

PAULO JUNIOR TRINDADE DOS SANTOS
GABRIELA SAMRSLA MOLLER

REPENSANDO A CIÊNCIA DO PROCESSO NA BUSCA DA TUTELA
JUDICIAL EFETIVA: A (NECESSÁRIA) PASSAGEM DO PARADIGMA
MODERNO AO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE



editora
unoesc

Editora Unoesc

Coordenação

Tiago de Matia

Agente administrativa: Caren Scalabrin
Revisão metodológica: Gilvana Toniélo
Projeto gráfico e diagramação: Simone Dal Moro
Capa: Saimon Vasconcellos Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S237r Santos, Paulo Junior Trindade dos.
Repensando a ciência do processo na busca da tutela judicial efetiva: a (necessária) passagem do paradigma moderno ao paradigma da complexidade / Paulo Junior Trindade dos Santos, Gabriela Samrsla Moller. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2020.
168 p., il. ; 23 cm.

ISBN (e-book): 978-65-86158-10-6
Inclui bibliografia

1. Processo civil. 2. Direito processual. 3. Hermenêutica (Direito). I. Moller, Gabriela Samrsla. II. Título.

Dóris 341.46

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 Téó

Pró-reitora Acadêmica

Lindamir Secchi Gadler

Pró-reitor de Administração

Ricardo Antônio de Marco

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti

Tiago de Matia

Sandra Fachinetto

Jovani Antônio Steffani

Lisandra Antunes de Oliveira

Marilda Pasqual Schneider

Claudio Luiz Orço

Ieda Margarete Oro

Silvio Santos Junior

Carlos Luiz Strapazzon

Wilson Antônio Steinmetz

César Milton Baratto

Marconi Januário

Marceli Maccari

Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

Sumário

Prefácio	5
1 INTRODUÇÃO.....	9
2 PROCESSO CIVIL E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA.....	23
3 O PARADIGMA DA SIMPLIFICAÇÃO/CARTESIANO-MATEMÁTICO NO PROCESSO CIVIL E NO DIREITO: DEMOCRACIA SÓLIDA, DUALISMO PROCESSUAL E ACENTUAÇÃO DO FORMALISMO	35
3.1 PARADIGMA CARTESIANO, PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS	46
3.1.1 A Cientificação do Processo Civil	50
3.1.2 O Problema Associado ao Conceito de Ação: dualismo processual.....	57
3.1.2.1 Dualismo Processual e Separação entre Fatos e Direito	67
3.1.3 Contraditório Moderno: monólogo judicial	69
3.2 A ABERTURA CONSTITUCIONAL COMO RESPOSTA À COMPLEXIDADE SOCIAL: ATIVISMO JUDICIAL E POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO.....	71
4 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE NO PROCESSO CIVIL E NO DIREITO: PROCESSO CIVIL NA BUSCA DA TUTELA JUDICIAL EFETIVA E DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA.....	77
4.1 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO: UMA PROPOSTA DEMOCRÁTICA À COMPLEXIDADE SOCIAL	86
4.2 POLITIZAÇÃO DA VIDA PELO PROCESSO/PROCESSO CIVIL EM UM MUNDO GLOBALIZADO – DESPOLITIZAÇÃO DA MAGISTRATURA E POLITIZAÇÃO DO PROCESSO.....	96
4.3 MONISMO E PRETENSÃO PROCESSUAL: SOCIOLOGISMO JURÍDICO PROCESSUAL.....	108
4.3.1 Dialética Processual e Participação: objeto do debate processual.....	120
4.4 PROCESSO E DIREITO PELO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: JUÍZO COMO COLABORAÇÃO PROCESSUAL	127

4.4.1	Hermenêutica Fenomenológica e Paradigma da Complexidade.....	133
5	CONCLUSÃO	142
	REFERÊNCIAS	155



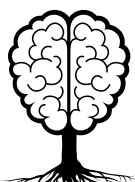
Prefácio

O presente trabalho apresenta como tema central o processo civil e a necessária transformação paradigmática de sua ciência para resgatar a importância do processo ao direito, questionando se a partir da superação que se propõe é possível que o processo civil realize a tutela judicial efetiva e seja local de democracia participativa, concedendo ao direito a necessária dinâmica existencial, afastando a concepção do direito como lei e/ou vontade do juízo forjada pelo paradigma moderno.

Nasceu a construção do livro, principalmente, das pesquisas realizadas por um período de três anos junto aos Grupos de Pesquisa “Processo Civil Contemporâneo: do Estado Liberal ao Democrático”, grupo liderado pelo Professor Darci Guimarães Ribeiro no Programa de Pós-Graduação da Unisinos. Além daquele grupo, foram desenvolvidos estudos também junto aos Grupos de Pesquisa “Constitucionalismo Pós-Moderno, Hermenêutica e Processo: direitos humanos e novas tecnologias” liderado por Paulo Junior Trindade dos Santos e Cesar Marció e ao Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais Sociais e Desenvolvimento Sustentável: Teorias do Direito e Políticas Públicas” liderado pelo Professor Cristhian Magnus De Marco.

Os estudos junto aos grupos de pesquisa, decorrente das suas temáticas contemporâneas e democráticas, permitiram um estudo do contexto social de globalização e complexidade voltado ao Processo Civil, aonde este ganha especial espaço de atuação, principalmente como reação aos muitos abusos sofridos pela arbitrariedade legislativa e judicial, de modo que se faz necessário resgatar a política na sociedade, o que é possível por uma nova proposta de ciência ao processo civil, na busca, sobretudo, de uma ampliação democrática do direito.

O processo é o espaço por excelência para conceder ao direito a necessária dinâmica, pois é local no qual se concentram as complexas manifestações das relações sociais, o que continua a ser ignorado por um

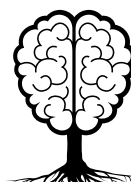




direito posto sob uma razão fechada e ultrapassada e por um processo no qual a participação das partes e a constitucionalização dos institutos processuais não foi alcançada.

A absorção dos contextos pelo processo acaba trazendo aos direitos uma interlocução de saberes e oportuniza o contato sensível com a dinâmica social e por isso pode servir como abertura de horizontes para contemplar o direito em sua dinâmica. Para tanto utilizam-se as teorias do monismo processual e da pretensão processual, por darem bases a um processo democrático, justo e dialogal, necessário para a construção do paradigma da complexidade no processo civil, assim como o contributo da dialética dialogal frente as normas fundamentais do processo por intermédio de uma compreensão hermenêutica fenomenológica, a qual aproxima a interação do contexto ao texto.

Visa o trabalho a implementação de uma compreensão fenomenológica hermenêutica frente a proposta interpretativa contextual e textual, preocupando-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. 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.

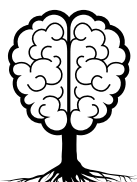
Com isso, o trabalho objetiva desvelar o senso comum teórico acerca do processo civil, delineando bases para se falar de uma passagem do paradigma moderno para o paradigma da complexidade na ciência processual na busca da tutela judicial efetiva. Somado a isso, a relevância da pesquisa junto ao processo civil que continua preso a um paradigma ultrapassado, o que afasta o direito do contato social, continuando o direito preso ao positivismo.

Observe-se que essas dinâmicas existenciais nascem de sintomas que expressam o delicado momento em que passa o direito frente à incapacidade de se abrangerem as complexidades sociais, as quais se multiplicam diariamente (PICARDI, 2008) e a incapacidade de resolver todos os fenômenos conflituais aderidos pela juridicização da vida (OST, 2018). Parte dos sintomas caracterizam-se na tradicional forma de produção jurídica, a qual não apreende as complexas manifestações (CARBONNIER, 2001) dos fenômenos conflituais,¹ 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 complexos, o que amplia o espaço de participação democrática da sociedade pela escolha sobre a maneira de resolução dos conflitos.

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-moderna²). Para o

¹ *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).

² 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.





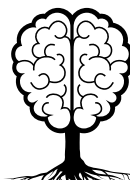
direito acompanhar estas mudanças, não pode se utilizar somente da representatividade³ legislativa para produção jurídica (reflexo de uma sociedade meramente moderna), devendo o direito compreender o contexto social, expressado pela complexidade dos fenômenos conflituais, a partir do texto Constitucional; ou seja, uma interpretação (COVER, 2002) do texto pelo contexto, na busca de resgatar os aspectos humanos e éticos (NUSSBAUM, 2006) 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 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.

Paulo Junior Trindade dos Santos

Gabriela Samrsla Möller

nidade: Berman (1988), Charles (2009), Chevallier (2009), Grossi (2003), Han (2018), Han (2013), Latour (2012), Latour (2010), Lipovetsky (2004), Lyotard (2000), Smart (1993) e Tourraine (1996).

³ A Democracia Representativa tem como centro de produção jurídica a atividade do Poder Legislativo. Entretanto, na medida em que obsta uma ampliação do núcleo Democrático Participativo e apreende os fenômenos de forma a ignorar as complexidades de mundo, a Lei apresenta um lado obscuro. Ver Zeno-Zencovich (2013, p. 309-329).





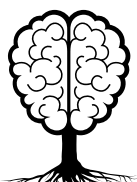
1 INTRODUÇÃO

Es innegable que estamos en un momento de transición procesal, y por tanto de mucha tensión entre la tradición y la innovación. (PUGA, 2013).

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.¹

Em tempos de representatividade democrática dissipou-se no imaginário comum uma descrença social na política, ocasionada por uma série de fatores construído pelo paradigma simplificador, o qual já não mais se adequa à sociedade na qual se vive. No atual momento vivencia-se um maior enfoque nas questões processuais, institucionais e organizacionais do Direito, responsáveis por reconhecer a participação ativa dos indivíduos em detrimento da representatividade e de uma visão de autoridade (judicial e legislativa), pois a política acabou, graças ao Estado Moderno, se ausentando da vida dos cidadãos, causando assim um afastamento da sociedade e da política. Busca-se resgatar institutos que propiciem uma ampla e democrática participação da sociedade na tomada de decisões, para que as decisões se aproximem mais do contexto social. É necessário 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.

¹ 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 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).

