelo jurisdicional, o Direito passa a sofrer influências interpretativas e ressementizadas diante da

chamada Constitucionalização do Direito, cujo reflexo, no processo, se dá pela publicização e socialização de suas ideologias introjetando, acentuadamente, a democracia substancial em seus institutos, o que é feito pela reestruturação jurisdicional fruto de uma democracia participativa, momento em que o processo passa a assumir a postura de veículo de garantia/realização de direitos básicos em consonância com os ditames constitucionais, oportunizando um horizonte dinâmico para a Ciência Processual.

Diante desse novo espectro jurisdicional em que a decisão judicial resta legitimada não mais/apenas pela democracia representativa verticalizada mas, sim, por uma democracia participativa horizontalizada, as partes restam alçadas à um ambiente de protagonismos em que os juízes, sem perder sua *autoritas*, restam submetidos às novas exigências, fazendo com que acabem intercambiando e modificando os aspectos da divisão dos poderes, uma vez tratar-se de atividade vinculada à “condição humana” (CALDANI, 2018, p. 22-23). Na proposta fruto de um direito contemporâneo, não pode/deve o juiz ser um simples funcionário da lei, eis que o processo não mais pode/deve comportar-se como um mero *servente* do direito material, afastado de todas as manifestações sociais e políticas (CALAMANDREI, 1960). Assim, hoje mais do que nunca a decisão judicial apresenta-se revestida de uma necessária responsabilidade (direito responsivo) sócio-política eis que fruto de um novo jogo democrático participativo em que os cidadãos, deixando de ser apenas povo ícone/legitimador, encontram no Judiciário um novo espaço para o exercício do poder em público.

Com a evolução das teorias processuais, principalmente no que toca à teoria monista<sup>3</sup> e com as reformas da Codificação, em especial a Processual, premente se faz a conscientização de um cidadão ativo, procedimento que propiciará a necessária ressemantização do sujeito (relação sujeito/sujeito) que era tido como mero indivíduo (relação sujeito/objeto) eis que

<sup>3</sup> Como expoente da teoria monista do processo civil no Brasil, ver: Ribeiro (2004).

reduzido ao ente. Esse novo quadro que resta esboçado no presente estudo é reflexo da releitura constitucional do direito que, deixando de ser mera carta política resta realçada como um importante instrumento jurídico tornando-se responsável direta por uma ampliação normativa concebida por regras e princípios, fato este que tem ensejado uma significativa ampliação interpretativa (hermenêutica filosófica), eis que agora pautada em elementos fáticos/históricos/fenomenológicos. Como reflexo direito, os estereótipos fruto do que restava compreendido (Estado Moderno) como fenômeno do Desgoverno Judicial que deu vazão ao solipsismo/filosofia da consciência pautados na redução do direito à lei, pela nova teoria aqui apresentada (Estado Contemporâneo) resta ressignificada em um modelo de Governo Judicial, eis que a legitimidade, deixando de ser questionada quanto a figura do Judiciário e/ou Juiz, pela democracia participativa resta dimensionada na decisão como um resultado hermenêutico filosófico construído pelo/no contraditório e pela/na ampla defesa (democracia participativa horizontalizada) elevando o processo ao status de espaço ideal de construção de novos direitos (NIETO, 2010). No que toca a temática Jean Cruet na França já apresentava, há muito tempo, ensinamentos de contraposição do direito ao caso concreto e a impossibilidade de redução do direito ao direito legislado:

[...] o juiz não tem de impôr-nos 'o seu' direito, tal como pode concebê-lo de uma maneira ideal, isto é mais ou menos subjectiva, mas tem de executar «o nosso direito», o direito que a sociedade pede e espera, o direito necessário á aparição d'um contracto novo, ao desenvolvimento d'um modo de producção industrial, á propagação d'uma descoberta scien-tífica, á transformação dos laços do casamento ou da família (CRUET, 1938, p. 81-82).

O que significa “despolitizar a magistratura” e “politizar o processo”, não é mais do que promover políticas como um sentimento comum de interesse dos cidadãos, pois os conflitos levados ao judiciário não se limitam a uma reprodução do suporte fático contido nas regras, mas consubstanciam

novos fenômenos pulsantes de uma sociedade complexa, o que exige do processo uma politização quando da construção da norma.

Agora é mais nítido perceber que procedimentos herdados dos últimos séculos, carregados com uma grande carga ideológica, já não mais correspondem ao que o Judiciário deve propiciar ao cidadão hoje em dia. O processo judicial exige nova reestruturação capaz de atender de forma adequada às novas realidades sensíveis da sociedade para que seja possível superar o conceito tradicional do processo, por uma renovada dimensão que torna o processo revolucionário. Uma nova visão do processo transcende as teorias que delimitam este em ser o instrumento do direito substancial (DINAMARCO, 2009) da jurisdição ou mera relação jurídica, pois o processo integrou-se ao sistema jurídico por meio das garantias processuais constitucionalizadas democraticamente.

De outro lado, pugna-se que os institutos processuais, quando permeados pela constitucionalização do processo, ganham tons de democracia e participação e, assim, “Surge uma nova alternativa para o florescimento de um *espírito participativo do indivíduo* na concretização da democracia contemporânea” (RIBEIRO, 2010, p. 95-96).

O processo é por sua natureza, público, o que fundamenta em sua essência um espaço de debate democrático exercido pelo meio dialético do contraditório, onde são discutidos os diversos ângulos dos fatos e os desdobramentos do direito, cuja discussão legitima a atuação jurisdicional que deve observar a defesa do direito unido à realidade sensível.

## 4 OS FENÔMENOS CONFLITOLÓGICOS DE INTERESSE COMO DIREITO: O PROCESSO E SUA DINÂMICA DEMOCRÁTICA

¿Cuando es el rostro anónimo de la economía quien marca los rasgos del mundo global, cuando se insiste en el hecho de que los mercados ‘votan’ y las instituciones financieras ‘juzgan’, y

se apropian, en consecuencia, de funciones que pertenecen a la democracia y parecen reducir todos los derechos a su medida? ¿Cuando la tecnología nos lleva hacia las fronteras del poshumano y nos pregunta si pueden sobrevivir unos derechos, no casualmente definidos, incluso en el lenguaje jurídico, como ‘humanos’? (RODOTÀ, 2014, p. 49).

Com a manifestação de sociedades complexas que exigem uma reinvenção das instituições como reestabelecimento do mundo sensível em seu aspecto de civilização e respeito ao outro, com o objetivo de uma igualdade substancial pelo reconhecimento da existência, o Processo deve exasperar o fenômeno pela aproximação fenomênica fruto da hermenêutica filosófica, capaz de reduzir as nocivas influências do cientificismo e racionalismo junto ao direito. Isso porque, fundamentalmente, a democracia substancial se exaspera em ser a melhor expressão que acompanha as contingências do ser para que ele se emancipe e que seja capaz de incessantemente reconhecer a parcela dos *sem-parcela* (RANCIÈRE, 1996).

Existe uma concordância racional dos indivíduos e dos grupos sociais para evitar o conflito e o dano político, preferindo-se a discussão racionalizada. Mas para que as partes discutam em vez de lutar, é necessário, em primeiro, que existam como partes. E como ficam aqueles que não são parte (ou seja, os *sem-parcela*?) O ser-aí reflete como ato de sua existência o fenômeno conflitológico de interesses, que torna indissociável o encontro performático e *transdisciplinar* das humanidades com o direito. Com esse encontro natural da expressão do ser-no-mundo, pode-se dizer que a democracia é o reflexo da interpretação posta pela linguagem, sendo a existência a interpretação que fundamenta a necessidade de adaptação social, pois o homem vive e interpreta. A filosofia hermenêutica apresenta como juízo reflexionante os fenômenos existenciais com sua fonte de reflexão no processo, onde os fenômenos são trazidos e desvelados e possibilitam a realização prática da filosofia por meio do debate dialético por via dos jogos de linguagem.

Segundo discorre Warat (1955), a democracia é uma prática política de produção de sentido, pois a nível de imaginário social, a democracia não possui o seu sentido definido. Uma determinada forma de sociedade, nesse sentido, é democrática na medida que existe nela um número significativo de espaços onde possam respirar os desejos desclassificados pelos sistemas simbólicos sancionados; onde possam realizar-se um número indefinido de operações tendentes à libertação e transformação da linguagem, que fundamenta a heteronomia simbólica. A natureza conflitiva humana (HAN, 2014) exaspera esse núcleo sempre em constante movimento do social. Por isso se afirmar que o processo é o local de redimensionalização do direito.

É na busca deste resgate existencial que deve o direito atuar. As relações de poder desenvolvidas na sociedade expressadas pela partilha do sensível, pela divisão de são ignoradas, não encontrando uma forma de canalização política. Isso também no que toca à complexidade e a velocidade pelo qual são criados novos problemas e realidades. O judiciário é assim chamado para atuar, judicializando os conflitos e dando voz aos *sem parcela*. As expressões não abarcadas pelo sistema jurídico, através da juridicização acabam por se expressar pela *judicialização do direito*, onde o direito acaba por catalisar as expressões do social que, em uma pós-democracia (ou democracia consensual) o Estado ignora. O consenso social surge como um regime determinado do sensível, da existência, porém, ignora que a existência é dinâmica. O consenso vê somente um modo particular de visibilidade do direito como *arkhé* da comunidade. Antes de resolver os problemas dos parceiros sociais tornados sensatos é preciso considerar que a estrutura específica da comunidade não é posta de maneira estática.

Os fenômenos conflituais trazidos a discussão no Judiciário precisam ser vistos por uma ótica transdisciplinar, em suas bases sociológicas, antropológicas e filosóficas, servindo tais estudos como elemento fulcral para a compreensão hermenêutico-fenomenológica do fenômeno como direito. O

Processo passa a absorver a complexidade social de forma que possibilita a adaptação existencial.

## 5 CONCLUSÃO

Y en un mundo en el que las relaciones sociales y económicas se hacen cada vez más complejas [...]. Por esta razón, hemos considerado conveniente insistir sobre sus aspectos político y social (FAVELA, 1981, p. 140).

Uma democracia substancial e participativa busca retirar o ser da passividade, para convertê-lo em uma força ativa capaz de iniciativas e, portanto, de projetos políticos elaborados por nada mais que ele mesmo. O Processo como Democracia participativa transcende tudo o que restringe o processo a ponto de ser concebido apenas como um instrumento limitado a aplicar o direito preexistente ou servir de meio para solipsismos dos julgadores. Para tanto, a democracia deve ser reformulada constantemente pela dialética dos cidadãos e a abertura do processo a esses debates que transcendem o normatizado é fundamental para a adaptação social de sociedades complexas.

As novas conjecturas sociais demonstram que a sociedade tornou-se complexa e plural (Estado Contemporâneo), superando o que era visto como mecânico e racional (relação sujeito/objeto) nos moldes do apresentado pela Ciência Jurídica de outrora (Estado Moderno). O Processo deve ser um ouvir e o escutar, reflexo do exercício necessário para que exista a dialética construtora consistente no jogo de perguntas e respostas, pois esta é capaz de desvelar os conflitos e legitimar a atuação da jurisdição, em especial pela necessária filosofia prática (em substituição à filosofia da consciência) exercitada pela democracia participativa horizontalizada no debate fruto desse novo jogo processual, realizado conjuntamente com a leitura constitucional, procedimento que (quiçá) possibilitará o resgate existencial e humano do ser

(relação sujeito/sujeito), o qual foi construído metafisicamente como ente em um Estado de Direito forjado sob as concepções da modernidade.

É na abstrata conduta do outro que reside o problema hermenêutico e são gerados os fenômenos conflitológicos de interesses, sendo este último indissociável da conduta jurídica, traduzida como intersubjetividade que constitui o direito e foi desenhado pelo “suporte fático” da estrutura normativa, dado que: “*El hombre es un animal hermenéutico, porque habla, y por eso mismo la filosofía hermenéutica re-encuentra la unidad del hombre consigo mismo y con el mundo*” (D’AGOSTINO, 1996, p. 43-44). Assim, negar o caráter de *conflitualidade* é também negar a subjetividade inerente ao ser e, conseqüentemente, dar-lhe caráter de massa (povo ícone/legitimador) no espaço político, inviabilizando a democracia participativa.