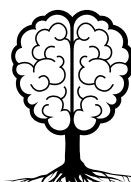




Em razão da globalização e da complexidade social os conflitos se intensificam: novas tecnologias, disputas policêntricas, novos desafios econômicos, novas desigualdes. Este conjunto de fatores, principalmente pelo dinâmico modo que se apresentam socialmente, acarretam a judicialização dos conflitos, bem como o consequente ativismo judicial, seja pelo maior conhecimento dos próprios direitos através das mídias; a inflação legislativa e a desvalorização do marco normativo pela crescente “esfumação da lei”; o novo papel do juiz no processo como administrador, gestor, etc.; a explosão da conflitividade coletiva; reconhecimento de garantias constitucionais e derivadas de tratados internacionais; a globalização do sistema de direito, todos fatores que influenciam diretamente nos sistemas nacionais, afirmando a operatividade em concreto dos juízes, dado que a norma não apreende todas manifestações existenciais.

Por uma proposta de reconhecer dinâmica existencial ao direito, abarcando toda a complexidade que se apresenta ao direito na atualidade, tal como profundas transformações afetam o mundo político, econômico e financeiro, responsáveis por exercer repercussões importantes sobre a vida social e, conseqüentemente, no direito, propõe-se uma mudança paradigmática da ciência do processo, cujo profundo significado é propiciar uma abertura democrático participativa pelo processo civil como forma de alcançar a tutela judicial efetiva. O objetivo da filosofia da ciência e da filosofia política é realizar discussões públicas normatizadas, de modo que um governo democrático não pode ser ideologizado, sendo necessário um balanceio entre ciência e sociedade: é esta ciência democrática que se busca resgatar. O paradigma da complexidade, assim, é utilizado neste trabalho como forma de dar bases ao processo civil para uma revisão de sua ciência, servindo o paradigma da complexidade como forma de expressão mais atual da filosofia da ciência,² fundamental para uma discussão séria sobre direito e processo.

² Importantes autores que trabalham com o paradigma da complexidade nas ciências sociais: Morin, (2005b), Santos (2008) e Vilar (1997).





Deste modo, a mudança paradigmática consiste em uma revisão da ciência processual para uma abertura democrática pelo processo, capaz assim de se alcançar a tutela judicial efetiva que, conforme Calmon de Passos bem aponta,³ somente se alcança com o processo justo. Por processo justo, compreende-se o processo civil constitucionalizado, cuja normatividade é permeada pela principiologia constitucional, permitindo uma expansão democrática dos institutos processuais, o que é fundamental para se falar em uma nova proposta de ciência do processo.

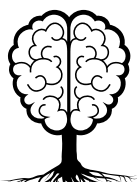
A sociedade não entende governar no sentido próprio e estrito, vista como assunto que cabe aos governante, entretanto, isso não quer dizer que ela não disponha de instrumentos de ação: a sociedade civil aparece daqui por diante como expressão de verdadeira vontade de *participação*, pois a atividade política é a que desloca um corpo do lugar que lhe era designado ou muda a destinação de um lugar; ela faz ver o que não cabia ser visto, faz ouvir um discurso ali onde só tinha lugar o barulho, faz ouvir como discurso o que só era ouvido como barulho.⁴

A força emancipadora do direito, aponta-se, aquela que adere politização ao processo,⁵ somente é alcançada com um processo que seja capaz de desenvolver-se sobre bases democráticas e com discussão. Contudo, o direito se manifesta por formas persuasivas, invisíveis e “doces” de disciplinar, que não alcançam o cume da política, ignorando que o direito vive no nível das relações quotidianas, dispersos por todos os nichos e níveis das relações sociais. O direito não é um meio para exercer a

³ Ost (2018).

⁴ Discorre muito bem sobre a politização social e as formas de organização social Rancière (1996) e Santos (2005, p. 363-420, p. 373 e p. 377-378), este, particularmente, quando diz que a sociedade civil se divide em três extratos: a sociedade civil interna, estranha e incivil. A primeira caracteriza-se por ser hiperincluída nos assuntos do Estado, gozando de todos os tipos de gerações de Direito e, por esta razão, são a comunidade dominante, vinculada ao mercado e as forças econômicas que os movem. O segundo extrato seriam classes que possuem experiências de inclusão e exclusão social, de modo que os que compõe esse extrato, com relação as gerações de Direitos Humanos, exercem mais ou menos livremente seus Direitos civil e políticos, porém, possuem acesso limitado aos Direitos sociais e econômicos. Por fim, o círculo mais distanciado do Estado seria a sociedade civil incivil, composta pelos totalmente excluídos, totalmente invisíveis. Esse último grupo sofre as consequências do fascismo social e, na prática, não possuem Direitos. Tanto os países centrais como periféricos cada vez mais polarizam-se em círculos extremados de hiperinclusão e hiperexclusão.

⁵ Tema que, pertinente apontar, é muito bem trabalhado por Passos (2000).

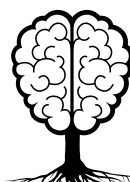




justificação e a *dominação*, mas deve permitir a dialética social, como fato de protesto e impugnação, razão pela qual a representatividade não mais reflete a sociedade contemporânea. Necessário, assim, um maior encontro entre o direito e a sociedade, superando a visão da ciência do processo e do direito postas sob uma ciência matemático/cartesiana, afastada do que é dinâmica social, por uma visão da ciência do processo e do direito vista pelo paradigma da complexidade.⁶

Pelas breves delineações acima, aporta-se que o presente trabalho terá como *Tema* o Processo Civil e a transformação do Paradigma de sua Ciência, transformação que desvela o significado ontológico do processo, cuja maior expressão é sua intrínseca relação com o direito e com a dinâmica social. A opção pela *Delimitação do tema* na transformação do paradigma científico do Processo Civil deu-se para uma necessária reconsideração da importância do processo civil ao direito e a intrínseca correlação entre ambos, desvelando o senso comum teórico que afirma a dissociação entre direito e processo. Também, a delimitação do tema no processo civil ocorreu por se acreditar que demasiados enfoques apenas no estudo da jurisdição e na decisão judicial (judicialização do direito e juridicização do direito, bem como *decisionismo* e outros termos que se correlacionam) retiram o verdadeiro debate a ser feito, qual seja a possibilidade de uma participação democrática na construção do direito a partir de elementos objetivos carreados no processo civil, capaz de alcançar a efetiva tutela judicial, o que somente pode ser defendido a partir de uma superação paradigmática no processo. Isto posto, compreendeu-se necessário a escolha do tema para tratar sobre novos rumos do processo em tempos de complexidade social e o contributo direto desta transformação para a ciência jurídica.

⁶ Pelo paradigma da complexidade, ver-se-á que não há cisão entre direito e processo: Carnelutti (1971), Dominguez (2008), Mendez (1979), Ribeiro (2004) e Satta (1971a).





Esclarece-se que por tutela judicial efetiva^{7,8} compreende-se uma concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional, o que, pelo paradigma da complexidade no processo civil, significa a integração do contexto que apresenta os problemas sociais através do processo civil, através de uma ciência que não apenas declara o direito, mas cria a partir da complexidade concreta, assim como concede efetividade prática às decisões pelo resgate do *imperium* processual (união das partes e do juiz em colaboração) como forma de proteger direitos tutelados pelo processo civil, na busca da efetividade prática⁹ destes.

O *Problema* a ser respondido através do presente trabalho, será: A partir da superação paradigmática da ciência do processo é possível que o processo civil realize a tutela judicial efetiva e sirva como local de democracia participativa, concedendo ao direito a necessária dinâmica existencial, afastando a concepção do direito como lei e/ou como vontade do juízo forjada pelo paradigma moderno?¹⁰

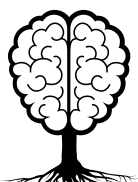
A *Hipótese* do presente trabalho reside no fato de que a sociedade na qual estamos inseridos é complexa e globalizada, sendo o contexto social responsável por absorver toda a complexidade, onde os interesses diversos criam cotidianamente rupturas com as certezas produzidas por um direito apregoadado ao formalismo e dogmatismo. O contexto sobrelevasse ao 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 desnudam o que é complexidade. É precisamente através do processo que se tutela as diversas formas de conflitos, por onde se carrega material para a *interpretação das normas*, buscando o

⁷ “Art. 5 [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1988).

⁸ Ribeiro (2010).

⁹ No ponto, trabalhou-se as decisões estruturantes: Jobim (2013).

¹⁰ São relevantes as críticas ao paradigma científico moderno-cartesiano-mecanicista no que se constitui como um Direito Positivo as reflexões ao ensino jurídico de Streck, Rocha, Engelmann e Warat. Ver Engelmann (2001), Engelmann (2017), Rocha (2018, p. 129-153), Streck (2007, p. 27-50) e Streck (2010a).



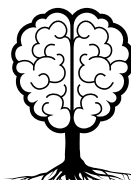


direito no caso concreto^{11,12,13} a partir das complexidades das relações que se desenvolvem na dinâmica social, constituindo o processo uma verdadeira

¹¹ Importante crítica do juízo no caso concreto faz Calamandrei (2017, p. 41-42). O processualista aponta que nesses casos busca o juiz fazer “justiça”, afastando-se da lei, o que ocorreu no regime soviético e nazista, momentos nos quais o direito aproximou-se intimamente da política: “[...] em todos estes casos, o juiz traz a sua decisão não da norma pré-constituída, mas de seu imediato sentimento: do seu sentimento de homem político que vivem em sociedade, e que participa na dinâmica de aspirações econômicas e morais, de apetites e repugnâncias, e até de mitos que podem ser chamados, de maneira compreensiva, correntes políticas de seu tempo.” Evidentemente que ao se falar em caso concreto, o ora trabalho em muito se afasta da concepção voluntarista exprimida por Calamandrei, ao se remeter ao caso concreto. Momento algum o presente trabalho apontará que o juiz deverá fazer justiça ao caso concreto, o que, concordando com o processualista, é antidemocrático e autoritário.

¹² *La Jurisdicción como determinación irrevocable del Derecho en lo concreto: “a) Es imposible dar un concepto de jurisdicción partiendo de su contenido por la heterogeneidad de éste, que obliga a una labor de abstracción, simplificando al máximo el concepto de jurisdicción para dar entrada a los institutos tradicionalmente considerados jurisdiccionales; b) Para ellos es indispensable partir del examen de la realidad, en la que se desarrolla la actividad jurisdiccional. Este examen nos advierte que en cualquier hipótesis la Jurisdicción hace referencia a supuestos concretos de la vida real y que su función esencial es la de emitir un juicio jurídico sobre tales supuestos; c) Pero no basta con la emisión de un juicio jurídico para que exista jurisdicción, en cuanto tal característica es propia también de la Administración y de los particulares, sino que es indispensable que este juicio goce de la característica de irrevocabilidad, tradicionalmente atribuida a la cosa juzgada; d) El acto jurisdiccional por excelencia es la sentencia judicial sobre el fondo del asunto. Ello no obstante, antes de llegar a la sentencia, existen una serie de actos necesarios que tienen por fin la emisión del acto jurisdiccional, y con posterioridad a la sentencia deben realizarse otros actos tendentes a la efectividad práctica del derecho declarado. De aquí que deba distinguirse entre jurisdicción en sentido estricto y jurisdicción en sentido amplio. La primera comprendería los actos esencialmente jurisdiccionales. La segunda comprendería los actos jurisdiccionales por simple conexión; e) El concepto de jurisdicción es independiente del sujeto que en un momento histórico determinado la ostente, así como de los datos que puedan ser utilizados para la formación del juicio jurídico. El sujeto puede variar y los datos ser distintos, sin que la esencia de la jurisdicción se modifique. En resumen: entendemos por jurisdicción la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica.” (DOMÍNGUEZ, 2008, p. 52-53).*

¹³ Quando se insiste na necessidade de o juiz atribuir sentido ao caso levado à sua análise, deseja-se, antes de tudo, dizer que ele não pode se afastar da realidade em que vive. Se a percepção das novas situações, derivadas do avanço cultural e tecnológico da sociedade, é fundamental para a atribuição de sentido aos casos que não estão na cartilha do judiciário, a apreensão dos novos fatos sociais, que atingem a família, a empresa, o trabalho etc., é igualmente imprescindível para a atribuição de um sentido contemporâneo aos velhos modelos capazes de ser estratificados em casos. Embora essas duas atitudes também importem para desvendar a necessidade de uma nova elaboração legislativa, o seu peso maior recai sobre o juiz, uma vez que é evidente que o legislador não pode andar na mesma velocidade da evolução social – o que, aliás, já constitui ditado vulgarizado. Por isso, o surgimento de novos fatos sociais dá ao juiz legitimidade para construir novos casos e para reconstruir o significado dos casos já existentes ou simplesmente para atribuir sentido aos casos concretos (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 78).





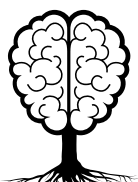
abertura de horizontes para contemplar o direito em sua dinâmica.^{14,15} Por esta razão o processo efetua a união entre direito e dinâmica, nas palavras de Satta e Carnelutti, reavivando a discussão sobre o elemento central do processo: é o juízo, visto pelo trabalho de forma *colaborativa* (partes e juiz), que reaviva a chama da experiência jurídica. O juízo não é local em que é possível caminhar às cegas, sendo necessário *elementos objetivos*, aqueles aportados no processo civil por seus objetos, para que o juízo não seja *solipsista* e autoritário,¹⁶ vazio de conteúdo democrático, promovendo a tutela judicial efetiva pela colaboração processual.

O *Objetivo Geral* deste trabalho será desvelar o senso comum teórico acerca do processo civil, delineando bases para se falar de uma passagem do paradigma moderno para o paradigma da complexidade na ciência processual.

¹⁴ “*Son los sujetos procesales los que, mediante de la dinámica conjunta de la acción y de la jurisdicción, impulsan el proceso hacia su fin. Precisamente la intervención del elemento humano configura la dimensión sociológica del proceso, incluso violentando los cauces jurídicos establecidos. En este sentido hay que señalar que las partes y el juez cobran un relieve insospechado, en cuanto que son la fuente de producción de los actos que en su devenir integran el proceso. En fin, la idea de procedimiento, en cuanto que son normas técnico-jurídicas las que lo componen, añade otra nota calificativa. La técnica consiste en el saber hacer del modo mejor una cosa, una actividad. De modo que en tanto una técnica es buena en cuanto se logra con mayor perfección el fin propuesto. El procedimiento jurídico, objeto de nuestra disciplina, ofrece lo técnica adecuada para el ejercicio de la acción y de la jurisdicción.*” (MENDEZ, 1979, p. 44-47).

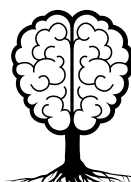
¹⁵ A ideia de que o direito deve ser flexível tem sido, como vimos, um dos tópicos correntes do pensamento jurídico desde os meados do século passado. Ha cerca de três décadas fez sucesso um livro de um celebre jurista francês, Jean Carbonnier, que enfatizava justamente esta necessidade de ultrapassar a rigidez que o normativismo abstracto do legalismo e do conceitualismo tinham conferido ao direito. Hoje em dia, porém, a ideia de um direito flexível tem uma outra genealogia intelectual. Ela decorre do tópico, claramente posmoderno (como já foi referido), do horror ao “macro” e ao “geral” e da busca da pequena dimensão, do particular e do flexível. Confluem aqui, de facto, duas correntes centrais da sensibilidade pos-moderna. Por um lado, o cuidado pela identidade particular, pela individualidade e pela diferença, a que corresponde a rejeição a massificação, da indiferenciação e da generalidade. Uma e outra coisa atingem em cheio a política do direito das últimas décadas. Esta era dominada pela ideia da generalidade das soluções. Por razões de economia, já que a definição genérica dos regimes jurídicos e mais econômica do ponto de vista comunicacional, ao dispensar o estabelecimento de múltiplos regimes particulares. Mas, sobretudo, por razões político-ideológicas, nomeadamente por se entender que o regime democrático tinha como primeiro corolário a generalidade das leis, única forma de se garantir o tratamento igual e a não discriminatório. Por outro lado, a proposta de um direito flexível relacionasse também com o impacto que vem tendo na teoria das organizações as ideias de substituir a estrutura burocrática por algo de mais maleável e produtivo – a organização flexível. O mais conhecido divulgador destas ideias tem sido o sociólogo Alvin Toffler que, numa série de *best sellers* tem diagnosticado as grandes mudanças civilizacionais que acompanharam a transição das sociedades industriais (correspondentes ao que ele chama a “segunda vaga” da revolução industrial) para as sociedades “posindustriais” ou “comunicativas” (da “terceira vaga”) dos nossos dias (HESPANHA, 2017, p. 499-500).

¹⁶ Tão autoritário/arbitrário quando proveniente do poder Legislativo como quando do Judiciário.





No que toca aos *Objetivos Específicos*, buscar-se-á (a) expor o processo civil e o direito postos sob o paradigma moderno da ciência, dando especial relevo às características de ambos e o reflexo destas para a ciência jurídica; (b) apontar as mazelas que a *cientifização* formalista/rígida do processo civil traz ao processo e ao direito; (c) denotar o surgimento do dualismo processual como reflexo da *cientifização* do processo, a partir de uma leitura da jurisdição romano-canônica; (d) expor como o processo moderno, em um aspecto positivista legalista retira do juiz qualquer tipo de interferência no processo e no mundo prático, reduzindo o direito à declaração e qualquer efeito prático da decisão judicial; (e) apontar como a abertura constitucional constrói o solipsismo judicial a partir da cisão regra-princípio; (f) desvelar o paradigma da complexidade junto à ciência do direito e do processo, demonstrando que direito e processo não podem ser vistos apartados em um cenário de complexidade social; (g) explorar as principais características de uma ciência marcada pelo paradigma da complexidade, considerada isenta de ideologias e manifestações de poder, capaz de equilibrar o científico e o social; (h) determinar bases para a constitucionalização do processo civil justo posto ao paradigma da complexidade, com a substancial constitucionalização dos institutos processuais, capazes assim de assegurar a participação democrática da sociedade; (i) apontar a impossibilidade de existência de um direito apolitizado, compreendendo-se este como um direito afastado dos reclames e dinâmica social; (j) aportar a necessária passagem de politização dos juízes para a politização do processo civil; (k) utilizar a teoria monista de Darci Guimarães Ribeiro como possibilidade de um processo civil democrático e participativo, reformulador das bases dualistas do processo; (l) explorar o sem número de possibilidades ao direito evidenciado pela efetiva participação/dialética processual ao direito, perpassado pela dialética Gadameriana; (m) aportar o juízo jurisdicional processual a partir da hermenêutica fenomenológica, que outorga à interpretação balanceio entre elementos subjetivos e objetivos.



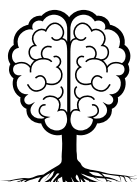


Propor-se-á o resgate de um processo civil *cientificizado*, mas sem as características rígidas de outros tempos, que cingem o que é científico do que é social; um processo mais sensível ao contexto social e cuja decisão judicial seja legitimada pela participação democrática das partes. Para tanto, utilizar-se-á teoria monista defendida no Brasil pelo professor Darci Guimarães Ribeiro,¹⁷ que contribuiu para uma ressignificação profunda do processo civil frente a complexidade de mundo que hoje se apresenta, trazendo importantes colaborações para de compreender a íntima e inseparável relação entre processo e direito.

Explorar-se-á o processo civil na contemporaneidade, na busca de ressignificar o paradigma científico *racionalizante* da ciência processual para um paradigma da complexidade na ciência processual, passando-se a observar o processo civil e direito como uma coisa só. A presente investigação tem como objetivo contribuir cientificamente ao direito e ao processo civil, prezando pela democracia e pela justiça social. Detrás de exposições jurídicas artificiais do direito positivo se perfila a dimensão existencial do direito e sua correspondência com as exigências próprias da existência humana.

Para um estudioso do processo que busca ver a unidade do processo civil, acreditando não ser possível a cisão entre mundo dos fatos e do direito, a finalidade do processo civil é criar a *pretensão processual*, o reflexo jurídico da ação material. O processo não visa somente manter a ordem jurídica objetiva, mas também a proteção dos interesses individuais, efetuando um balanceio entre o que é público e privado, concepção que traz consigo inumeráveis consequências práticas, tais como o aumento dos poderes do juiz, a *desformalização* dos processos, uma abertura ao contexto. Por esta visão, o processo somente tem sentido ou razão de

¹⁷ A monografia valer-se-á do monismo processual de Ribeiro. A teoria monista não servirá apenas para verificar a existência do direito subjetivo, pois se tem que o processo pode servir de meio para a interpretação dos direitos, o que é exposto pela hermenêutica-fenomenológica, pois o homem enquanto existe *sempre* interpreta. Ganha especial relevância o objeto do debate processual como legitimador democrático da decisão judicial superadora/criadora do Direito, ocorrendo uma superação do formalismo processual pelo objeto do debate processual.