O processo civil constitucionalizado é imbuído de garantias processuais, apresentando-se estas como exigências democráticas construindo-se um processo que perpassa e reformule seus objetivos e finalidades estimulado pelas sociedades complexas e altamente conflituais. A atual missão do processo eclode diretamente com a evolução-transformação de seu conceito tradicional que fora imposto quando da sua cientifização renovando-se em sua dimensão e significado que transcende do que usualmente lhe é atribuído.

## REFERÊNCIAS

BOURDIEU, P.; TEUBNER, G. **La fuerza del derecho**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes: Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

CALAMANDREI, P. **Proceso y democracia**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1960.

CALDANI, M. A. C. **El juez, el proceso y el estado en la postmodernidad.**

Disponível em: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/829/648>. Acesso em: 31 jan. 2018.

CHASE, O. G. **Derecho, cultura y ritual.** Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

CHAUMET, M. E.; MENICOCCHI, A. A. **El proceso civil ante la crisis de la subjetividad moderna.** Disponível em: [http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/ID\\_N\\_23\\_El\\_PC\\_ante\\_la\\_C\\_de\\_la\\_SM\\_Mario\\_E\\_Chaumet\\_Alejandro\\_A\\_Menicocchi.pdf](http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/ID_N_23_El_PC_ante_la_C_de_la_SM_Mario_E_Chaumet_Alejandro_A_Menicocchi.pdf). Acesso em: 31 jan. 2018.

CHEVALLIER, J. **O estado pós-moderno.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CRUET, J. **A vida do direito e a inutilidade das leis.** São Paulo: Ibero America, 1938.

D'AGOSTINO, Francesco. Interpretación y hermenéutica. Depósito Académico Digital Universidad de Navarra. **REV – Pessoa e Direito**, v. 31, n. 40, 1996. Disponível em: [http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD\\_35\\_02.pdf](http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/12899/1/PD_35_02.pdf). Acesso em: 16 out. 2016.

DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do processo.** 14. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2009.

DOMÍNGUEZ, M. S. **Jurisdicción, acción y proceso.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2008.

FAVELA, J. O. Sistemas jurídicos y políticos, proceso y sociedad. In: KAPLAN, M. (comp.). **Estado derecho y sociedade.** Serie enseñanza del derecho y material didáctico. n. 3. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México, 1981.

GADAMER, H. G. **El giro hermenéutico.** Madrid: Catedra, 1998.

GARCÍA, J. I. M. Derecho e incertidumbre. **Anuario de Filosofia del Derecho**, n. 28, p. 97-118, 2012.

HAN, B.-C. **Psicopolítica neoliberalismo y nuevas técnicas de poder**. Barcelona: Herder Edotorial, 2014.

IBAÑEZ, P. A. **Derecho y justicia en el siglo xxi, mas dificil todavia**. Colóquio Internacional – Direito e Justiça no Século XXI, 2003.

MORIN, E. **Cultura de massas no século XX: o espírito do tempo: necrose**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

NIETO, A. **El malestar de los jueces y el modelo judicial**. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

OST, F. Il Ruolo del Giudice. Verso delle Nuove Fedeltà? **Rassegna Forense**, n. 3-4, p. 701-727, 2013.

RANCIÈRE, J. **O desentendimento político e a filosofia**. São Paulo: Editora 34, 1996.

RIBEIRO, D. G. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

RIBEIRO, D. G. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

RODOTÀ, S. **El derecho a tener derechos**. Madrid: Editorial Trotta, 2014.

SATTA, S. **Soliloqui e colloqui di un giurista**. Nuoro: Ilisso Edizioni, 2004.

SILVA, O. A. B. Democracia moderna e processo civil. In: GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; WATANABE, K. (orgs.). **Participação e processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

STRECK, L. L. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAMANAH, B. Z. **Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging**. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

WARAT, L. A. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1955.

# MEDIDAS ESTRUTURANTES PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À MORADIA: DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E CIDADE<sup>1</sup>

## RESUMO

O direito à moradia enfrenta uma antinomia: de um lado, consagração do direito à nível fundamental com aplicabilidade imediata e como ODS pela Agenda 2030 da ONU e, de outro, a financeirização da moradia. A antinomia dificulta uma atuação ativa na efetivação desse direito pelo Estado, resultando em políticas públicas incapazes de proteger os mais vulneráveis. O Judiciário brasileiro atua de forma neutra, limitando-se ao controle de políticas públicas ou pela individualização dos conflitos, insuficientes em termos sociais. Critica-se a posição neutra na proteção e efetivação direito à moradia, propondo-se, a partir do direito comparado, a absorção dos litígios estruturantes, ferramenta democrática com viés político e de aderência do contexto social ao direito. Defende-se que a proteção da moradia é fundamental ao desenvolvimento sustentável, principalmente aos mais vulneráveis, sendo o litígio estruturante um dos motes de apoio.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento urbano sustentável. Democracia contínua. Direito à moradia. Medidas estruturantes.

## ABSTRACT

*The right to housing faces an antinomy: on the one hand, consecration of the right to fundamental level with immediate applicability and as SDGs by the UN Agenda 2030 and, on the other, the financialization of housing. The antinomy*

<sup>1</sup> Este artigo foi publicado na coletânea, que tem nome Diálogos sobre Direito e Justiça. Coletânea de Artigos, pela Editora Unoesc, no ano de 2019, e foi feito por Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Moller e Cristhian Magnus de Marco.

*makes it difficult for the State to act effectively in enforcing this right, resulting in public policies unable to protect the most vulnerable. The Brazilian judiciary acts neutrally, limiting itself to the control of public policies or the individualization of conflicts, insufficient in social terms. The neutral position on the protection and enforcement of the right to housing is criticized, proposing, from comparative law, the absorption of structuring disputes, a democratic tool with political bias and adherence of the social context to the law. It is argued that the protection of housing is fundamental to sustainable development, especially the most vulnerable, and structuring litigation is one of the motives of support.*

**Keywords:** Sustainable urban development. Continuous democracy. Right to housing. Structure reforms.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito à moradia é consagrado em nosso ordenamento à nível fundamental com aplicabilidade imediata e, à nível internacional, é reconhecido como Objetivo do Desenvolvimento Sustentável pela Agenda da ONU de 2030. Em que pesa a ampla proteção, a incorporação do direito à moradia junto ao debate e prática constitucional é parca, pois compreende-se que o canal natural de distribuição da moradia é o mercado, admitindo-se certas políticas subsidiárias para casos extremos: o direito seria exceção, e o mercado a regra. Diante de um sistema deficitário de políticas públicas de moradia, os conflitos relativos a gestão de temas públicos são levados ao Judiciário, que passa a enfrentar um desafio, pois existe uma complexidade inerente à discussão de políticas públicas e direitos sociais.

Entretanto, as decisões do Judiciário brasileiro, assim como em vários países marcados pela tradição jurídica *civil law*, são insuficientes, pois se limitam a aplicar o direito social à moradia na dimensão negativa destes ou por via de aplicação individualizada: um processo bipolar onde o juiz atua como árbitro e aplica o direito reclamado pelas partes, voltado ao

princípio dispositivo, à congruência processual e à limitação dos efeitos da decisão entre as partes. Um processo burocrata e onde as partes afetadas e o contexto pouco influenciam na decisão judicial, acarretando sérios prejuízos à efetividade do direito, pois esse manejo processual é incapaz de atender à constitucionalização do direito e à proteção dos mais vulneráveis<sup>2</sup>.

Surge assim a necessidade de se repensar a maneira em que feita a judicialização do direito à moradia, com o fim de expandir a efetivação. Exemplos do direito estrangeiro trazem um novo manejo do litígio que envolve moradia e demonstram uma evolução no campo: o litígio estruturante, por meio do qual são proferidas medidas estruturantes, cujo enfoque é desenhar um remédio para situações deficitárias que requerem cooperação e implementação de largo alcance, por características inovadoras: existência de participação, transparência, publicidade e diálogo, de modo que o Juízo participe ativamente, flexibilizando o princípio dispositivo, coordenando obrigações aos poderes públicos e que distribua as cargas processuais de forma simétrica, não limitando o judiciário à revisor de políticas públicas proferidas pelos outros poderes. Em uma democracia participativa/contínua o litígio estruturante surge com a proposta de novas práticas para um novo ciclo democrático, onde as instituições são reconfiguradas, fabricando o bem comum por meio de um regime institucional ligado ao espaço público, produzindo assim institucionalizações via experiências vividas, abertas.

Ao contribuir para efetivação do direito à moradia, as medidas estruturantes colaboram para a sustentabilidade urbana. Salienta-se que se fala em desenvolvimento urbano, pois conforme Lefebvre ensina, o urbano é a morfologia social, a filosofia, o pensamento, o que molda a cidade (morfologia

<sup>2</sup> Conforme se infere nos estudos sobre medidas estruturantes nesse trabalho. Nessa pesquisa, sem objetivo de exaustão por não ser o foco da pesquisa, consultou-se decisões dos seguintes tribunais no direito à moradia para averiguar os estudos e colacionar exemplos: TJRS (Agi. n° 70079192456, Apelação n.° 70070663018), TJSC, TJSP (Apelações Cíveis n° 1025906-55.2018.8.26.0224, n° 1045243-92.2017.8.26.0053 e n° 1045243-92.2017.8.26.0053), TJRJ (Apelação n.° 0207241-77.2016.8.19.0001) e STJ.

material), de modo que o desenvolvimento urbano sustentável busca um novo pensar a cidade, um pensar sustentável em suas várias dimensões.

## 2 O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL SOCIAL À MORADIA

Henri Lefebvre (2011) ensina que o urbano dá vida à cidade: a “cidade” é expressão da morfologia material/estrutural (rua, espaços, edifícios, muros) dando forma à divisão sócio-espacial, e o “urbano”, por sua vez, é expressão a morfologia social, as relações sociais que se desenvolvem e fundamentam a divisão sócio espacial. A urbanização das cidades foi impactada diametralmente pela industrialização, por via de um processo dialético que inaugura, de vez, a Era Urbana. De fato, hoje 85% da população brasileira aglomera-se nas cidades (IBGE, 2015), *locus* existencial dos problemas humanos. Os problemas desse impacto surgem na medida em que a industrialização se despreocupa com os efeitos sociais que causa junto à urbanização (morfologia social) e, conseqüentemente, no cenário da cidade (morfologia e estrutural). Em não menos notável obra e crítica, Raquel Rolnik (2019), discorre que a partir da primeira década do século XXI ocorre um processo de desconstrução da habitação como um bem social e de sua transmutação em mercadoria e ativo financeiro, convertendo a economia política de habitação em elemento estruturador de um processo de transformação incutido pelo capitalismo. Esse processo é apoiado pela política pública da casa própria, enraizada na ideia de socialização do crédito, incluindo-se assim consumidores de média e baixa renda no circuito financeiro, permitindo a livre circulação por toda a terra urbana. A tomada do setor habitacional pelo financeiro volta-se ao investimento do capital e forma peculiar de reserva do valor.

Inseridos nessa ótica de construção da urbanização e da cidade, a moradia é impactada fortemente, ocorrendo os mais graves problemas habitacionais,

como pessoas em situação de rua – pelo menos 100 mil pessoas (IPEA, 2017) – e um déficit habitacional de 8 milhões de unidades habitacionais (FGV, 2018), num cenário onde 11,4 milhões vivem em favelas construídos em áreas loteadas e não ocupadas; áreas alagadas; áreas de preservação ambiental e áreas de risco, que têm em comum serem territórios abandonados, com perigo social ou ambiental e impróprias, no mais das vezes, para a morada expõem as pessoas aos mais diversos tipos de violência. Não é por coincidência que as pessoas mais carentes estão concentradas em habitações baratas e longe do centro da cidade, demarcando um contraste entre áreas providas de serviços e infraestrutura, no centro, das áreas desprovidas dos mesmos serviços, localizadas em periferias, atrativas somente em razão do preço. Essa morfologia da cidade causa uma profunda divisão sócio-espacial/apartheid urbano, erguendo os muros do que Smith (2012) denomina a “nova fronteira urbana”: a ideologia que racionaliza a diferenciação social e torna a exclusão algo natural, inevitável.

Hoje estão presentes formas de ordenamento colonial nas cidades, governando a vida dos cidadãos comuns, como naquelas sociedades outrora submetidas ao colonialismo europeu. A nova forma de governar sistematiza-se por uma retirada da regulação social e privatização dos serviços públicos, seja pelo controle da saúde, terra, água, qualidade do meio ambiente, despolitizando as relações, concedendo a parte mais forte um poder de veto e controle da vida e do sustento do mais débil (SOUSA SANTOS, 2010). A ideia de um Estado intervencionista muito comprometido com a habitação popular e a criação de empregos parece alucinação ou piada de mau gosto, porque há muito tempo os governos abdicaram de qualquer iniciativa séria para combater as favelas e remediar a marginalidade urbana (DAVIS, 2008).

No tocante à proteção jurídica do direito à moradia, o Brasil criou nas últimas décadas uma série de normativas e legislação que buscaram acompanhar a evolução do tema a nível internacional propiciada pela ONU,

inclusive em 2000 consagrando o direito à moradia como direito fundamental social. É pelo comentário n.º 4 da ONU, inclusive, onde melhor se encontra um conceito amplo e profundo do que seria o direito à moradia digna:

- 1) Segurança da posse: a moradia não é adequada se os seus ocupantes não têm um grau de segurança de posse que garanta a proteção legal contra despejos forçados, perseguição e outras ameaças.
- 2) Disponibilidade de serviços, materiais, instalações e infraestrutura: a moradia não é adequada, se os seus ocupantes não têm água potável, saneamento básico, energia para cozinhar, aquecimento, iluminação, armazenamento de alimentos ou coleta de lixo.
- 3) Economicidade: a moradia não é adequada, se o seu custo ameaça ou compromete o exercício de outros direitos humanos dos ocupantes.
- 4) Habitabilidade: a moradia não é adequada se não garantir a segurança física e estrutural proporcionando um espaço adequado, bem como proteção contra o frio, umidade, calor, chuva, vento, outras ameaças à saúde.
- 5) Acessibilidade: a moradia não é adequada se as necessidades específicas dos grupos desfavorecidos e marginalizados não são levados em conta.
- 6) Localização: a moradia não é adequada se for isolada de oportunidades de emprego, serviços de saúde, escolas, creches e outras instalações sociais ou, se localizados em áreas poluídas ou perigosas.
- 7) Adequação cultural: a moradia não é adequada se não respeitar e levar em conta a expressão da identidade (BRASIL, 2013, p. 13).

O mesmo documento também deixa claro o que não seria o direito à moradia adequada, com o fim de resolver as principais objeções: a) não se exige que o Estado construa habitação para todos, o direito à moradia adequada abrange medidas que são necessárias para evitar a falta de moradia, proibir as remoções forçadas e a discriminação, focar nos grupos mais vulneráveis e marginalizados, garantir a segurança da posse a todos, e garantir que a habitação de todos seja adequada, de modo que eventualmente terá de prestar assistência direta; b) o direito à moradia adequada não é somente um objetivo programático, mas de efeito imediato; c) o direito à moradia adequada não proíbe projetos de desenvolvimento que possam remover pessoas, pois as remoções são necessárias eventualmente, porém o direito em questão impõe

condições e limites processuais sobre ele, para proteger os afetados; d) o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito de propriedade, por ser mais amplo que o segundo por relacionar aspectos não relacionados à propriedade, visando que todos tenham um lugar seguro para viver. Inclusive o foco único no direito de propriedade poderia levar a violações do direito de moradia adequada; e) o direito à moradia adequada não é o mesmo que o direito à terra; f) o direito à moradia adequada não significa apenas que a estrutura da habitação seja adequada, também deve haver acesso sustentável e não discriminatório às infraestruturas básicas à saúde: água, energia, aquecimento, iluminação, transporte, esgoto e acesso a serviços de educação e emergência (BRASIL, 2013).

## 2.1 DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL E DIREITO À MORADIA

A atual compreensão de urbanização está atrelada a uma configuração sócio-espacial revanchista, que levanta fronteiras e é excludente: a polícia urbana torna-se “revanchista” contra os excluídos socialmente (GRAHAM, 2011), buscando assim solucionar o problema da higienização social, pois as classes perigosas de nossos tempos são as incapacitadas para a reintegração e classificadas como não-assimiláveis. São supérfluas e excluídas de modo permanente (BAUMAN, 2005).

Para repensar o urbano e a cidade, o desenvolvimento urbano sustentável apresenta uma abordagem alternativa e possível, na medida em que a sustentabilidade preocupa-se com a relação do homem com seu ambiente, defendendo que o desenvolvimento humano deve ser, sobretudo, um desenvolvimento sustentável em suas várias dimensões (social, econômica, ambiental, ética e jurídica). Destaca-se que tanto a sustentabilidade como o direito à moradia são objeto de extensa proteção internacional e ambos são

vistos, juntos, através do Objetivo do Desenvolvimento Sustentável nº 11 “Até 2030, tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis”, sendo possível afirmar que existe uma atenção ao desenvolvimento urbano sustentável em suas várias dimensões (BID, 2018).

Juarez Freitas (2018) avança e reconhece na sustentabilidade um princípio fundamental, cuja normatividade tem importantes impactos: faz da sustentabilidade diretriz interpretativa vinculante ao ordenamento jurídico, de modo que somente políticas convergentes com a sustentabilidade poliédrica são constitucionais. A fundamentalidade do direito à sustentabilidade, para o Jurista, se traduz também na absorção dos objetivos transnacionais do desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da ONU e, também, pode-se dizer, da Nova Agenda Urbana (ONU, 2018).

Dentro dessa conversação entre dimensões da sustentabilidade na cidade, a moradia possui especial espaço de diálogo e discussão, por buscas qualidade de vida e o desenvolvimento social de sua população. A hermenêutica da sustentabilidade impede, assim, falar de desenvolvimento econômico esquecendo-se do desenvolvimento social (BOSELNAN, 2008; DE MARCO, 2014) – o que torna a financeirização da moradia um problema e desafio a ser enfrentado diametralmente – e traz à tona um intenso desrespeito a suas dimensões: existência e manutenção de zonas desfavorecidas, destinadas a famílias pobres, desprovidas de infraestrutura adequada para o atendimento de necessidades básicas, sem a garantia mínima das liberdades substantivas. Nesse ponto, a sustentabilidade depende da eficácia dos direitos sociais e das políticas públicas ligadas, por exemplo, à moradia (DE MARCO, 2014).

Essa lição pode ser tirada também do que ensina Amartya Sen (2000), para quem o desenvolvimento deve propiciar a expansão das liberdades substantivas (de se nutrir, de não ser violentado), pois essa aumenta as capacidades das pessoas e possibilita que participem da vida social e política. A pobreza, nessa dimensão, é a privação das liberdades substantivas, por isso

dizer que a pobreza real pode ser muito mais intensa do que se pode deduzir ao se aferir dados sobre a renda. Na constância do que anteriormente foi afirmado, os direitos – civis e sociais – têm papel instrumental para alcançar o fim do desenvolvimento sustentável, qual seja a ampliação das liberdades substantivas das pessoas para que expandam suas capacidades.

No que toca à moradia, é de relevo à presente discussão também a dimensão jurídico-política da sustentabilidade, voltada à própria sustentabilidade do Estado (DE MARCO, 2014), defendendo-se uma abordagem contínua (ROUSSEAU, 2019) da democracia e de forma ativa-responsiva (NONET; SELZNICK, 2010). É nesse sentido que as medidas estruturantes são aliadas na concretização dos direitos sociais, cujo impacto social buscado, sobretudo, deve voltar a possibilitar o aumento da qualidade de vida das pessoas, segurança financeira, produzir oportunidades de desenvolvimento, reduzir condições de vulnerabilidade e fortalecer a cidadania e os direitos fundamentais.

### 3 O PROBLEMA DA EXIGIBILIDADE/ JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais surgem para proteger a pessoa, na medida em que um modo liberal de direitos se mostrou falho para oferecer proteção, obrigando o ente público a garantir níveis essenciais de direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002). No ordenamento jurídico brasileiro os direitos sociais são reconhecidos, da mesma forma que os direitos civis individuais, como direitos fundamentais com exigibilidade imediata e com dimensão poliédrica<sup>3</sup>, diferindo dos civis por subjetivar outras camadas da população que não usufruíam dos direitos

<sup>3</sup> Os direitos fundamentais sociais e individuais devem ser vistos como poliédricos: positivos e negativos, prestacionais e não-prestacionais, custosos e não-custosos, determinados e não-determinados, o que torna possível pensa na equivalência de seus mecanismos de proteção. Para mais, ver: Pisarello (2007, p. 80-90).

fundamentais, assim como, pela dimensão jurídico-objetiva de seus efeitos, agregando aos tradicionais direitos individuais uma dimensão social: o direito a uma moradia digna não consiste somente no direito de acesso a moradia, mas também de não ser despojado de maneira arbitrária (PISARELLO, 2007). Mesmo que a Constituição consagre a mesma força normativa aos direitos civis e sociais, muito se discute sobre a existência de diferenciação estrutural entre ambos, defesa feita por argumentos conservadores<sup>4</sup> que impedem elevar a posição jurídico-prestacional dos direitos sociais à mesma densidade normativa dos direitos civis.

### 3.1 MEDIDAS ESTRUTURANTES E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Tradicionalmente, dois modelos são utilizados para a tutela dos direitos sociais: a) um modelo individualizado, nos quais as cortes oferecem solução a um demandante particular; b) em um modelo negativo de tutela, no qual as cortes declaram a inconstitucionalidade de leis que alteram direitos sociais legalizados. Ocorre que não teria nenhum sentido prever direitos constitucionais se os poderes constituídos podem não os cumprir indefinitivamente ou submetê-los à discricionariedade política. Em algum ponto os direitos constitucionais devem ser exigíveis inclusive contra a vontade dos poderes constituídos, inclusive para se diferenciar das normas infraconstitucionais (ETCHICHURY, 2017). Os dois modelos de tutela acima postos tem o descrédito de favorecerem os mais abastados, não fazendo muito pelos pobres (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002; LANDAU, 2015). Um terceiro

<sup>4</sup> a) restrição da justiciabilidade dos direitos sociais a casos muito extremos; b) argumentos que sustentam que os direitos civis seriam baratos e de fácil proteção, já os sociais seriam custosos e condicionados à reserva do possível; c) excessiva indeterminabilidade dos direitos sociais; d) a posição jurídico-prestacional assenta primariamente em deveres objetivos prima facie do Estado, e não em direitos subjetivos prestacionais derivados da Constituição; e) posição do Judiciário incapacita que exija o cumprimento de obrigações a outros poderes e que disponha de fundos públicos; f) cisão entre PIDCP e PIDESC. Ver: Canotilho, Correia e correia (2010, p. 12); e Rivadeneira (2015, p. 1681-1682).

caminho é possível: partir da noção de exigibilidade judicial dos direitos sociais e buscar mecanismos, como as decisões estruturais, cujo benefício é maior respeito ao caráter constitucional dos direitos sociais.

Alcunhada nos Estados Unidos por Owen Fiss, professor de Yale, em meados de 1950, devido à decisão da Suprema Corte que determinou o fim da segregação racial nas universidades e, junto, instituiu uma série de medidas para efetivar a decisão judicial, a qual por si só não se cumpriria, pois exigia uma mudança mais profunda nos hábitos da sociedade. Fiss constatou se tratar de uma diferente forma de justiciabilidade por seu impacto social e caráter polêmico, além de os casos serem ignorados pelos demais poderes (JOBIM, 2013). Às medidas estruturantes de Fiss, Mariela Puga (2013) – responsável por atuais e relevantes trabalhos sobre medidas estruturantes – acrescenta as construções de Lon Fuller (1969) sobre policentria da litis: a policentria é meio pelo qual ocorrem imbricações que não estão regradas, determinadas ou definidas institucionalmente, sendo verdadeiras estruturalidades de fato, de modo que a conceitualização de Fuller, menos Estado-cêntrica que a de Fiss, é mais rica para refletir sobre o fenômeno do litígio estrutural e da constitucionalização do direito.

Os litígios estruturais buscam: alcançar um efeito significativo sobre as políticas públicas ou legislação, estimular a realização mais completa do direito na prática, gerar visibilidade aos grupos menos favorecidos, reformar instituições públicas deficitárias. Esses objetivos vinculam-se a uma série de características comuns: participação de múltiplos atores no litígio, uso de ferramentas processuais coletivas, invocação de direitos sociais, remédios judiciais complexos, múltiplas medidas ordenadas pelos juízes, abertura de processos de implementação supervisionada pelos juízes, afastamento dos princípios processuais dispositivo e de congruência, afastamento da atmosfera de animosidade adversarial, sendo articulador, sobretudo para debater soluções. Essa ordem de características do litígio estrutural remete

a uma evolução no que tange à participação democrática junto à construção do direito e à uma litigância não mais restrita às individualidades, mas absorvendo os problemas contextuais de forma mais ampla e efetiva. Dentre os possíveis enfoques do litígio estrutural<sup>5</sup>, opta-se pelo enfoque sócio-jurídico, que dá ênfase no litígio estrutural como direito em ação, mais do que nas regras processuais ou substantivas, voltando-se assim ao impacto social, não limitando o processo judicial à decisões individuais, de fraca efetividade, onde o juiz seja apenas um árbitro e onde os afetados não são ouvidos plenamente<sup>6</sup>.