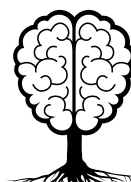
ser quando a pretensão processual é satisfeita (RIBEIRO, 2004, p. 141 e 264), concretada no juízo jurisdicional que profere o direito objetivo para a situação concreta.

O cenário de complexidade social e participação democrática da sociedade insere no contexto processual novas faculdades processuais que os juízes assumem abertamente, desmentindo o mito criado na modernidade sobre sua imparcialidade arbitral. Na atual instância de desenvolvimento há uma nova e superadora configuração dos poderes do juiz, cujas consequências, dentre todas, demanda do juiz uma participação ativa no processo, a fim de resguardar o resultado útil da jurisdição. Esta expansão do poder judicial, entretanto, pelo processo civil justo deve dar-se de forma colaborativa.

Necessário que o processo externe por seus institutos uma ampliação da democracia participativa, buscando assim dar conta dos interesses que exasperam o texto, através de uma nova visão da participação democrática na construção do direito; participação que legitima a ampla atuação do juiz através do debate judicial (objeto do debate processual), trazido na fundamentação da decisão.

Na visão que se busca expor, aponta-se como necessário ao processo pós-moderno que os institutos processuais abram-se à absorção da complexidade social, o que incide efeitos na colaboração processual, governança das partes, princípio dispositivo e congruência processual, para efeitos de absorver os conflitos que exasperam a letra da lei e exigem do direito uma observação contextual. Isso porque as teorias do direito muito evoluíram,¹⁸ porém a do processo não tem acompanhado o paradigma da complexidade, o que, de forma direta, acaba prejudicando a evolução do próprio direito, pois sem o processo o direito não consegue atingir um alto nível de democraticidade.

¹⁸ Algumas obras e autores evidenciam esta importante evolução: Ost (2013, p. 701-727), Rocha (1998) e Streck (2013).

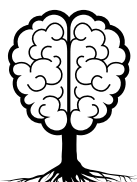




Conceitos como confiança, colaboração, cooperação, humanidade e comunicação são elementos sociais para a construção de uma nova administração da justiça, que gira em torno de elementos construídos sobre a justiça social. A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política (maior participação do cidadão, seja individualmente ou em grupos, o aumento dos poderes do juiz e a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir).

Quanto à *Justificativa* do ora trabalho, reside em evidente constatação: o processo civil continua cientificamente preso a um paradigma científico ultrapassado. A transformação do Processo em Ciência buscou tornar o processo uma disciplina jurídica autônoma, com princípios e métodos próprios, capazes de libertá-la do jogo do direito material a que sempre estivera sujeito, fortalecendo a tendência para a uniformidade ritual através da consagração do procedimento ordinário, supondo-se que o direito processual, sendo, a partir de então, uma ciência – haveria de impor suas regras e princípios ao direito material, dobrando-o as suas exigências técnicas e a seus métodos. Ocorre que o processo tornou-se dual e foi cindido o Processo do Direito, vindo no processo tão somente um método para aplicação do Direito preexistente, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: todas estas virtudes da *ordinariedade* somadas naturalmente àquele pressuposto racionalista determinaram a submissão do juiz ao poder político e à redução da participação social à representatividade de governo.

No mesmo sentido, com a abertura constitucional do século XX, o processo foi “esquecido” em detrimento do solipsismo judicial, causado pela abertura interpretativa da constitucionalização do direito: o ativismo judicial se fortalece e “esquece” da existência do processo. Isto porque o Juiz passa a decidir “como ele bem entende”, sem se preocupar o processo e o debate processual. Este cenário, em que pese os traços de arbitrariedade, formou-se como reação de uma ciência processual despreparada aos novos



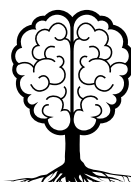


desafios da complexidade social. Institutos processuais como dispositivo, congruência, pedido, cerravam o processo no que é lei, inadmitindo o contexto que exasperasse a lei. Por isto, principalmente, muito os juízes “esqueceram-se” do Processo e recorreram à força da jurisdição, pela palavra da autoridade, realizando assim mais diversas interpretações sobre o direito. Por um lado, o fenômeno foi muito importante, uma vez que realizou uma ampla proteção a ameaça e lesão de direitos de vários; por outro, tratou-se de um movimento antidemocrático, pois legitimou a possibilidade de criação do direito sem que para tanto ocorresse uma mínima atmosfera democrática. *O poder despótico dos Juízes, reflexo do solipsismo, reverso ao objetivismo da lei, também não foi/é a solução para harmonizar complexidade social e direito.*

Assim, a justificativa do ora trabalho é premente, pois mudanças paradigmáticas apontam a superação de um modelo de Estado estatista, legalista, positivista, onde impera uma democracia formal, para um modelo consequência da globalização, onde é necessário o resgate da democracia participativa, por um modelo de divisão de poderes, onde não há cisão entre o público e o privado.

As mudanças paradigmáticas da ciência nos últimos séculos, impulsionada pelas complexidades de mundo que se abriram aos ramos científicos, revelam um necessário questionar sobre o modo como a ciência jurídica é considerada, pois é notório que a ciência do direito padece há muito tempo de males provenientes de um *pensar científico* ultrapassado, preso a velhos paradigmas ainda não superados.¹⁹ Um pensar jurídico que queira ser crítico e científico deve, por sua vez, estar atento a todos os fenômenos que confirmam o paradigma existente bem como aqueles fenômenos que desmentem o paradigma presente, com

¹⁹ “El desenvolvimiento tumultuoso y vertiginoso de nuevos hechos y problemas sociales, no sólo no previstos sino que ni siquiera sospechados antaño por el legislador, ha aumentado también en gran magnitud el número de casos en que el juez enfrenta con el problema de lagunas en el ordenamiento formulado.” (SICHES, 1973, p. 14).



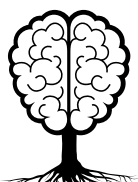


um sempre necessário aprofundamento filosófico.^{20,21} A discussão ganha importante relevo em um período de abertura democrática-participativa junto aos poderes do Estado.

Esta visão busca balancear processo e direito e supera a *cientifização* formar/racionalizante do direito processual, que acabou por culminar em um dualismo vazio do processo (direito e fato), buscando assim resgatar o lugar do juízo e a significativa importância do processo em tempos de complexidade social, na busca de tutelar devidamente o direito, através de uma proposta de ciência complexa. Uma visão unitária do ordenamento jurídico manifesta um resgate da importância do processo civil na jurisdição, pois ao juízo é reconhecido um importante papel na construção do direito no caso concreto, resgatando assim as particularidades do caso, que por muito foram deixadas de lado por uma tentativa de universalização da ação processual, que culminou em um esvaziamento da tutela do direito e numa significativa perda de atuação do juiz no processo, o qual ficou limitado simplesmente a dizer o direito, sem que pudesse, para tanto, *interpretar* ou *ordenar*, limitado a reproduzir a lei e a decidir, sem que sua decisão contivesse força.

²⁰ “De estos fenomenos contrastados, no es difícil tener un conocimiento empirico, pero, por supuesto, la dificultad esta en extraer una interpretacion significativa y en comprobar su respectiva importancia; en este sentido, una teoria del Derecho que quiera ser critica y, si es posible, cientifica, debe estar atenta tanto a los fenomenos que confirman el paradigma en marcha, como a los que lo desmienten (y que Khun llamaba “anomalías”). En forma opuesta a una “dogmatica” que no se pone en cuestion, que se atrinchera en sus postulados y multiplica las “hipotesis ad hoc” y los “obstaculos epistemológicos” (Bachelard) para no dejarse desestabilizar por las “anomalías”, una ciencia critica del Derecho toma en serio todo esto ultimo sin por ello desprenderse del paradigma dominante (para nosotros: estatista, legalista) a la menor dificultad. Esto no quiere decir por lo demas que yo pretenda inspirarme en una “teoria matemática del caos” o en una u otra variante de la física cuantica (que insiste en la doble cara de los fenomenos como la luz); a pesar de su seducción, esos prestamos no dejarían de ser superficiales, a falta de un dominio suficiente de esas teorías. El enriquecimiento interdisciplinar viene mas bien de las aportaciones de las ciencias humanas y sociales y de una profundizacion filosofica, siempre necesaria.” (ATIENZA, 2017, p. 387-413 e 397).

²¹ “Interpreto la función critica de la filosofia como la tarea de desocultamiento del proceso de producción histórico-social de aquellos conceptos que, como “núcleos sacralizados”, sostienen la dinámica de una época. Estos supuestos no son visibles, pero hacen posible lo visible. Constituyen, en términos de Cornelius Castoriadis, las significaciones irnaginarias social. Se trata de ver preguntas ahi donde se vejan respuestas evidentes: ciencia, técnica, racionalidad, humanismo, tales como son tales como continúan desarrollándose, constituyen precisamente la causa de los problemas delos que se supone son soluciones.” (REGNASCO, 2004, p. 19-20).



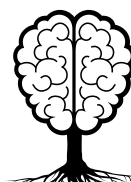


O direito objetivo aqui compreendido supera as teorias positivas e subjetivas do direito e aproxima-se da teoria hermenêutica, que desvelam o que é o direito por ser este uma construção inacabada, não atrelada ao passado somente, mas projetado no futuro frente às novas complexidades de mundo (crítica ao historicismo e tradição hermenêutica), cuja objetividade é alcançada pelos aportes carreados no processo civil, utilizando-se de teorias monistas e do debate processual para a possibilidade de criação do direito no caso concreto.

A *Metodologia* utilizada é a hermenêutica-fenomenológica, de forma a buscar uma aproximação do investigador com o próprio objeto de estudo. A hermenêutica fenomenológica, ao considerar uma ontologia em detrimento de uma epistemologia, quebrando assim o paradigma cartesiano, pois o pesquisador compreende o objeto na circularidade hermenêutica, compreendendo para interpretar, e não simplesmente assujeitando ou sendo objetificado pelo objeto.

Por esta nova visão de Processo, Ciência e Direito, que é erigida junto ao paradigma da complexidade, a distinção entre ciências naturais deixa de ter sentido e validade, pois assentada numa ideia mecanicista do mundo, com pressupostos calcados na evidência. Para um novo paradigma, o conhecimento agregado junto ao paradigma emergente é não-dualista, que se funda na superação entre natureza/cultura, natural/artificial, vivo/inanimado, subjetivo/objetivo, animal/pessoa. Para além da superação da distinção entre ciências naturais e sociais, vemos que o conteúdo teórico da ciência que mais progride na atualidade provém das ciências sociais, razão pela qual a superação da dicotomia ocorre sob a égide das ciências sociais, com o contributo dos diversos ramos científicos que enriquecem a pesquisa e não deixam que o pesquisador isole-se somente em sua ciência.