Ao voltar-se a assuntos de massa ignorados por outros ramos do Poder Público, ao Judiciário, caberia espaço para construir a política pública, não se limitando a tomar decisões com base em políticas burocráticas já delineadas (LANDAU, 2015). O problema começa quando ocorre o desenvolvimento de uma tendência generalizada do judiciário de impor coativamente à administração e legislador orçamento para concessão individual de prestações baseadas na titularidade dos direitos sociais. Em um primeiro momento, pode-se pensar que o objetivo político foi realizado, porém a contrapartida política decorrente dessa imposição judicial concreta pode pôr em causa a força das políticas na área do direito social em questão, afetando diametralmente setores menos favorecidos. Novais (2010, p. 20-29) aponta que “eles não têm condições subjetivas para tanto”. Quem se beneficia dessas políticas são os instruídos, organizados, que podem pagar por bons advogados. Landau (2015) constata que, de outro lado, medidas mais intensas, como ordens judiciais estruturais são vãs mais comuns para transformar a prática burocrática e impactar positivamente a vida dos mais pobres, pois não exige que todos os afetados litiguem diretamente.

<sup>5</sup> Evitando-se, por exemplo, um enfoque ativista, cujo objetivo do litígio estrutural se volta demasiadamente aos interesses, motivações ou funções da decisão judicial, em detrimento dos impactos sociais da decisão. Ver em: Puga (2017).

<sup>6</sup> Estudo que absorve de forma profunda uma nova proposta de tutela nesse sentido: Santos (2018).

Para compreender as nuances do litígio estrutural, primeiro deve se compreender que a litis (predicado fático) pode apresentar-se como bipolar (interesse meramente individual) ou policêntrica (interesse vai além das partes processuais). O litígio estrutural possui a característica de possuir litis policêntrica, a qual pode eventualmente estar presente em processos individuais e sempre está em processos coletivos<sup>7</sup> e, por razão de existir litis policêntrica tanto em processos individuais como em processos coletivos, prefere-se falar em litígio estrutural. O caso estrutural se estende mais além do interesse das partes processuais, de modo que a normatividade da decisão regula relações jurídicas que transcendem as partes processuais (PUGA, 2017). O Judiciário, assim, adquire uma centralidade inusual e suas decisões são muito mais regulativas, com carga mandamental, do que arbitrais (limitadas a existência ou não do direito no caso concreto). Para compreender o litígio estrutural é também necessário observar seus vários momentos: a pretensão regulativa da decisão, ou seja, a semântica teológico-normativa da decisão; a ordem regulativa da decisão, ou seja, a regra expressada na decisão com caráter vinculante, com caráter instrumental; a efetividade regulativa, a correspondência da realidade com a pretensão regulativa – cumprimento e aceitação da pretensão regulativa (PUGA, 2013).

## 4 MEDIDAS ESTRUTURANTES E DIREITO À MORADIA: EXEMPLOS DO DIREITO ESTRANGEIRO

O caso Callahan v. Carey foi uma ação coletiva movida por sem-teto em Manhattan no ano de 1979, motivados por fechamento de abrigos. O juiz aceitou evidências de que durante os invernos anteriores, os sem-teto

<sup>7</sup> Pense em uma solicitação individual que alega danos por um derramamento químico pode ser o indicativo de um problema maior de contaminação que abarque muita gente (DAMASKA, 2000, p. 272). Em casos assim, o juízo poderia alterar a narrativa individual para litígio estrutural, devido à presença de litis policêntrica.

sofreram perda de membros por queimaduras, que vários haviam morrido e que o inverno seguinte seria pior por causa do fechamento de vários abrigos. O tribunal ordenou uma liminar temporária exigindo a provisão de abrigo e estabeleceu padrões mínimos de abrigo em relação à largura e construção de camas; o fornecimento de suprimentos; e exigiu que a cidade fornecesse aos cidadãos informações claras sobre outras formas de assistência pública a que pudessem ter direito (ICHUR, 2006).

O caso *Olga Tellis v. Bombay Municipal Council* trata de um grupo de pessoas que viviam em vias públicas e foram despejadas pelo governo sem a promoção de moradia alternativa na Índia em 1981. As pessoas reclamaram seu direito fundados no direito à vida, e não no direito à moradia. Na época, metade da população da cidade vivia em assentamentos indevidos e era corrente a violência da polícia para desalojar em massa e demolir e os habitantes eram pessoas extremamente carentes e em sua maioria vinham do interior em busca de trabalho. Os demandantes postulavam que os desalojamentos e demolições parassem até existir o devido processo e alojamento alternativo. Foi decidido que havia infração ao devido processo e, pela complexidade do caso, para cada família foi estabelecido prazo e um mecanismo para acolhimento, assim como reconhecido que habitações construídas há mais de 20 anos deveriam ser indenizadas (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

O caso *Grootboom*, deu-se na África do Sul quando uma comunidade de centenas de famílias muito pobres, somando 900 pessoas, as quais viviam em condições degradantes, na iminência de deterioração na época de chuvas, invadiram um terreno destinado a habitação social, construindo habitações rudimentares. O proprietário obteve o despejo e os desalojados interpuseram ação judicial entendendo que o programa de habitação não era razoável, pois não providenciava, no curto prazo, soluções habitacionais. No caso, o Tribunal manteve atitude de autocontenção judicial – o que foi objeto de crítica –, continuando a reconhecer aos demais poderes a elaboração de

programas habitacionais, mas apontou a irrazoabilidade da decisão do poder público, negando, porém, a proteção individual no caso e limitando sua decisão a uma espécie de “recomendação” ao poder público, sem previsão de ônus para o descumprimento (LANDAU, 2015; NOVAIS, 2010; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUDAFRICANO, 2000).

O caso Quisberth Castro, foi interessante no sentido de que a maioria da corte votou e decidiu-o como um caso bipolar, mas um dos Ministros deu seu voto segundo a litis versasse sobre um litígio policêntrico, ou seja, estrutural, que dependia de uma decisão sistêmica e não de uma decisão individualizada. O caso envolvia Sonia Quisberth, uma mulher boliviana que vivia na Argentina desde 2000 em situação de rua com seu filho, o qual possuía deficiência mental. Foram ambos incluídos em um programa assistencial pelo período de quatro meses, porém, acabado o período, a mulher e seu filho de novo ficaram sem assistência. Dessa situação foi proposta ação para que a postulante e seu filho pudessem ter acesso a uma moradia em condições dignas para habitação. A Corte decidiu que as autoridades da cidade não haviam cumprido com seus deveres, emitindo ordens para resolver a situação da mulher e de seu filho, porém, mesmo favorável, por reconhecerem que aos direitos sociais se assignava uma operatividade derivada (dependendo dos demais poderes) e que ao Judiciário caberia o controle de razoabilidade, associado ao mínimo vital (ETCHICHURY, 2017).

Mariela Puga (2017) em estudo sobre o caso Quisberth Castro, defende que o Ministro Petracchi sustentou a existência de um litígio estrutural, diferente da maioria, que o tratou de forma bipolar. Em seu voto, o Ministro apontou que a demandada não desenhou e nem implementou políticas públicas que permitiram que a população que se encontra em maior vulnerabilidade pessoal, econômica e social, tivessem uma oportunidade de procurar um lugar para viver. A crítica do Ministro se dirige mais a análise da política do Estado do que à intervenção individual e casuística do Estado no

caso particular. Para o Ministro, a decisão do caso, o alcance regulativo de sua decisão, chegaria a todas as pessoas em situação de rua que percebessem tão pouco quando a demandante, para as quais não há política de moradia.

Outro caso interessante é o caso dos deslocamentos na Colômbia, causado pelas guerrilhas paramilitares e que atinge de 2 a 3 milhões de pessoas, para os quais o governo muito pouco fez. A partir de 2004, com a declaração de estado de coisa inconstitucional, e tratando o caso como um problema policêntrico, a Corte passou a usar diversas técnicas para receber informações a entidades várias para saber o quanto gastavam, apoiaram-se em Ongs nacionais e transnacionais, realizaram sessões de estilo legislativo nos quais os grupos participaram e flexibilizaram o regramento processual. O fim desse comportamento foi o de juntar informações para que as ordens fossem específicas, com caráter de diretrizes para que os outros ramos cumprissem o direito, por meio de interação com outros atores do governo, não deixando toda a execução a cabo do legislativo ou executivo. Não buscaram emitir nova legislação, mas procuraram ditar ordens às entidades que tinham jurisdição sobre o tema. A atuação seguiu um enfoque menos formalista, com maior atenção ao debate, sendo mais flexível que os outros poderes (LANDAU, 2015).

Em 2005 uma pessoa compra um imóvel na rua Ministro Brin em Buenos Aires, ocupado até então por 15 famílias e em mal estado de conservação. Em 2007 o comprador obtém a posse, porém, o juiz redefine a controvérsia ao entender que no processo existia uma diversidade de sujeitos com direito a uma tutela judicial efetiva e que a questão jurídica conflitiva estava integrada pelo direito de propriedade do adquirente de um lado e de outro o direito das pessoas a não serem expostos a uma situação de rua. Por via decisória, foi intimado o chefe do governo de Buenos Aires para que tomasse as medidas necessárias para recolher as crianças e determinar se os grupos familiares poderiam ser incluídos em plano social, do qual obteve resposta que estava esgotada a disponibilidade de moradias, sendo que outras secretarias sequer

responderam, mesmo com a imposição de multas. Em atenção a observação geral n.º 7 do PIDESC, que impede desalojamentos sem que haja previsão de morada para as pessoas, foi determinado ao Estado tomar medidas adequadas. O processo foi todo atribulado por cooperação indevida do Município. A sentença do processo foi marcada por uma série de obrigações a serem cumpridas pelo Estado, o qual esquivou-se alegando a doutrina dos próprios atos e o princípio da boa-fé (TEDESCHI, 2017).

No caso “Asociación Civil Miguel Bru v. Ministerio de Desarrollo Soc. Pcia. Bs. As. S/ Amparo”, julgado pela primeira instância em 2010, se promoveu um litígio coletivo a fim de que a Província de Buenos Aires e o Município de La Plata articulassem políticas necessárias para efetivar a implementação da Lei n.º 13298 e adotassem medidas para proteger o direito dos menores em situação de rua. O julgamento de primeira instância determinou que a obrigação estatal de garantir os direitos do grupo afetado não se circunscrevia somente a colocar em vigência diversos programas estatais existentes, mas o desenvolvimento efetivo deles, dotando-os de recursos para seu cumprimento. Determinou que a Província de Buenos Aires e La Plata, dentro do prazo de seis meses, procedam a realizar as ações necessárias para a implementação efetiva do sistema de proteção e promoção integral dos direitos das crianças, criando um ou mais paradores para as necessidades básicas de alimento, higiene, descanso e assistência, com equipe média multidisciplinar a disposição (SALGADO *et al.*, 2017).