Por fim, pesquisar é provocar, e não dar respostas, de modo que o presente trabalho busca, humildemente, face às grandiosas discussões realizadas sobre o tema em questão, servir como contributo a futuros aprofundamentos desta pesquisadora.





2 PROCESSO CIVIL E A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA^{22,23}

“[...] el vínculo necesario entre sociedad y derecho implica el descubrimiento de la complejidad de este último. Espejo de la sociedad, refleja su estructura abigarrada, estratificada y diferenciada.” (GROSSI, 2003, p. 46).

“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.” (MORIN, 2005b, p. 81-84).

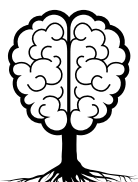
A complexidade do mundo²⁴ (apresentada pelos mais diversos fatores: a globalização, crença desmedida nos poderes da tecnologia²⁵) impulsiona como necessário o trânsito para outras formas de pensar (WARAT, 2004), modificando a racionalidade centrada na razão, que por muito empobreceu os ramos da ciência, dado que a linguagem da ciência

²² *“[...] paradigmas, principios ocultos que gobiernan nuestra visión de las cosas y del mundo sin que tengamos conciencia de ello.” (MORIN, 2005b, p. 28).*

²³ *“Desde el paradigma se decidirá que es real y qué no lo es, qué importa y qué no importa. Se autoarticula a partir de un proceso de retroalimentación argumentativa, y se organiza recursivamente a través de los discursos y sistemas que él genera. Cada paradigma encuentra infundados los argumentos del paradigma adversario pero, por su parte, depende y se sostiene por los argumentos que él mismo construye. Por lo tanto, necesita generar confirmaciones, pruebas, actualizaciones. Es el debilitamiento de este proceso lo que en definitiva crea las condiciones para una revolución paradigmática. Una revolución paradigmática significa una caída de nuestro universo, modifica los núcleos organizadores de la sociedad, de la civilización, de la cultura, por lo que suscita enormes resistencias. Pero, amurallado en su invisibilidad, el paradigma es invulnerable: no puede ser atacado directamente. Es preciso que haya grietas, erosiones, desmoronamientos en las teorías que segrega. Sólo cede cuando nuevas articulaciones paradigmáticas se organizan en una nueva visión del mundo y cobran la suficiente fuerza como para desplazarlo.” (REGNASCO, 2004, p. 30).*

²⁴ *“¿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, de 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, 2005b, p. 32).*

²⁵ *“La ambición tecnológica nos lleva a rigidizar el mundo para asegurar su efectividad, la disposición científica nos lleva a aceptar la fluidez de la existencia para asegurar su continua oportunidad.” (MATURANA, 1997, p. 136).*





traduz a complexidade significativa para uma complexidade conceitual; porém, quando logicamente ordenada, torna-se empobrecida.^{26,27}

Nosso tempo é de transitoriedade, considerada como relatividade em razão do ritmo, escala, natureza e o alcance da transformação social, que alçam tal magnitude que sucedem momentos de destruição e criação em uma velocidade frenética (SANTOS, 2005, p. 363-420 e p. 36). 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.^{28,29}

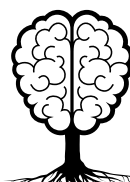
Isso se deve ao fato de que as últimas tendências da ciência e da filosofia foram baseadas na verificação e objetivação, o que estendeu-se à ciência jurídica, limitando e afetando, até o presente momento, o campo jurídico. Surge assim a ideia de representação, proveniente do símbolo; é a ideia de que qualquer coisa pode ser revelada pelo fato de já ser esperada.

²⁶ Warat (2009, p. 306).

²⁷ 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 “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 trans-local”, 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).

²⁸ ilva (1997, p. 203).

²⁹ “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, 2010a, p. 21-22).



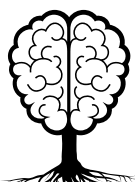


Assim, não é a base da experiência a ideia de exata representação da natureza, mas sim o projeto matemático. A purificação da ciência jurídica foi uma forma de “despolitizar” (“despotenciar”, “eufemizar”) a intervenção dos juristas e apresentar o veredicto jurídico como uma opção puramente técnica ou 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. Uma história jurídica formalista, erudita, alheia as questões sociais, políticas e ideológicas e apenas ocupada de eras remotas, promove seguramente uma imagem das Faculdades de Direito como templos da ciência, onde seriam formadas tais criaturas incorpóreas, para que os juízes apenas atuassem como árbitros (processo dualista) (HESPANHA, 2017, p. 40).

O direito acaba se movimentando dentro desta 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 passa em direção a outra visão do direito é advertir o caráter relativo da suposta neutralidade do direito, se afastando de uma visão neutra do direito, redutora da vida ao objeto, para que as coisas se desvelem como fenômenos.

Uma concepção ingênua do direito, do campo jurídico, por outro lado, observa-o apenas como um sistema de normas que assegura padrões mínimos que garantam a convivência, ignorando que o próprio direito cria os valores sobre os quais assegura a convivência. Por esta razão, o direito não pode ser visto como algo posto, estático, mas sim como atividade cultural e social criativa.³⁰ Deste modo, a crítica à ciência jurídica é possível quando desvela-se os encobrimentos discursivos e as privações

³⁰ Entidades como “pessoas” e “coisas”, “homem” e “mulher”, “contrato”, “Estado”, “soberania”, etc., não existiram antes de os juristas os terem imaginado, definido conceitualmente e traçado as suas consequências dogmáticas (HESPANHA, 2017, p. 3 e 99).





significativas gerada pela crença no positivismo jurídico, sendo esta a ainda *razão jurídica dominante*, proveniente do senso comum teórico dos juristas.^{31,32}

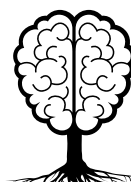
A expressão senso comum teórico dos juristas é a dimensão ideológica das verdades jurídicas, denotando as condições de produção e circulação de consumas das verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito. No cotidiano jurídico os juristas estão inundados por uma série de representações que governam os atos de decisão e enunciação que regulam o discurso jurídico, como uma paralinguagem, que busca de forma velada estabelecer a realidade jurídica dominante (WARAT, 1994, p. 13-15).

O Estado Moderno, ou Estado por representação política, é filosofia política inaugurada por Thomas Hobbes, para quem o soberano constituído equivaleria aos indivíduos, fundada numa vontade de preferir a vida à morte. O Estado de Direito somente formar-se-ia a partir da tripla relação vontade, medo e soberania (CINCA, 2018, p. 1-26 e p. 13-15). De acordo com o princípio de separação de poderes pensado por Montesquieu, os poderes deveriam respeitar-se mutuamente e não interferir na competência uns dos outros. Por esta razão “É preciso cruzar o Atlântico ou, na Europa, chegar quase aos nossos dias, para encontrar concepções de Estado e de direito que atribuam aos juizes um papel activo na criação do direito ou, inclusivamente, no controlo da legitimidade das leis.” (HESPANHA, 2017, p. 348).

Na modernidade, o saber se redimensiona exaltando a capacidade do conhecimento para promover transformações na natureza capaz de

³¹ Warat (2009, p. 321).

³² A procura obsessiva de um direito assegurador de situações jurídicas de dominação que, a cada dia, migram de grupos dominantes para novos grupos dominantes, num duelo vertiginoso que se faz por sucessão ou anexação de patrimônios na sociedade capitalista do século XX, agravou a autocracia de um formalismo jurídico, tecido de modo voluntariamente confuso, difuso e assistemático, com vestimentas e máscaras uniformizadoras e pseudocientíficas (forma pela forma e rito pelo rito) com vistas a preservar, pela fetichização ético moral dos ordenamentos jurídicos, os privilégios milenares dos grupos de comando econômico-social e pelo bloqueio do reconhecimento efetivo de direitos fundamentais pelo povo (LEAL, 2016, p. 34).



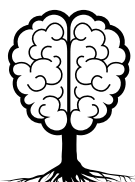


liberar a energia requerida pelo sistema econômico. O que prevalece é o ideal de controle, de poder, diferente dos predecessores gregos, que concebiam a relação do homem com o mundo em termos de participação na ordem racional do cosmos pela práxis. A frase grega dita por Protágoras “o homem é a medida de todas as coisas” muito se distancia do subjetivismo moderno, pois Protágoras permanece dentro da experiência fundamental grega do ente. O ego grego não é o ego cogito cartesiano, pois o homem não é o centro do re-presentar, mas enquanto e dado a participar da verdade como *aletheia*, como des-coberta do ser – ao mesmo tempo que o ser se revela, se oculta, o que denota que a finitude do homem restringe seu campo de inteligibilidade. O homem grego tem profunda noção dos seus próprios limites, já o moderno se situa no campo ilimitado da objetividade (REGNASCO, 2004, p. 76-79).

Até hoje os campos da ciência estão contidos em uma profunda especialização,³³ o que incide na formulação de leis sobre os fenômenos do mundo, assentado sobre a ideia que subsiste uma estabilidade, marcado pela previsibilidade.³⁴ Nos termos do que era posto por Newton, reflexo do paradigma cartesiano, as leis físicas e matemáticas eram capazes de explicar o mundo, como se fosse uma máquina. Ocorre que estas ideias não mais se sustentam na contemporaneidade, pois os últimos avanços científicos denotam que as leis tem um caráter probabilístico, aproximativo

³³ “Nuestros progresos en el campo del conocimiento están sometidos a la ley de la progresiva especialización, es decir, a una creciente dificultad en cuanto a la posibilidad de arribar a una síntesis. La acción del hombre, más exactamente, aplicación consciente de sus conocimientos y de su capacidad con el fin de conservar la salud o el equilibrio social, en especial la paz, carece -evidentemente- de una base científica unitaria.” (GADAMER, 2009, p. 23).

³⁴ “En la física clásica se podía medir todo, y conocerlo todo; uno de los elementos nuevos, revolucionarios, de la física del siglo XX es la restricción de esta visión demasiado simplista del universo [...] La evolución del universo no ha sido el la dirección de la degradación sino en la del aumento de la complejidad, con estructuras que aparecen progresivamente a cada nivel, de las estrellas y las galaxias a los sistemas biológicos [...] No podemos prever el porvenir de la vida, o de nuestra sociedad, o del universo. La lección del segundo principio es que este porvenir permanece abierto, ligado como está a procesos siempre nuevos de transformación y de aumento de la complejidad. Los desarrollos recientes de la termodinámica nos proponen por tanto un universo en el que el tiempo no es ni ilusión ni disipación, sino creación.” (PRIGOGINE, 2006, p. 37-38, 59, 97 e 98).