Os casos acima denotam que a tutela judicial estrutural denota um novo tipo de processo, onde o espaço jurisdicional não é somente voltado à satisfação concreta de um direito, mas por meio de um esquema de lutas sociais torna-se espaço de participação especialmente interessante aos mais vulneráveis, conforme se nota em todas as decisões. A medida estruturante pode ser vista como um instituto que promove uma nova expressão da democracia, no que se denomina democracia contínua – contínua por estar

em um constante movimento, progressão e abertura –, que se apresenta por ser ruptura à forma representativa/eleitoral, avessa a ela. Os princípios da democracia contínua em muito se diferem da democracia representativa: o princípio político é representação-separação, enquanto que da representativa é representação-fusão; o princípio jurídico é a dupla identidade entre o corpo político e o conjunto de cidadãos concretos, enquanto que na representativa é o povo-nação; o princípio sociológico é a sociedade de indivíduos, enquanto que na representativa é o Estado-nação. Na democracia contínua a atuação judicial não é catástrofe democrática, pois pensar a democracia é pensar em seu sentido além do sufrágio universal, de modo que o Judiciário também seja parte de pensar o campo constitucional e absorver as complexidades sociais (ROUSSEAU, 2019). Exerce, sim, um poder contrademocrático centrado no juízo, marcado por ser mais fluido e social do que o ritmo lento das instituições representativas, que expressa a dimensão povo-juiz e estabelece diálogo entre o universo contrademocrático e a esfera eleitoral-representativa (ROSANVALLON, 2010).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A consagração do direito à moradia a nível fundamental com aplicabilidade imediata aliado ao seu reconhecimento à nível internacional não são elementos que, por si, bastam a efetivação desse direito. A retórica de defesa de um Estado mínimo, aliado à financeirização da moradia ainda reduzem esse direito à distribuição pelo mercado, o que afeta diametralmente a criação de políticas públicas e a atuação do Judiciário, que ainda aplica tutela predominantemente individual/bipolar, onde o juiz é árbitro, com o controle do dispositivo pelas partes e com uma compreensão rígida da congruência processual. As consequências da posição do Judiciário, nesse contexto, é que ao distanciar-se dos fatos e emitir decisões individualizadas, limita-

se a aplicar a norma pré-existente, distanciada dos direitos fundamentais. Por esta razão, principalmente os mais vulneráveis sentem os efeitos dessa proteção débil ao direito à moradia, pois não são eles que vão à juízo postular demandas individuais, eles sequer possuem subjetividade reconhecida.

Como contraproposta à forma tradicional de tutela do direito brasileiro, as medidas estruturantes se apresentam como alternativa democrática com viés político e de aderência do contexto social ao direito, menos preocupadas em determinar a quem dar razão, e mais em discutir pautas regulatórias para a situação que imbrica um sem número de interesses, preocupando-se com o impacto simbólico da normativa constitucional. As medidas estruturantes, ao proteger e efetivar de forma ampla o direito à moradia, aponta na direção do desenvolvimento urbano sustentável, cujo impacto social buscado, sobretudo volta-se à asseguarção de vida digna às pessoas para possibilitar o aumento de renda, produzir oportunidades de desenvolvimento, reduzir condições de vulnerabilidade e fortalecer a cidadania e os direitos fundamentais.

Para finalizar, na tutela estrutural ao direito à moradia, também aplicado aos demais direitos sociais, permite algumas observações: até onde vai a discricionariedade para o Judiciário decidir se a litis é policêntrica ou bipolar?; as vozes de todos os setores envolvidos devem ser escutadas de modo transparente e sem distorção; a publicidade sobre a existência do processo é fundamental, com a notificação de todos eventualmente interessados, por se tratar de debate público; mecanismos de comunicação que vão além da sala de audiências; flexibilização necessária do dispositivo e congruência processual para permitir que o juízo modifique a narrativa bipolar para policêntrica; atuação do juiz é ativa-responsiva, como gestor, diferente do juiz aplicador da lei ou solipsista, pois mais do que ligar-se às motivações de sua decisão, olha ao caso prático e efeitos, passando às demais partes a decisão, e não à sua consciência; a decisão deve conter todas as manifestações dos que participaram do litígio.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, V.; COURTIS, C. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

BAUMAN, Z. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BID. **Informe de sostenibilidad 2018**. Disponível em: <https://publications.iadb.org/es/banco-interamericano-de-desarrollo-informe-de-sostenibilidad-2018>. Acesso em: 8 out. 2019.

BOSELMANN, K. **O princípio da sustentabilidade**. Transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos. **Direito à moradia adequada**. Brasília: Coordenação Geral de educação em SDH/PR, 2013.

CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAMASKA, M. J. **Las caras de la justicia y del poder del estado**. Santiago do Chile: Editorial Juridica de Chile, 2000.

DAVIS, M. **Planeta favela**. São Paulo: Boitempo, 2008.

DE MARCO, C. M. **O direito fundamental à cidade sustentável: e os desafios de sua eficácia**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014.

ETCHICHURY, H. J. Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos. *In*: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). **Derecho a la vivienda y litigio estructural**. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

FGV. **Análise das necessidades habitacionais e suas tendências para os próximos dez anos**. 2018. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/10/ANEHAB-Estudo-completo.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2019.

FREITAS, J. Sustentabilidade: novo prisma hermenêutico. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 3, p. 940-963, 2018.

FULLER, L. **Anatomía del derecho**. Venezuela: Monte Avila, 1969.

GRAHAM, S. **Cities under siege**. The new military urbanism. New York: Verso, 2011.

IBGE. **População Rural e Urbana**. 2015. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>. Acesso em: 8 out. 2019.

ICHUR. **Case Callahan V. Carey**. 2016. Disponível em: <https://www.escri-net.org/caselaw/2006/callahan-v-carey-no-79-42582-sup-ct-ny-county-cot-18-1979>. Acesso em: 8 out. 2019.

IPEA. **Estimativa da população em situação de rua de rua no país**. 2017. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=28819](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=28819). Acesso em: 8 out. 2019.

JOBIM, M. F. **Medidas estruturantes**. Da suprema corte estadunidense ao supremo tribunal federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LANDAU, D. **Derechos sociales y límites a la reforma constitucional**. La influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en del derecho comparado. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

LEFEBVRE, H. **O direito à cidade**. São Paulo: Editora Centauro, 2011.

NONET, P.; SELZNICK, P. **Direito e sociedade**: a transição ao sistema jurídico responsivo. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

NOVAIS, J. R. **Direitos sociais**. Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra editores, 2010.

ONU. **A nova agenda urbana**. 2018. Disponível em: <http://habitat3.org/wp-content/uploads/NUA-Portuguese-Brazil.pdf?fbclid=IwAR2koIM7MtgBh6i57G4fxWeWpbK52Jr7sXIrGdBbJf81bF2GSzY527FWdAY>. Acesso em: 5 out. 2019.

PISARELLO, G. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

PUGA, M. Justicia estructural y el derecho: el caso Quisberth Castro. *In*: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). **Derecho a la vivienda y litigio estructural**. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

PUGA, M. **Litigio estructural**. Tesis Doctoral. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2013.

RIVADENEIRA, R. A. Derechos sociales. *In*: FABRA ZAMORA, J. L.; RODRÍGUEZA BLANCO, V. (ed.). **Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho**. v. II. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

ROLNIK, R. **Guerra dos lugares**. A colonização da terra e da moradia na era das finanças. São Paulo: Boitempo, 2019.

ROSANVALLON, P. **La contrademocracia**. La política en la era de la desconfianza. Buenos Aires: Manantial, 2006.

ROUSSEAU, D. **Radicalizar a democracia**. Proposições para uma refundação. São Leopoldo: Unisinos, 2019.

SALGADO, J. M. *et al.* Proceso estructural y vivienda social. Estándares para el proceso colectivo de política pública. *In*: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). **Derecho a la vivienda y litigio estructural**. Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

SANTOS, P. J. T. **Filosofia do direito processual (da jurisdição ao processo)**. 844 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo-RS, 2018.

SEN, A. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOUSA SANTOS, B. **Descolonizar el saber reinventar el poder**. Montevideo: Trilce, 2010.

SMITH, N. **La nueva frontera urbana**. Madrid: Traficante de Sueños, 2012.

TEDESCHI, S. Tres decisiones estratégicos para el litigio de derecho a la vivienda.  
*In*: BENENTE, M.; THEA, F. (comp.). **Derecho a la vivienda y litigio estructural**.  
Buenos Aires: Edunpaz, 2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SUDAFRICANO. **República de Sudáfrica v. Grootboom**. Disponível em: [https://www.academia.edu/36787090/Caso\\_Grootboom\\_Sudafrica](https://www.academia.edu/36787090/Caso_Grootboom_Sudafrica). Acesso em: 8 out. 2019.



# ARBITRAGEM E SEUS REFLEXOS JURISDICIONAIS: UMA LEITURA A PARTIR DO ANTEPROJETO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL<sup>1</sup>

## RESUMO

Aporta-se o ora artigo com o tema Arbitragem e seus Reflexos: Uma Releitura Processual (Novo Código de Processo Civil), e tem como Objetivo: Demonstrar a aderência dos meios alternativos (ou adequados) para a composição de conflitos adquire dentro da heterocomposição espaço para a sobreposição das angústias sociais voltadas ao Direito que encontram na contemporaneidade uma larga juridicização do cotidiano. Metodologia: A metodologia aplicada é a dialética dialogal, a qual segue a literatura de bibliografias jurídicas produzidas junto ao contexto mundial, para que se avalie a aderência do instituto autocompositivo ao sistema processual hodierno, passando a ser o mesmo um meio heterocompositivo de solução de conflitos. Resultados: Evidenciar a necessidade atual da sociedade de utilizar os meios alternativos (ou adequados) para com a composição de litígios, haja vista o Poder Judiciário, devido à grande juridicização da vida, acabar não conseguindo atender todos os conflitos de forma adequada, de modo que muitas vezes o direito não é tutelado adequadamente. Conclusões: Devido a grande litigiosidade encontrada junto ao sistema social, necessário foi assim que o Novo Código de Processo Civil construí-se em suas arquiteturas novos meios para a solução dos conflitos individuais e sociais, e resta evidente a tomada de vários meios alternativos para compô-los.

**Palavras-chave:** Resolução de conflitos. NCPC/15.

<sup>1</sup> Este capítulo de livro foi publicado no ano de 2017, nos anais do evento de Sociology of Law. Anais Sociology of Law 2017, Perspectivas das Relações entre Direito e Sociedade em um Sistema Social Global, e teve como autores Paulo Junior Trindade dos Santos e Gabriela Moller.

# 1 INTRODUÇÃO

Muito embora os avanços jurídicos contemporâneos a Arbitragem, no Brasil, ainda não conquistou seu merecido espaço acadêmico e jurisdicional, eis que não figura entre os principais meios de Resolução de Conflitos que permeiam o cotidiano forense, sendo um instituto que, nos moldes do disposto no Novo Código de Processo Civil, pelo menos na teoria, deveria restar reconhecido/ampliado. A evolução social, compreendida pela diversidade humana, tem apresentado novos desafios que, por sua vez, compreendem novos direitos que, para sua efetivação, dependem de novos atores sociais os quais, por sua vez, necessitam de ferramentas mais adequadas para a efetivação das diversas dimensões jurídicas fomentadas pela configuração de garantias fundamentais aportadas no âmbito constitucional. Nesse contexto, ampliadas as necessidades/angustias humanas (promessas da modernidade) um novo ser (não mais metafísico) passou a ser demandado para efetivação de verdadeiros milagres jurídicos, ou seja, a Tutela Jurisdicional do Estado restou dilatada a ponto de pretender (de forma centralizada) solucionar as angustias nascidas no berço da pós/hiper-modernidade (denominações que demonstram as incertezas vivenciadas pelo homem contemporâneo).

É nesse contexto de complexidades e desafios, fruto das angustias sociais (pós/hiper-modernas), que reina o império das massas (ORTEGA Y GASSET, 1987) que têm buscado, incessantemente, por meios capazes de efetivar/concretizar as promessas constitucionais apresentando, para tanto, soluções pacíficas para esses novos conflitos, momento em que a Arbitragem apresenta-se como um mecanismo de comprovada eficiência, fato este demonstrando no âmbito do Direito Internacional Público (*Tribunal de Reivindicação Irã-Estados Unidos de Haia; Comissão de Compensação das Nações Unidas* (UNCC) (BÖCKSTIEGEL, 2014). Os exemplos em questão, concebidos como positivos, servem como espelho que deveria refletir (em

especial no que tange aos pontos positivos) seus resultados também no âmbito do Direito Interno.

A soma dos fatores positivos demonstrados, em âmbito internacional, por este importante instituto jurídico é reflexo do apelo democrático apresentado pela Arbitragem, momento em que as partes (sujeitos de direito), caso tenham interesse, libertam-se das amarras do Estado em busca de autonomia, razão pela qual a Arbitragem resta compreendida como uma importante ferramenta para o exercício do poder em público (ampliação dos espaços democráticos), publicizando o modo de resolução dos conflitos. A sociedade civil organizada, almejando a tão sonhada democracia participativa, assume papel político (preponderante) no momento da resolução dos conflitos sociais contemporâneos (MACHADO, 2009).

É nesse contexto que, dentre outros mecanismos/instrumentos que propiciam a participação democrática da sociedade civil, a Arbitragem ressurge como um novo horizonte para o descentralizar/desafogar do Estado/Judiciário, permitindo não apenas mais eficiência mas, em especial, mais efetividade na concretização das garantias constitucionais, tanto no que tange aos conflitos individuais<sup>2</sup> como também (e em especial) nos conflitos coletivos/massas (*estas gozam dos prazeres e usam os utensílios inventados pelos grupos seletos e que antes só estes usufruíam. Sentem apetites e necessidades que antes se qualificavam de refinamentos, porque eram patrimônio de poucos*)<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *Ni las estructuras sociales, ni la economía, ni el Derecho, viven en sí y por sí, ni se transforman autónomamente, sino sólo por la interferencia de nuevos actos individuales. Ni el Derecho, ni ninguna de las estructuras sociales viven por sí, sino que viven sólo en tanto en cuanto las reviven los hombres, los cuales pueden no sólo revivirlas repitiéndolas rigurosamente, sino también corrigiéndolas, transmutándolas, innovándolas. Pero el cambio, la evolución, la superación que se opere en el Derecho, o en la economía, o en la moneda, etc., etc., no es un proceso vivo, inmanente al Derecho o a esas otras formas sociales, sino que es el fruto de nuevos actos de vidas humanas* (SICHES, 1940).

<sup>3</sup> A multidão, de repente, tornou-se visível, e instalou-se nos lugares preferentes da sociedade. Antes, se existia, passava inadvertida, ocupava o fundo do cenário social; agora adiantou-se até às gambiarras, ela é o personagem principal. Já não há protagonistas: só há coro. [...] Não se entenda, pois, por *massas* "Massa é o homem. Deste modo de converte o que a multidão numa determinação qualitativa: é a qualidade comum, é o mostrengo social, é o homem enquanto

. Do exposto, resta evidente/premente a necessidade de uma (re)leitura do instituto em comento uma vez que (de forma tímida) era pouco utilizado no Brasil, realidade que pretende restar modificada diante da ampliação pretendida (na atualidade) pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, conforme demonstram os dispositivos nele inseridos (em especial os artigos 3º, 27 e 42 do referido diploma legal) que, no decorrer do texto, restarão abordados.<sup>4</sup>

## 2 A ARBITRAGEM COMO FERRAMENTA DEMOCRÁTICA

La sociedad moderna incluye un sinnúmero de estructuras intermedias, en cuyo seno se generan conflictos. Así ocurre

---

não se diferencia de outros homens, mas que repete em si um tipo genérico. [...] *Massa* é todo aquele que não se valoriza a si mesmo no bem ou no mal – por razões especiais, mas que se sente ‘como todo o mundo’ e, entretanto, não se angustia, sente-se à vontade ao sentir-se idêntico aos demais” (ORTEGA Y GASSET, 1987, p. 61-63 e 69).

<sup>4</sup> Tomaio defende dois pontos relevantes, e que atuais são para as confluências entre a heterocomposição (Processo) e a autocomposição (arbitragem) dos litígios: “1) El arbitraje privado y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución. Ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero básicamente diferentes. 2) El proceso gradual de evolución hacia el proceso jurisdiccional refleja la tendencia en toda comunidad a establecer un monopolio del uso de la fuerza. Previo al estadio de la ejecución de las decisiones por autoridades centralizadas, alcanzado únicamente en los tiempos históricos, existe un estadio de control sobre la defensa privada mantenido por ciertas autoridades que intervienen para conservar la paz de la comunidad. Estas autoridades mantenían la paz ordenando a los hombres desistir del uso privado de la fuerza *hasta que los méritos del caso fueran considerados*. Este estadio es típico de las ciudades homéricas antes de que las comunidades griegas se consolidaran como verdaderos Estados. Estudios de la historia del proceso generalmente sostienen que la administración de justicia se origina en el viejo hábito de resolver disputas entre los individuos por el voluntario abandono del uso privado de la fuerza i el sometimiento al arbitraje. Se cree que los litigantes fueron forzados por la costumbre y por el creciente poder de los gobernantes a abstenerse de pelear y buscar una decisión de la autoridad establecida. Los gobernantes, en virtud de su preponderancia social y de su atractivo personal estaban predestinados, según esta opinión, a actuar como árbitros. En esta forma explica Mac-Dowell el papel de los gobernantes; de los tiempos de Hornero y de Hesíodo. Una vez que el Estado se consolidó, la función arbitral de los gobernantes evolucionó y se convirtió en una institución jurídica, *Le.*, la jurisdicción, la cual habría de pasar a los magistrados de la mas tarde, a los tribunales populares. Esta concepción tradicional se basa, en primer lugar, en el hecho de que el reconocimiento de la fuerza obligatoria de las decisiones judiciales parece haberse alcanzado en un estadio comparativamente tardío; en segundo lugar, en el importante papel que desempeñó el arbitraje en todas las épocas de la antigua Grecia. Por último, esta concepción cree encontrar en la historia jurídica romana fundamento a sus afirmaciones. Moritz Wlassak, por ejemplo, veía el proceso romano esencialmente como una sumisión voluntaria de las partes al arbitraje. Esta es la opinión de Buckland y MacNair. La misma idea ha sido propuesta para explicar las instituciones de otros sistemas jurídicos antiguos, e.g., el de Egipto, el de Babilonia, así como para explicar el derecho germánico” (TAMAYO Y SALMORAN, 1986, p. 168-169).

desde la empresa a los partidos políticos y desde la familia a los miles de instituciones que integran lo que hoy se denomina la sociedad civil.<sup>5</sup>

A maneira de resolução dos conflitos sociais, no âmbito de uma sociedade<sup>6</sup> densa demograficamente e culturalmente diversificada<sup>7</sup>, já não mais consegue resultados eficazes no formalismo fruto do controle que advém de uma metafísica<sup>8</sup> social criada pelos homens, cujos desgastes se perfazem pela descrença na resposta jurisdicional aos fenômenos conflitológicos de interesse. Uma vez que *“una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades”* (GRANDA, 1993, p. 31-32).

Nos moldes do apresentado no introito, para compreensão do tema proposto pelo presente estudo, necessário se faz compreender que a Arbitragem, muito embora abordada no Código de Processo Civil Búzaid (recepcionada

<sup>5</sup> *Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, se percibía un esfuerzo compartido por todas las disciplinas, incluso las menos cercanas a las ciencias sociales como las matemáticas, por entender los conflictos y buscarles soluciones no violentas. Pero parecía inútil buscar en esas ciencias los conocimientos aplicables a la solución de nuestros conflictos cotidianos entre miembros de una sociedad estatal* (ENTELMANN, 2002, p. 27-33).

<sup>6</sup> El animal humano puede ser estudiado desde diferentes puntos de vista: como una entidad física, como un sistema químico, como un organismo, como un animal pensante y como uti componente de diversos sistemas sociales (familia, pandilla, empresa, escuela, etcetera). Cada uno de estos enfoques posee sus virtudes y sus defectos; y todos ellos ofrecen fragmentarias del hombre (BUNGE, 2002, p. 105).

<sup>7</sup> Creo que esta transformación de la civilización se explica por la conjunción simultánea de cinco fenómenos: el resultado de una larga experiencia técnica, el crecimiento demográfico, la aptitud del medio económico, la plasticidad del medio social interior, la aparición de una clara intención técnica [...] Es, pues, la conjunción de los cinco hechos que acabamos de analizar sumariamente lo que explica el desarrollo técnico excepcional, único, de esta época. En ninguna otra ocasión se produjo una conjunción semejante, a saber: – una larguísima maduración o incubación técnica, sin sacudidas decisivas, antes de su completo desarrollo; – el aumento demográfico; – la situación del medio económico; – una plasticidad casi perfecta de la sociedad, maleable y abierta a la propagación de la técnica; – una intención técnica clara, que une todas las fuerzas para la consecución del objetivo técnico (ELLUL, 2003, p. 35-36).

<sup>8</sup> Ci si è resi conto, pertanto, che come per la democrazia moderna una decisione è “giusta” quando è presa dalla maggioranza, così per la scienza moderna il fatto può avere valore “scientifico” quando viene percepito dalla maggioranza degli osservatori. La scienza moderna è un sapere “democratico”. E dalle democrazie è stato riconosciuto come il vero tipo di sapere. La metafisica è un sapere “aristocratico”, che non si cura del consenso delle masse. In questa arretratezza “politica” della metafisica è contenuta una delle ragioni fondamentali del suo fallimento (SEVERINO, 2002, p. 246).

pelo Código Civil artigos 1037 a 1048 e pela Lei 9307/96) apresentou baixa aplicabilidade junto ao contexto brasileiro. Assim, objetivando significativa alteração na forma de concebê-la pelos reais partícipes da democracia, na contemporaneidade restou (re)apresentar-se como elemento de extrema importância no Novo Código de Processo Civil.

A resistência histórica à Arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo Civil de 1939 (que não avançava em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas ficou devendo um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono (CARMONA, 2009, p. 1).

Nesse contexto, importante se faz (para o estudo em comento) compreender o artigo 3º do NCPC<sup>9</sup>, dispositivo que pretende/propicia a necessária (re)leitura do instituto no plano da Jurisdição Cível, momento em que o/a estudo/compreensão da Jurisdição, como mecanismos de efetivação de direitos, não só resta ampliado(a) como é ponto de partida para a análise proposta. Dentre os objetivos do Projeto em análise, merece destaque o caminho a ser trilhado (ênfase a facticidade/historicidade) pelo instituto uma vez que, para que reste concretizado, necessária se faz uma investigação interdisciplinar quanto aos componentes que permeiam o nascedouro (Sociologia do Direito<sup>10</sup>; Ciência Política; Filosofia Jurídica) do que passou a ser concebido como Ciência do Direito. É nesse contexto que merece destaque

<sup>9</sup> Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um direito constitucional de natureza subjetiva (DELGADO, 2001, p. 13).

<sup>10</sup> Todo o saber é saber do homem e tem como objetivo um saber sobre o homem, pelo que somente se legitima quando posto a serviço do homem. [...] Impossível pensar algo que diga respeito ao homem sem se pensar, antes, sobre o próprio homem (CALMON DE PASSOS, 2012, p. 86).

a compreensão da natureza do homem e sua indisciplina, surgindo, como proposta de resolução para os impasses sociais, a necessidade de discutir/definir quais são/seriam os espaços democráticos franqueados (social, político e jurisdicional) pelo Direito para a necessária resolução de lides conflitivas.<sup>11</sup>

Importante enaltecer que, conforme demonstra a realidade jurídica contemporânea, o sistema jurisdicional do Estado apresenta-se em crise profunda, eis que possui pouca e/ou inexpressiva eficiência/efetividade, fatores que se apresentam como elementos configuradores de uma realidade de baixa credibilidade na função jurisdicional<sup>12</sup> do Estado Democrático de Direito como um mecanismo eficaz de resolução de conflitos. É nesse contexto, que o estudo em comento, objetivando compreender esse atual estado de crise, propõe-se a apresentar novos mecanismos de solução de conflitos que, perpassando os modelos (jurisdicionais) formais estatais, apresentam-se como instrumentos não só eficientes e efetivos, mas, em especial, eficazes para resolução de conflitos sociais (em especial os de massa), tendo como mote o instrumento da arbitragem.

A atual estrutura (formal/centralizada) de Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado não mais se mostra apta a responder, de forma eficaz, às demandas que lhe são propostas, o que torna necessário (re) pensar formas/mecanismos alternativa(o)s de distribuição da Função Jurisdicional, uma vez que a tradicional centralização da competência nos órgãos judiciais tornou-se impotente face às exigências apresentadas por um novo ator social que, cada vez mais, amplia as dimensões de direitos que restam assegurados como garantias constitucionais, procedimento fruto de

<sup>11</sup> Quanto ao “conflicto en general”, que es una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí (ENTELMANN, 2002, p. 59).

<sup>12</sup> Importante destacar que com monopólio da jurisdição cria-se, para o Estado, o dever de assegurar aos cidadãos o direito de ingresso aos órgãos que compõem o Poder Judiciário, democratizando o acesso à justiça por meio da disponibilização de mecanismos hábeis a promover a prestação de uma tutela jurisdicional efetiva a quem a pleiteie, sobretudo em relação à reivindicação de direitos sociais não cumpridos.

um jogo democrático próprio do Estado de Direito Contemporâneo. Nesse contexto, o modelo tradicional/formal de Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, tendo sido criado (séculos XVII e XVIII) para solução de conflitos individualizados (direitos de primeira e segunda geração) tem enfrentado dificuldade, na modernidade, de responder a direitos coletivizados (direitos de terceira, quarta e quinta dimensões).