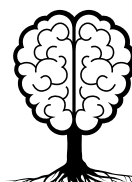
e provisório. A simplificação que traduz as leis é uma grosseira forma de externar a realidade e que reduz a riqueza do horizonte humano.³⁵

A modernidade significou um projeto de redução da complexidade humana, simplificando o panorama jurídico, dando-lhe caráter abstrato e artificial. A perda mais elementar foi da dimensão coletiva da sociedade, sufocada pela totalidade do Estado. Por esta razão, no centro do redescobrimento da complexidade do Direito é dar um novo papel à sociedade, redimensionado o valor do coletivo. Em que pese a palavra ordem ser rígida, implica também a transformação em Direito de toda a realidade social.; ou seja, a ordem, se transmite o sentido de rigor, se regula o mundo dos fatos, significa também respeito à complexidade social.³⁶

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 (ARNAUD, 2007, p. 54). O modelo de processo de conhecimento como processo declaratório, inserido dentro 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,

³⁵ “A formulacao das leis da natureza fundase na ideia de que os fenômenos observados independem de tudo excepto de um conjunto razoavelmente pequeno de condicoes (as condições iniciais) cuja interferencia e observada e medida. Esta ideia, reconhece-se hoje, obriga a separações grosseiras entre os fenomenos, separacoes que, alias, sao sempre provisórias e precarias uma vez que a verificacao da nao interferencia de certos factores e sempre produto de um conhecimento imperfeito, por mais perfeito que seja. As leis tem assim um caracter probabilistico, aproximativo e provisório, bem expresso no principio da falsificabilidade de Popper. Mas^acima de tudo, a simplicidade das leis constitui uma simplificacao arbitraria da realidade que nos confina a um horizonte minimo para alem do qual outros conhecimentos da natureza, provavelmente mais ricos e com mais interesse humano, ficam por conhecer.” (SANTOS, 2008, p. 30-31, 51-52 e 57).

³⁶ “Ordenamiento alude al acto de ordenar, de poner en orden y orden es noción valiosa al menos en un aspecto: se relaciona con la realidad inferior, la presupone en su onticidad si quiere conseguir el fin de ordenala y no de coartarla; en consecuencia, registra y respecta toda complejidad. Asumir el Derecho como ordenamiento tiene el intento de recuperar la complejidad, la compleja riqueza del ordenamiento jurídico.” (GROSSI, 2003, p. 49-54).



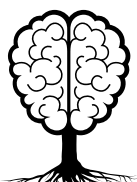


será o processo no qual vigora a “separação de poderes” como base de sua sustentação (SILVA, 1997, p. 117).

Em que pese a crítica ao paradigma moderno, não se ignora os importantes avanços democráticos que a ciência cartesiana aderiu a ciência do direito, pois de uma ciência metafísica passa-se a uma ciência calcada na investigação,³⁷ culminando no positivismo; entretanto, em tempos de complexidade, se faz necessário uma revisão desta forma de pensar para um novo pensamento não reduza os fenômenos a uma simplicidade. Por muito, o conhecimento científico se prestou a dissipar a complexidade dos fenômenos, com o fim de desvelar a ordem simples a qual obedecem. Entretanto, o complexo não pode ser reduzido a uma lei, a uma palavra; a complexidade aparece ali onde o modo simplificador do pensar falha.

É muito difícil pensar um fenômeno levando em consideração a sua natureza, não porque nossos prejuízos, interesses entram em jogo, mas porque não dispomos de meios para conceber a complexidade do problema. É necessário, portanto, evitar uma visão unidimensional dos fenômenos, sendo importante tomar consciência da natureza e das consequências que os paradigmas causam na desfiguração do real (MORIN, 2005b, p. 29). Hoje, começamos a enfim compreender que a crença na universalidade da razão oculta uma profunda racionalização, afastada de um *práxis* social, servindo apenas para controlar, sem consciência “*Hoy la razón debe cuestionarse a sí misma.*” (REGNASCO, 2004, p. 28).

³⁷ Desde que o ser e a aparência se divorciaram, quando já não se esperava que a verdade se apresentasse, se revelasse e se mostrasse ao olho mental do observador, surgiu uma verdadeira necessidade de buscar a verdade atrás de aparências enganosas. Realmente, nada merecia menos fé para quem quisesse adquirir conhecimento a aproximar-se da verdade que a observação passiva ou a mera contemplação. Para que tivesse certeza, o homem tinha que *verificar* e, para conhecer, tinha que agir. A certeza do conhecimento só podia ser atingida mediante dupla condição: primeiro, que o conhecimento se referisse apenas aquilo que o próprio homem tinha feito – de sorte que o ideal passava a ser o conhecimento matemático, no qual se lida apenas com entidades produzidas pela própria mente – e, segundo, que o conhecimento fosse de tal natureza que só pudesse ser verificado mediante ação adicional. Desde então a verdade científica e a verdade filosófica separaram-se de vez: a verdade científica não só não precisa ser eterna, como não precisa sequer ser compreensível ou adequada ao raciocínio humano. Muitas gerações de cientistas foram necessárias antes que a mente humana desenvolvesse suficiente ousadia para encarar frontalmente esta inovação da modernidade (ARENDDT, 2007, p. 284-291).





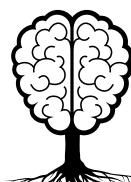
O direito é que nem as demais ciências, no sentido que uma solução que se acredita ter encontrado a um caso é sempre uma hipótese que pode ser posteriormente invalidada, ou não. Não há regras prévias das quais é possível deduzir uma solução, nem tampouco regras empíricas para deduzir uma solução. Porém, não se deve ter na incerteza da ciência um ídolo. A questão é que a opinião equivocada de que a ciência se assenta na sua pretensão de ter razão é quebrada (razão ocidental) por uma visão de que o homem da ciência não possui o conhecimento da verdade, senão está constantemente se indagando por matrizes críticas sobre a solução. É uma incertidão “criativa”, que obriga ao homem incansavelmente buscar uma solução melhor, sempre provisória.³⁸

A cisão artificiosa entre ciência natural e social, como denunciam Latour (1994) e Santos (2008), deixa de ter sentido e validade, pois assentada numa ideia mecanicista do mundo, com pressupostos calcados na evidência. Para um novo paradigma não é possível fazer distinções (humano e não humano, orgânico e inorgânico, natureza e cultura, subjetivo e objetivo): o desenvolvimento tecnológico demonstrou a face da separação entre sujeito e objeto pela imensa exploração e males à natureza, de modo que o desconforto frente à cisão sujeito/objeto surte efeitos, tal como sempre surtiu nas ciências sociais. O objeto nada mais é do que a continuação do sujeito, pois o ato criador científico nada mais é do que o reflexo da comunidade científica, onde está absorvida também por pressupostos metafísicos como parte integrante.³⁹

Essa separação operada entre filosofia e ciência, dualidade sujeito e objeto, acaba por privar a ciência de toda a possibilidade reflexionar sobre si mesma, cindindo a ciência em três grandes campos: a física, a biologia e a ciência do homem. Para remediar esse cenário, o paradigma

³⁸ “Debe recordarse que el derecho es una ciencia de problemas singulares y concretos y que los principios de valoración y de orden que se extraen de la ley son siempre descubiertos y contrastados en una problemática concreta.” (GORDILLO, 2000, p. III-29).

³⁹ A ciência do paradigma emergente é mais contemplativa do que activa. A qualidade do conhecimento afere-se menos pelo que ele controla ou faz funcionar no mundo exterior do que pela satisfação pessoal que dá a quem a ele acede e o partilha (SANTOS, 2008, p. 80-86).



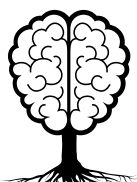


da simplificação foi então aderido, instituindo a redução do complexo ao simples através da fragmentação do objeto de estudo, operada pela dedução, geradora de uma certeza indubitável. A maior tragédia do Direito continental moderno foi ser identificado com a dimensão patológica da convivência civil, como um mecanismo ligado à violação da ordem constituída. O Direito na modernidade foi tido como uma operação geométrica de extrema redução, reduzindo o cenário de um mundo de sujeitos para indivíduos públicos e privados.

O tradicional modelo de política não podem explicar fenômenos como a corrupção e anomia social, distorcendo axiomas como vontade geral e democracia deliberativa. Essa política-representativa se deve na falência da ideia de um governo de súditos, daqueles que devem ser governados, por estar construído sobre uma dimensão descendente da soberania o autoridade política.⁴⁰ Bauman aponta como se instaurou, por meio de um processo continuado de atomização e individualização da sociedade, uma liquefação dos valores, fruto de um indiferentismo moral que permitiu estabelecer formas despóticas de poder, o que acarreta numa revalorização da tópica jurídica e da teoria da argumentação. Para contornar essa situação que castiga o homem e sua capacidade de reflexão, seria necessário uma vigília e crítica contra o senso comum, disseminada pela mídia e pelos códigos, de modo a restaurar as complexidades da realidade, dos valores sociais conflituais vigentes em uma sociedade (HESPANHA, 2017, p. 477).

Uma das críticas que recebe a dogmática jurídica na atualidade é a incapacidade para perceber as incessantes mudanças sociais, assim como da estrutura aberta e flexível do ordenamento jurídico “*Aunque las leyes no cambien, su conceptualización e interpretación científica pueden cambiar,*

⁴⁰ “Sin embargo, todas esas respuestas admiten un denominador común: el poder político sólo podría ser ejercido dentro de los límites de un Estado de Derecho, y de un Estado de Derecho entendido más bien desde la perspectiva del súbdito, es decir, de quien tiene interés en limitar el poder, y no del gobernante, que es quien realmente lo ejerce. Esto es lo realmente significativo, y en torno a este tema central, no siempre visto con la suficiente claridad, orbita la presente investigación.” (CINCA, 2018, p. 1-26 e p. 4-7).