Do exposto é premente que, nos moldes dos (novos) direitos (coletivos) fruto das necessidades humanas contemporâneas, a solução dos conflitos não mais reste centralizada no Judiciário restando salutar a pluralidade de espaços democráticos necessários a real/substancial (e não apenas formal) resolução dos conflitos sociais que surgem em velocidade muito maior a apresentada nos séculos em que foram forjados os modelos de jurisdição até hoje adotados. Assim, não sendo possível a efetivação (pela Tutela Jurisdicional do Estado Poder Judiciário) de respostas salutares (tampouco eficazes) para a resolução dos (novos) problemas (coletivos) sociais que lhe são propostos, é premente a necessidade de apostar em mecanismos mais democráticos (equivalentes jurisdicionais apresentem que “fórmulas de entendimento racional” (GOZAÍNI, 1995, p. 9) que, por sua vez, contribuam para uma apreciação mais ampla e efetiva dos conflitos sociais primando, sempre que possível, pela solução autocompositiva<sup>15</sup> da contenda.

Considerando que a crise que afeta a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado de forma centralizada (Poder Judiciário) dificulta a prestação de

<sup>15</sup> *Uma das vantagens da autocomposição diz respeito à forma como as partes chegam à decisão para o conflito, pois o fazem de maneira espontânea, independentemente da presença de terceiros. Na realidade, tanto demandante como demandado podem agir unilateralmente: este reconhecendo o direito do autor, aquele renunciando ou desistindo do que pleiteia. Há, ainda, e esse talvez o mais importante detalhe para o qual ainda não atentaram os indivíduos, a possibilidade de se chegar a um meio-termo, um resultado em que não haja vencedor e nem vencido, onde os litigantes cedem reciprocamente para a construção de uma solução que seja satisfatória a ambos e, conseqüentemente, resolva o impasse. Esse procedimento de construção da decisão pelos próprios litigantes se torna bem mais eficiente do que o modelo jurisdicional, em que a decisão é imposta por um terceiro estranho à relação, de modo que a sentença judicial pode até concluir o processo, mas não necessariamente solucionar o conflito (CASTILLO, 2000, p. 72).*

uma garantia constitucional (jurisdicional) efetiva, obstaculizando (em determinados momentos/casos) o acesso à justiça, pode a Arbitragem ser considerada uma alternativa válida à (re)solução dos conflitos sociais? É com fulcro no questionamento em questão que o presente estudo objetiva perseguir os rastros fáticos e históricos que permeiam essa modalidade democrática que pode ser considerada uma alternativa válida, efetiva e eficaz para resolução de litígios. Para tanto resta importante compreender o papel deste instituto quando do seu reconhecimento no Novo Código de Processo Civil, apresentando uma releitura (reflexões) no que tange a Jurisdição, o que é feito (como já narrado) ao estudar o disposto nos artigos 3º, 27 e 42 do referido diploma legal.

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei.

[...]

Art. 27 As causas cíveis serão processadas e decididas pelos órgãos jurisdicionais nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Pelo exposto, é possível afirmar que a Arbitragem (re)nasce como um procedimento (ou via) alternativo à solução dos conflitos sociais que, ante a debilidade da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (na modalidade centralizada Poder Judiciário) em prestar (satisfatoriamente) a Jurisdição, os conflitos permanecem efervescentes no seio social (morosidade), realidade que demonstra a ineficácia do Processo Jurisdicional em alcançar seu objetivo primordial (efetivação, pelo Direito, da *paz social*). Essa pretensa evolução do instituto da Arbitragem, nos moldes do proposto pelo Novo Código de Processo Civil, apresenta inegável transição de paradigmas processuais, o que é feito diante da constatação de que os meios tradicionais de prestação da *Jurisdição* se tornaram incompatíveis com os novos conflitos (pós/hiper-modernos), fruto de um novo contexto social permeado por novos sujeitos históricos que,

pela ampliação democrática, buscam concretizar conquistas de novos direitos (dimensões) que restam configurados como fundamentais (de aplicabilidade imediata) eis que assegurados pela Magna Carta.

O processo é tão amplo, quanto limitado. Tendo essa concepção em vista, importa que seja analisado para além das correntes dogmáticas e doutrinárias que se encerram no tema, admitindo-se assim a abertura da ciência jurídica para os outros ramos. O direito processual, nesse sentido, como se configura a instância que decanta o social, deve ser capaz de absorver essa realidade que se manifesta no mundo fora do jurídico. Esse ouvir, necessita sejam criadas algumas valas e outras pontes<sup>14</sup>, uma por onde a realidade social crua invada o sistema jurídico, e outra que permita que as demais ciências permeiem o mundo jurídico e adiram ao seu sistema.

La trama plural de la cultura contemporánea plantea una necesidad cada vez mayor de encontrar métodos que detecten las ligazones. No sólo como una receta técnica para resolver conflictos sino como un principio orientador un paradigma que otorgue tanta fuera a la articulación de las diferencias como a la distinción o la oposición. Las metodologías para la resolución de conflictos se vuelven un instrumento útil para repensar la cultura misma, y son también instrumentos para la transformación de los discursos institucionales y culturales (SCHNITMAN, 2006, p. 24)

Tendo em vista a reformulação substancial do espírito da Lei processual e a constitucionalização do processo, o NCPC, com especial atenção ao direito constitucional da Razoável Duração do Processo<sup>15</sup> (art.5º, LXXVIII), adere ao processo brasileiro uma nova filosofia, voltada à *solução consensual dos conflitos*

<sup>14</sup> **Desde las ciencias al pensar, no hay ningún puente, sino, solamente, salto** (HEIDEGGER, 1997, p. 258).

<sup>15</sup> De fato, o acesso à justiça só por si já inclui uma prestação jurisdicional em tempo hábil para garantir o gozodo direito pleiteado mas crônica morosidade do aparelho judiciário o frustrava; daí cria-se mais essa garantia constitucional, com mesmo risco de gerar novas frustrações pela sua ineficácia, porque não basta uma declaração formal de um direito ou de uma garantia individual para que num passe de mágica, tudo se realize com declarado.

(Art.3º,§2º do NCPC), o que manifesta a adesão a uma maior participação dos sujeitos processuais para com a composição da lide.

Contudo, necessário esclarecer que apenas a edição de novos dispositivos legais, por si só, não garantirão o sucesso do modelo jurisdicional (descentralizado) proposto no Novo Código de Processo Civil. Como toda evolução histórica, social e política que permeia a humanidade, muito mais importante do que a alteração legislativa é a (mais difícil/complexa) mudança/evolução da mentalidade dos cidadãos e, em especial, dos juristas (que para tanto devem deixar o modelo de meros operadores do direito). A evolução do conceito de comunidade (vínculo afetivo) para o de sociedade (vínculo jurídico) acarretou, necessariamente, em uma maior complexidade nas relações sociais, tendo (nessa nova fase) como liame entre os indivíduos que permeiam essa nova realidade social, não mais (apenas) obrigações morais (limites/obrigações metafísicos), mas, sim, obrigações jurídicas (limites e obrigações físicas), momento em que o Estado assumiu papel preponderante (Leviatã Thomas Hobbes) na garantia da paz social mediante o que restou concebido como poder de coerção Estatal (modelo centralizador absoluto e ilimitado).

Necessário observar que, no período narrado (início da Entrega Centralizada da Tutela Jurisdicional do Estado Moderno), os conflitos (diante do apelo moral ainda presente) individualizados não eram tão comuns como na contemporaneidade, fato este modificado pelo elemento hoje conhecido como tecnologia da informação, momento em que a rapidez das informações e, conseqüente, proliferação das relações sociais, têm acarretado um significativo aumento das demandas destinadas ao Leviatã, o que é feito em busca da tão almejada paz social. É nesse contexto que surge a necessidade de uma (re) leitura jusfilosófica e sociológica do direito o que é feito com o intuito de melhor compreender do mundo jurídico em que restam inseridas essas novas demandas sociais, eis que fruto de novos sujeitos que, deixando a passividade

de um Estado Absoluto e/ou de um Estado Democrático Representativo, buscam novos horizontes que, salvo melhor juízo, só serão possíveis com a implementação de um novo modelo democrático que se apresente mais participativo, ou seja, com maior responsabilidade dos partícipes do jogo democrático (sociedade civil organizada), que passam a assumir as rédeas do destino social fruto dos conflitos em que restem inseridos.

Para Bobbio o direito só se efetiva se conquistado. Nesse sentido a Arbitragem surge como um importante mecanismo alternativo de solução dos conflitos sociais, o que contribui com a Desjudicialização e a Desconcentração dos órgãos Jurisdicionais, legitimando (competência) novos centros de decisão que passariam a atuar de forma complementar a Tutela Jurisdicional do Estado na forma centralizada. Para tanto, esse instituto (Arbitragem) não deveria restar concebido como uma imposição estatal (de cima para baixo) mas, ser compreendido como uma conquista social (de baixo para cima) eis que proveniente da vontade dos verdadeiros partícipes do jogo democrático (novos atores sociais), nesse contexto quiçá (sendo uma conquista social e não apenas uma imposição Estatal) restaria efetivado a ponto de garantir o principal fruto oriundo da árvore do Direito (Resolução dos Conflitos/Paz Social).

El arbitraje tiene algunas ventajas comparativas frente a la jurisdicción estatal, que son precisamente las que lo colocan hoy como alternativa válida: celeridade, confidencialidade, especialización en el tema a decidir, economía de recursos materiales y humanos, menor grado de enfrentamiento entre las partes, flexibilidad, mayor participación de las partes en el proceso, e inmediatez entre éstas y el árbitro (CAIVANO, 1992, p. 37)<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Demais, a norma acena para a regra da razoabilidade cuja textura aberta deixa amplas margens de apreciação, sempre em função de situações concretas. [...] É nesse contexto que entram outros aspectos da norma em análise, qual seja: a organização dos meios que garantem a celeridade da tramitação dos processos. A garantia de celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade (DA SILVA, 2005, p. 430).

Note-se que a Arbitragem (re)surge com o intuito de auxiliar, de maneira mais democrática, na resolução dos conflitos sociais contemporâneos. Contudo, esse desiderato só será possível mediante uma (re)leitura balizada e acurada a partir dos novos paradigmas introduzidos pelo Novo Código de Processo Civil.

### **3 A ARBITRAGEM: DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA À DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

O estudo em comento, tratando da evolução apresentada pela pretensa (re)leitura do instituto da Arbitragem, conforme disposto no Novo Código de Processo Civil, muito mais do que apenas uma nova ferramenta jurisdicional (diante da morosidade da tradicional centralizada Jurisdição Estatal), configura uma nova realidade democrática eis que, perpassando a democracia representativa, apresenta-se (caso reste efetivada) como um importante espaço de participação direta dos cidadãos (democracia participativa) eis que deixando o tradicional papel de sujeitos autômatos (indivíduos com baixa participação democrática súditos modernos) lutam por uma nova realidade social, novos sujeitos sociais (autônomos cidadãos contemporâneos), momento em que, reconquistando a responsabilidade pelos destinos de suas vidas (novos atores sociais), propõem-se a desempenhar importante papel social ao escolher o viés da arbitragem (novos espaços de exercício do poder em público).

Nesse contexto, como novo mecanismo de resolução de conflitos sociais, a Arbitragem deve ser compreendida não apenas como uma técnica processual formalista (nos moldes do que já ocorre com o modelo Estatal tradicional), mas, em especial, como um instrumento substancial que propugne, com eficiência e efetividade, a concretização das garantias constitucionais, procedimento (como já narrado) que está condicionado a mudança cultural

dos juristas que, deixando de ser meros operadores, devem pensar/construir/alargar os horizontes e espaços de participação democrática na busca da real/substancial/efetiva resolução dos problemas sociais contemporâneos. Nesse sentido a Arbitragem, como fruto da democracia participativa, quiçá, possa vir a ser concebida como um (verdadeiro) instrumento efetivo de concretização dos direitos sendo, nessa modalidade, importantíssimo (para tanto) o papel da sociedade civil organizada.

A função do processo democrático é exatamente permitir que se vão descobrindo os preceitos necessários à prosperidade e à paz entre os homens, que se preparem as inteligências e os sentimentos para a recepção rápida de tais conquistas e que se alcancem regras de fundo que liguem os indivíduos. O que caracteriza a era democrática é, precisamente, a obra de ligar entre si, livremente, os homens. Já não é o religar por dentro (religião), ou por vagas convicções comuns (direito natural, opiniões de doutores) é o ligar por fora, sem prender os espíritos, rumando-os por movimentos interiores, espontâneo, deles. Isso exige permanente transição, porém transição que constitui amontoamento de ciência, de técnica, de economia de esforços, de multiplicação da produtividade, de tudo que a inteligência faz dominado as forças (MIRANDA, 1979, p. 183).

Essa nova estrutura histórica, social, política e econômica, como já narrado, é fruto da debilidade da Entrega da Tutela Jurisdicional Centralizada do Estado em responder adequadamente as demandas que lhe são propostas, realidade que tem propiciado apostas em novos mecanismos de (re)solução de conflitos. Dentre eles, como narrado, merece relevância o instituto da arbitragem, um procedimento menos formal e, via de consequência, mais célere, momento em que as partes interessadas, tornando-se responsáveis por seus destinos, escolhem não só o modelo jurisdicional (estatal ou não estatal) que compreendam o mais adequado como, no caso de arbitragem, escolhem o terceiro responsável pela análise da contenda oportunizando, assim, mais confiabilidade e exequibilidade da decisão.

Para tanto, o Novo Código de Processo Civil<sup>17</sup>, em seus artigos 3º e 27, reconhecem o procedimento arbitral como equivalente a jurisdição. Contrapondo a tese Contratualista, apresenta uma estrutura que propugna uma tutela jurisdicional mais célere e efetiva do que a apresentada.

O “Conflito”<sup>18</sup> como razão do Direito (a vida humana e a sociedade relação do indivíduo e com a sociedade civil em que resta inserido), dimensionado na Filosofia da Vida e nos Direitos Fundamentais do Homem, nesse novo contexto apresentado pela arbitragem passam a ser concebidos de forma diferenciada, eis que deixam de ser apenas um número (autos processuais) para serem concebidos como sujeitos de direitos que, diante da autonomia compreendida pelo expediente narrado, garante uma melhor compreensão jusfilosófica, sociológica e psicológica do problema enfrentado, oportunizando uma melhor compreensão fática e social fruto da negociação oportunizada pelas partes.

Assim, a Arbitragem no contexto social contemporâneo (pós/hipermodernidade), resta reconfigurada como uma importante ferramenta/instrumento para a solução adequada das angustias humanas, muitas delas agravadas pela morosidade do litígio judicial que, preocupada com quantidade tem pecado no que tange a qualidade da Entrega da Tutela Jurisdicional Centralizada (indivíduos tratados como números e não como sujeitos de direitos). Nesse contexto, não conseguindo a Jurisdição (formal) enfrentar todos os problemas que lhes são apresentados, resta premente a criação/ampliação dos espaços democráticos que propiciem a necessária solução dos

<sup>17</sup> *Puede sostenerse que, concluido el conflicto, todo nuevo acto conflictual es ajeno a él y marca el comienzo de un nuevo conflicto. Es decir, que la intensidad cesa con la resolución porque si termina el conflicto, ya no hay actores ni conducta conflictual con lo que no puede hablarse de mayor, menor o ninguna intensidad, porque ésta es un adjetivo de conflicto o de conducta conflictual* (ENTELMANN, 2002, p. 176).

<sup>18</sup> *La Teoría de Conflictos radica su quehacer en la descripción del conflicto, en el análisis de sus elementos y modo de ser, en la generación de los métodos a que da lugar la aplicación de sus conocimientos y en los desarrollos tecnológicos que realiza con auxilio multidisciplinario. Ello no sólo abarca la problemática de la resolución del conflicto, sino también la de su conducción o manejo y prevención* (ENTELMANN, 2002, p. 65).

conflitos sociais surgindo, com esse desiderato, a Arbitragem. Para tanto, a efetivação desse novo mecanismo (arbitragem) em que a parte passa a ser concebida em seu real papel social (democracia participativa), depende do desvelar, do compreender das questões relevantes apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil que, como uma alternativa processual, enaltece a Arbitragem e seus reflexos positivos na pretensão de solução dos problemas sociais apostando, nesse sentido, na composição do litígio.

Resta evidente que o Processo, ou mais especificamente o Novo Código de Processo Civil, ao ser introduzido no seio social, em especial por tratar-se de um novo conjunto normativo (pautado em novas concepções democráticas) estará sujeito ao período de adequação devendo, para tanto, conviver com os outros mecanismos apresentados pelo referido diploma legal, sem pretensão de modifica-los, inibi-los e/ou excluí-los<sup>19</sup>. Na contramão da proposta apresentada pelo Novo Código de Processo Civil, o tradicional expediente que vem sendo adotado, diante do significativo aumento da litigiosidade, faz com que o Processo (descaracterizado de sua real meta/importância) relacione-se diretamente com o Mito de Sísifo, eis que lento/travado cria percalços ao Acesso à Justiça, apresentando-se (cada vez mais) como um expediente burocrático, ou seja, um fim em si mesmo, momento em que as partes, como já narrado, não passam de estatísticas.

<sup>19</sup> O primeiro viés da análise das disposições do projeto do Novo Código de Processo Civil, portanto, será determinar uma linha relacional entre aos métodos de solução de controvérsias e se tais métodos são apresentados como sucedâneos, válvulas de escape para situações processuais ou questões de direito material específicas. Essa será a visão da matriz de soluções de controvérsias indicadas pelo projeto do Novo Código de Processo Civil. Em segundo lugar, será feita uma análise específica de cada um dos métodos de solução de controvérsias mais conhecidos em nosso sistema, conciliação, mediação e arbitragem e de que modo cada um deles é alocado no processo civil ou de que maneira estipula-se sua autonomia em determinadas situações. Será verificada a autonomia desses institutos quando utilizados de modo específico e sua relação com o processo na medida em que suas técnicas podem ser utilizadas de modo endoprocessual. Por fim, e com um caráter propositivo, tentar-se-á apontar algumas medidas que podem ser adotadas para melhorar a utilização entre os métodos de solução de controvérsias de modo a torná-los um caminho seguro para aqueles que pretendam solucionar um conflito (GUERRERO, 2014).

É nesse momento que a Arbitragem<sup>20</sup>, apresentando-se como um mecanismo alternativo de resolução de conflitos, propicia acesso facilitado aos interessados que, desburocratizando sua participação democrática, têm a sua disposição a possibilidade de uma jurisdição mais célere e eficaz perpassando o modelo contratualista em busca de mais efetividade jurisdicional participativa, tendo relevância, nesse novo mecanismos, o expediente dialético da jurisdição. No panorama do Novo Código de Processo Civil, resta nítida a recepção da tese Jurisdicional do procedimento arbitral que, por conseguinte, visa à tentativa de ampliar o acesso à justiça não só no sentido quantitativo, como atualmente é vivenciado, mas no sentido qualitativo da prestação da tutela jurisdicional, sendo a arbitragem uma alternativa a Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Poder Judiciário) no momento da resolução de conflitos.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto atual do Estado, mais do que apresentar os elementos que constituem ou as características fundamentais do modelo contemporâneo e estudar as crises que o assolam, necessário se faz encontrar/ampliar os espaços democráticos necessários a efetiva/substancial solução dos conflitos sociais contemporâneos, sendo esta uma das principais contribuições apresentadas no Novo Código de Processo Civil, em especial no que tange a proposta relativa à Arbitragem. Trabalhar a ideia de existência de uma crise é, em outras palavras, apontar para uma disfunção do ente estatal que, via de regra, corresponde a uma dissonância entre o que se pensou em determinado momento (fático e histórico) e a realidade posterior, esta atestada pela impropriedade de certos conceitos se observados na prática.

<sup>20</sup> No entanto, a Arbitragem passa a ser elevada a auxiliar da heterocomposição que lhe é dotada pelo Sistema Processual que adere a autocomposição que é tida a Arbitragem aderida ao Processo como heterocomposição.

Sob a perspectiva de organização de um modelo estatal que não mais atende à complexidade das demandas contemporâneas, é indubitável que as funções estatais precisam ser (re)pensadas, sobretudo a jurisdição que ainda se mostra adepta a concepções tradicionais (individualistas) incapazes de fornecer uma solução adequada aos problemas que lhe são apresentados. Diante disso o modelo apresentado pela modernidade para Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado de forma Centralizada (Poder Judiciário) vem enfrentando novos desafios, fruto de novos atores sociais que, diante das garantias fundamentais da Carta Constitucional, não vêm sendo assegurados de forma adequada, realidade que tem se apresentado em forma de uma crise institucional, não só pela morosidade na efetivação de direitos mas, em especial, pela burocratização do procedimento que têm acarretado em restrições ao livre acesso à justiça.

Nesse contexto, não possuindo a estrutura necessária para absorver as demandas atuais, muito menos de respondê-las em tempo e modo oportuno (comprovando a ineficácia da prestação jurisdicional do Estado de forma centralizada Poder Judiciário), a arbitragem, diante das condições apresentadas pelo Novo Código de Processo Civil, (re) surge como condição de possibilidade ao pleno acesso à justiça, apresentando-se como meio alternativo à jurisdição tradicional que, como descrito no decorrer do presente expediente, não se mostra mais apta (por si só) a responder com eficiência, efetividade e, em especial, eficácia as demandas sociais coletivas que lhe são apresentadas.

Dessa forma, o tema se apresenta atual e pertinente, no sentido de suscitar uma discussão de inegável relevância jurídica, através da análise dos fatores que deram ensejo à inoperância do Poder Judiciário em exercer a função jurisdicional nos dias atuais, fazendo com que meios alternativos sejam colocados à disposição do jurisdicionado, além do que se levanta a possibilidade de constatação de premissas que apontam para a própria crise do direito, que não mais consegue regular as relações sociais. Do ponto de vista

social, esse novo expediente se mostra relevante em virtude da preocupação que surge pela pouca/baixa eficiência, efetividade e eficácia da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (Centralizada Poder Judiciário) em responder às demandas que lhe são propostas, sobretudo no que tange à concretização de promessas sociais pelas vias judiciais, o que faz surgir a dúvida acerca da permanência do monopólio da jurisdição no Estado.

## REFERÊNCIAS

BÖCKSTIEGEL, K.-H. **The role of arbitration within today's challenges to the world community and to international law.** Disponível em: <http://law.queensu.ca/international/globalLawProgramsAtTheBISC/courseInfo/courseOutlineMaterials2012/internationalCommercialArbitration/Bockstiegel2006.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Comissão de Juristas Responsável pela **Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil.** Código de Processo Civil: anteprojeto. Brasília: Senado Federal, 2010.

BUNGE, M. **Crisis y reconstrucción de la filosofía:** perspectivas. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

CAIVANO, R. J. **Arbitraje:** su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos. Buenos Aires: AdHoc, 1992.

CALMON DE PASSOS, J. J. **Revisitando o direito, o poder, a justiça e o processo.** Salvador: Juspodivm, 2012.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo.** Um Comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CASTILLO, N. A. Z. **Proceso, autocomposición y autodefensa.** México: Universidad Autónoma de México, 2000.

DA SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

DELGADO, J. A. Arbitragem: direito processual da cidadania. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 282, 2001.

ELLUL, J. **La edad de la técnica**. Barcelona: Ediciones Octaedro, 2003.

ENTELMANN, R. F. **Conflictos**. Hacia um nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

GOZAÍNI, O. A. **Formas alternativas para la resolución de conflictos**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1995.

GRANDA, F. T. **Postmodernidad y derecho**. Peru: Editorial Themis, 1993.

GUERRERO, L. F. **Os métodos de solução de controvérsias**. Disponível em: <http://www.dinamarco.com.br/wp-content/uploads/SolucaoDeControversias.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2014.

HEIDEGGER, M. **Filosofia, ciencia y técnica**. Santiago de Chile: Editorial Universitario, 1997.

MACHADO, R. B. **Arbitragem empresarial no brasil**. A uma análise pela nova sociologia econômica do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRANDA, P. **Democracia, liberdade, igualdad**. (Os Três Caminhos). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

ORTEGA Y GASSET, J. **A rebelião das massas**. São Paulo Martins Fontes, 1987.

SCHNITMAN, D. F. **Nuevos parafigmas em la resolucución de conflictos**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

SEVERINO, E. **Techne: le radici della violenza**. Milão: Rizzoli, 2002.

SICHES, L. R. **Vida humana, sociedad y derecho**. Fundamentación de la filosofía del derecho. 1. Ed. Fondo de Cultura Económica (FCE), 1940.

TAMAYO Y SALMORAN, R. **El derecho y la ciencia del derecho** (Introducción a la ciencia jurídica). México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.