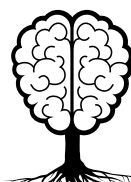


al cambiar sus destinatarios y las perspectiva de la interpretación.” (LOPEZ, 1994, p. 58). A ciência mais atual fala assim de um paradigma científico emergente, ocasionado por uma série de avanços científicos presenciados a partir do século passado, como a Teoria de Einstein, a Microfísica, o Teorema da Incompletude e os avanços na Biologia e na Química (MORIN, 2005a, p. 40-41; SANTOS, 2008, p. 41-48).

A instituição do Estado, tal como construída pela teoria liberal, desaparece na contemporaneidade. A igualdade com objetivo político é confrontada pelas pretensões de defesa das diferenças; os interesses gerais cedem aos corporativistas/particulares; o império da lei é atacado, seja pela aferição de cada caso pelo juiz como pela negociação. Deste modo, a política até então perpetrada, fundada numa separação entre sociedade política e civil, pela distinção da natureza de poderes e a identificação do direito com a lei (HESPANHA, 2017, p. 50-51). A ideia de separação de poderes vem em detrimento da ideia de divisão dos poderes ressignificar princípios como a cooperação/colaboração.⁴¹

Em uma sociedade complexa como a que se vive hoje, fruto da globalização que invade todas as searas do cotidiano, o direito apartado da sociedade já não protege mais toda dimensão agregada pelos direitos fundamentais e humanos, assim como das novas complexidades que as relações intersubjetivas criam. O Processo Civil, pela proposta, ocupa um lugar especial para o direito (seu lugar originário), reflexo dos avanços na ciência processual para um paradigma da complexidade e pela superação do paradigma moderno. Passa-se de uma relação entre Estado e Constituição para uma entre Sociedade e Constituição. A Constituição não deve se preocupar em separar os poderes do Estado, mas sim preocupar-se em separar os poderes da sociedade, como o religioso do político, o midiático

⁴¹ “L’idea originaria della separazione dei poteri assume quindi un significato differente: essa s’intenderà come una separazione dei poteri meno rigida regolata da un’attitudine di cooperazione e di auto-limitazione (l’autocontrollo). Occorrerà quindi, nel pieno esercizio dei loro poteri, non compromettere gli interessi essenziali e la flessibilità d’azione degli altri poteri. Dovremo quindi evitare questi ‘colpi di diritto’, intesi come atti unilaterali che mettono i giocatori della rete davanti al fatto compiuto o che impediscono un minimo di iniziativa necessaria per esercitare la propria missione.” (OST, 2013, p. 701-727 e 718).





do financeiro, o econômico do judiciário, dentre outros (ROUSSEAU, 2010, p. 33-34).

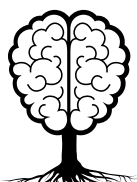
Pela globalização os Estados já não mais exercem a mesma influência que antes exerciam. Para responder a isto, o movimento do direito atual se aproxima da política a partir da ideia que o direito e a justiça são questões eminentemente políticas. Há uma razão cultural para pensar essa aproximação. A sociedade atual se encontra em um período de transformação do mundo social e de mudança da regulação política, efeito sentido principalmente em razão da globalização, processo de individualização, pluralização social, que ocorrem em um contexto de ampliação/criação dos direitos fundamentais e descoberta de novas formas de mobilização (COMMAILE, 2010, p. 695-713 e p. 695-696), dentre as quais destaca-se o processo civil.

Os direitos possuem uma dimensão simbólica associado como instrumento político de recurso à justiça e como suporte para mobilizações sociais. Esse pensamento funciona como a passagem do direito aos direitos, e expressa a importância da dimensão simbólica do direito como elemento da política (COMMAILE, 2010, p. 695-713 e 698).

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:

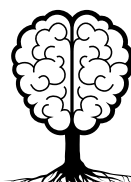
[...] complexo normativo constitucionalizado e garantidor dos direitos fundamentais da ampla defesa, contraditório e isonomia das partes e como mecanismo legal de controle da atividade do órgão-jurisdicional (juiz) que não mais está autorizado a utilizar o processo como método, meio ou mera exteriorização instrumental do exercício do seu saber decisório. (LEAL, 2016, p. 53).

Segundo o que preleciona Damaska (1986, p. 123), a função do Estado, a organização do aparato estatal e de seus poderes junto à sociedade, é determinante na forma com a qual exerce influência sobre





o processo justo. O Estado, desta forma, é confrontado com novos dados que modificam o contexto de sua ação, principalmente em decorrência da globalização (CHEVALLIER, 2009, p. 23). Por esta razão, explorar o paradigma da complexidade possibilita uma nova visão do que hoje se manifesta como social e da forma como hoje é feita a ciência, a fim de que este estudo possa ser fértil para a ciência jurídica agregar a sua construção elementos do período hoje vivenciado, que recobra do jurista uma revisão do paradigma da ciência jurídica até então considerado pelas razões que abaixo serão melhor trabalhadas no correr desta monografia.





3 O PARADIGMA DA SIMPLIFICAÇÃO/CARTESIANO-MATEMÁTICO NO PROCESSO CIVIL E NO DIREITO: DEMOCRACIA SÓLIDA, DUALISMO PROCESSUAL E ACENTUAÇÃO DO FORMALISMO

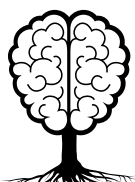
O paradigma moderno é um conhecimento desencantado e triste, que transforma a natureza em um automata. (MORIN, 2005b, p. 31-32).

Subjazia no direito pré-moderno uma pluralidade de fontes – império, igrejas, comunas, corporações – e nenhuma destas expressões possuía o monopólio da jurisdição e da produção normativa. Nesta época, o direito estava ligado ao fundamento jusnaturalista da norma, base da racionalidade romana de direito. Entretanto, para que a configuração da modernidade ocorresse, erigiu-se uma grande mitologia jurídica, pois a ilustração político-jurídica tem necessidade do mito, pois o absoluto se desvanece na modernidade, criando um vazio perigoso para a manutenção de ordem na sociedade civil. As novas ideologias erigidas, sejam econômicas, políticas ou jurídicas, dão suporte à construção acima delineada, concebendo-se a idade moderna como a *idade da mitologia jurídica*, constringindo-se a um rígido horizonte ao direito, calcada na visão potestativa, sua estatalidade, sua legalidade sobre o insígnia da norma, mandato autoritário do investido de poder.^{42,43}

Em uma primeira fase nos séculos XVII e XIX, a jurisdição era fragmentada em uma série de órgãos que exerciam função jurisdicional,

⁴² ⁴⁵ Grossi (2003, p. 39-42 e 53).

⁴³ ⁴⁶ Mais concretamente, o modelo estatal se construirá progressivamente na Europa no fim do feudalismo. O Estado é, portanto, um fenômeno recente, que prosperou com a ajuda de um conjunto de mutações econômicas (o desenvolvimento das relações de mercado), sociais (a decomposição das estruturas feudais), políticas (a vontade de dominação dos príncipes), ideológicas (o individualismo, a secularização, o racionalismo): se as condições propícias à edificação do Estado e, notadamente, a estabilização do mapa territorial da Europa, foram colocadas a partir do século XI, será necessário aguardar o surgimento do absolutismo para que as entidades estatais se criem, antes que o desenvolvimento do liberalismo venha definir a sua configuração e fixar os termos de suas relações com a sociedade (CHEVALLIER, 2009, p. 25-26).



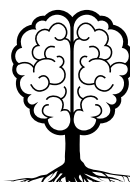


o que foi, aos poucos, substituído pela ideia de soberania nacional, desmantelando-se jurisdições fragmentárias após as revoluções, para se evitar o privilégio de clássicos. O axioma da jurisdição estatal soberana era a estatalidade do processo e a ideia de um juiz funcionário do Estado, por se tratar de uma atividade pública.⁴⁴ O funcionário era obrigado a respeitar a regra de processo fixada pelo legislador soberano, que detinha tanto o monopólio processual como material (PICARDI, 2011, p. 43-78 e p. 49-55).

A nova organização sócio-política erige o conceito de Estado e Soberania e tornar-se-ia democrática, em detrimento da organização estamental, fundando-se sobre a representatividade por excelência com o fito de expressar a vontade geral da nação. A organização é hábil ao esconder a monoclasse e a série de filtros que afasta a sociedade da política, dando exclusividade à forma elitista de representatividade. A maior tragédia do direito continental moderno foi ser identificado com a dimensão patológica da convivência civil, como um mecanismo ligado à violação da ordem constituída. Por estas razões o direito na modernidade foi tido como uma operação geométrica de extrema redução, reduzindo o cenário de um mundo de sujeitos para um mundo de indivíduos públicos e privados (GROSSI, 2003, p. 43-46).

A lei no seu sentido ontológico é paulatinamente reduzido ao *ius* e, na sequência, posto sobre uma ideia moderna de lei. A lei passa a valer por ser lei, por ser um mandamento, e por nada mais, reduzindo o outrora pluralista ordenamento do direito pré-moderno. Mais tarde, esta lei será reforçada pelo adjetivo *democrático*, graças à afirmada (mas nunca comprovada, aporta-se) coincidência entre vontade legislativa e vontade geral. O direito, visto até então como fruto da experiência da vida de uma comunidade, expressando assim soluções equitativas às relações, sofre uma profunda alteração “*El drama del mundo moderno consistirá em*

⁴⁴ O autor explica que o Estado Moderno é percebido enquanto sociedade civil, recobrando esferas das atividades privadas e dos interesses particulares, sendo a expressão do interesse geral, buscando a integração e união de uma sociedade que, sem o Estado como intermediador, teria como destino a desordem e desorganização (CHEVALLIER, 2009, p. 24).





la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mal o inicua, como decíamos al principio” dando início a até hoje observada ruptura entre direito e sociedade civil.⁴⁵

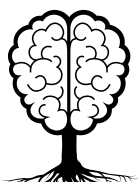
A filosofia moderna, responsável por esta transição de um pensar pré-moderno ao moderno, é atravessada pelo método, cujo rigor desta expressão é o positivismo científico,⁴⁶ modo de pensar inaugurado por Copérnico, que tem como base o domínio das ciências naturais (SANTOS, 2008, p. 21). O homem passa a preocupar-se com o problema do limite e das diversidade do conhecimento, antes de se indagar sobre o *ser*,^{47,48} e o instrumento privilegiado de análise científica é a lógica/matemática da investigação: tanto Galileu como Einstein concordam que a natureza está inscrita em caracteres geométricos. Conhecer seria quantificar para prever comportamentos futuros dos fenômenos, rigor científico expressado pela medição, e tudo aquilo que não fosse quantificável, era irrelevante; o método buscava reduzir a complexidade pela divisão e classificação. O resultado dessa operação, tinha-se, poderia ser produzido independentemente do lugar e do tempo em que se realizarem as condições iniciais (invariância, princípio da física clássica) (SANTOS, 2008, p. 27-29).

⁴⁵ *“La gran operación que se consolida en Francia a finales de siglo XVIII y que tiende de manera paroxística a reducir el derecho a la ley, tiene varios significados, pero existe uno sobre el que la apologética liberal siempre ha pasado de largo y sobre el que, por el contrario, conviene detenerse por su incisiva influencia sobre los sucesos futuros: se tenía plena conciencia de la enorme relevancia del derecho, de todo el derecho, obviamente – en una cultura burguesa tan atenta a la esfera patrimonial – también del derecho privado; por ello, se vinculaba estrechamente, casi indisolublemente, derecho y poder; en consecuencia, el derecho, que a lo largo de la civilización medieval había sido dimensión de la sociedad y por ello manifestación primera de toda una civilización, se convierte en dimensión del poder y queda marcado íntimamente por el poder. En otras palabras se agrava la dimensión autoritaria de lo jurídico, agravándose además su alarmante separación de la sociedad.”* (GROSSI, 2003, p. 31-37 e 44).

⁴⁶ *“En efecto, la ciencia occidental se fundó sobre la eliminación positivista del sujeto a partir de la idea de que los objetos, al existir independientemente del sujeto, podían ser observados y explicados en tanto tales. La idea de universo de hechos objetivos, liberados de todo juicio de valor, de toda deformación subjetiva, gracias al método experimental y a los procedimientos de verificación, ha permitido el desarrollo prodigioso de la ciencia moderna.”* (MORIN, 2005b, p. 65).

⁴⁷ Reale (2002, p. 45-48).

⁴⁸ *“La pregunta por el Ser, la filosofía, es así un saber inútil, pues a diferencia de los conocimientos técnicos o económicos no puede aplicarse a los objetos para obtener un beneficio, y es además un saber inactual, pues en vez de ocuparse de asuntos que encuentran una resonancia inmediata en su momento correspondiente se proyecta más allá de ese momento presente hacia el futuro como posibilidad desde la reminiscencia de un pasado como origen al que se tiene que regresar.”* (DÍAZ, 2006, p. 82).





Junto ao positivismo, o racionalismo francês^{49,52} e o empirismo inglês representam os métodos científicos à época e, mesmo com orientações diversas, ambos denotam a mesma preocupação com o problema relativo às bases de um conhecimento certo, conectando a natureza às leis descobertas pelo método do espírito humano.^{50,53,5154}

Por esta razão, Hobbes refunda o Direito com base na legalidade,^{52,53} sua base axiológica. Nasce assim a produção legislativa da norma como condição de validade e existência. A norma não é válida porque é racional ou justa, mas porque é posta por aquele que possui legitimidade. Com o princípio da legalidade, a ciência jurídica se torna uma ciência explicativa de um objeto. O que estava em jogo são possibilidades de a ação humana modificar o sistema natural e construir a realidade política. Essa ação requer previsão dos acontecimentos, baseadas sobre leis estáveis.⁵⁴ O

⁴⁹ “El racionalismo surgió como la tradición filosófica dominante en Europa durante los siglos XVII y XVIII. Sus tres más famosos representantes fueron Descartes (1596-1650), Leibniz (1646-1716) y Spinoza (1632-1677) [...] Lo que distingue al racionalismo es una profunda confianza en la razón como instrumento para descubrir los procesos que operan en la naturaleza.” (BECHTEL, 1991, p. 9).

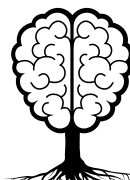
⁵⁰ Reale (2002, p. 45-48).

⁵¹ O homem moderno não entende o quanto o seu “racionalismo” (que lhe destruiu a capacidade para reagir a idéias e símbolos numinosos) o deixou à mercê do “submundo” psíquico. Libertou-se das “superstições” (ou pelo menos pensa tê-lo feito), mas neste processo perdeu seus valores espirituais em escala positivamente alarmante. Suas tradições morais e espirituais desintegraram-se e, por isto, paga agora um alto preço em termos de desorientação e dissociação universais (JUNG, 1964, p. 94).

⁵² ⁵⁵ “La primera revolución en la historia de la modernidad jurídica, la que tuvo lugar con el nacimiento del derecho moderno, se había expresado con la afirmación del principio de legalidad y, con él, de la omnipotencia del legislador.” (FERRAJOLI, 2008, p. 209-210).

⁵³ ⁵⁶ O positivismo jurídico nada mais é do que uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do direito. Imaginou -se, sob o rótulo de positivismo jurídico, que seria possível criar uma ciência jurídica a partir dos métodos das ciências naturais, basicamente da objetividade da observação e da experimentação. Se o investigador das ciências naturais pode realizar experimentos com base em procedimentos lógicos até concluir a respeito da verdade ou da falsidade de uma proposição, supôs -se que a tarefa do jurista poderia ser submetida a essa mesma lógica. Nessa linha, os juristas sempre chegariam a um resultado correto ou falso na descrição do direito positivo, como se físicos ou químicos fossem. A mera observação e descrição da norma constituem o ponto caracterizador do positivismo jurídico, que dessa forma pode ser visto como uma ciência cognoscitiva ou explicativa de um objeto, isto é, da norma positivada. Por constituir explicação da norma, o positivismo difere nitidamente da atividade de produção do direito, ou da atividade normativa, pois a tarefa do jurista positivista é completamente autônoma em relação à atividade de produção do direito, sendo simplesmente *descritiva*, ao contrário do que acontecia à época em que a atividade da jurisprudência e dos doutores criava o direito (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 19).

⁵⁴ “Por fim, a ideia de reunir as leis em códigos sistematizados e duradouros, correspondia também a essa ideia de aquele “caso do direito” que agora se codificava constituía o núcleo normativo, perene e consensual, da vida em sociedade. *Estadualismo* (i.e., identificação da ordem social com a ordem



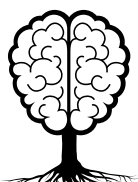


homem deixa o estado de natureza e passa de ser de quem possui direitos e deveres (chegando ao ápice com Kelsen) (SILVA, 1997, p. 122-125).

Pode-se dizer, então, que a doutrina de Hobbes exerceu contribuição decisiva para a sustentação do conceito *clássico romano de jurisdição*. Posteriormente, exerce forte influência Leibniz (1646), cuja contribuição é de igual importância para o pensamento jurídico moderno. Leibniz, ao contrário de Hobbes, mantém uma visão otimista do mundo, com vertente no racionalismo, através da sustentação de uma ciência do direito com precisa exatidão e demonstrabilidade pela criação do “mundo jurídico”. As acepções da metafísica, moral e da ciência natural do direito, assim, seriam tão bem calculadas quanto a matemática. No mundo jurídico (como assevera Pontes de Miranda, que tem grande influência de Leibniz) o direito é consagrado como uma ciência generalizante, uma ciência das verdades eternas, marcada pela fuga do mundo empírico. Em suma, Leibniz transfere a ciência do Direito, que desde Aristóteles foi tida como forma de conhecimento dialético e retórico, para o domínio daquelas ciências que prescindem de experiência (SILVA, 1997, p. 122-125).

Descartes (ANGEL-MAYA, 2014, p. 82; CAPRA, 2000, p. 23-24; VARELA; THOMPSON; ROSCH, 1997, p. 169-170 e p. 171-172), precursor do racionalismo francês, opera um saber onde a natureza é passiva e o homem se torna “o senhor e o possuidor da natureza” através da observação descomprometida, livre e sistemática dos fenômenos naturais (SANTOS, 2008, p. 25), a natureza teria um desenho lógico e inteligente a ser descoberto pelo homem (BECHTEL, 1991, p. 9; GALIMBERTI, 2002, p. 354-355). Descartes opõe-se ao solipsismo, estabelecendo ideias para o positivismo, porém, vai inequivocamente das ideias para as coisas e não

estadual), certeza e previsibilidade do direito (i.e., legislação abstracta) e, finalmente, a fixidez e permanência de um núcleo fundamental de princípios jurídicos (i.e., codificação), vão, assim, de braco dado, permitir a efectivação e a estabilização dos novos arranjos sociais, políticos e jurídicos. Os cem anos que decorrem entre 1750 e 1850 correspondem ao período de instalação de uma nova ordem política e jurídica, a que se costuma chamar liberalismo. No plano do direito, realizam-se então os seus pressupostos estratégicos – instauração, por meios legislativos, de um novo paradigma de organização política (o Estado liberal-representativo) e de organização social (“liberalismo proprietário”, i.e., identificação da propriedade como condição de liberdade e, logo, de cidadania activa), que a própria lei ira desenvolvendo nos seus detalhes institucionais.” (HESPANHA, 2017, p. 341).





das coisas para as ideias e estabelece a prioridade da metafísica enquanto fundamento último da ciência (SANTOS, 2008, p. 26).

De outro lado, o solipsismo surge de um rechaço ao realismo, para o qual subsiste o mundo externo independente da observação e gerador dos dados sociais, por onde correlacionam-se dados sensoriais de diferentes indivíduos.^{55,58,56,59} O solipsismo, constata que toda percepção do mundo externo está no mundo interno e privado de nossa mente em forma de dados sensoriais. O mundo externo, deste modo, não existe, mas é apenas uma construção mental, chegando a um rigorismo lógico. Deste modo, solipsismo,⁵⁷ realismo e idealismo (*minha mente existe e nego que todo o resto exista*) são doutrinas metafísicas. Como reação a essas doutrinas, o positivismo centra-se no mundo externo e objetivo (*minha mente existe e não tem sentido dizer que todo o resto exista*). A diferença entre ambas as vertentes, porém, como visto, acaba sendo nula.⁵⁸

Através do método positivista, dá-se particular importância ao conhecimento científico, afastando-se assim da metafísica e trocando a circularidade pela linearidade do progresso humano (CRUZ, 2016, p. 10), marcando o início de uma tradição de evoluções científicas.⁵⁹ O

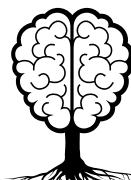
⁵⁵ ⁵⁸ De La Torre (2008, p. 48).

⁵⁶ ⁵⁹ “El movimiento realista norteamericana ha llevado a cabo la más demoledora crítica de la concepción mecánica de la función judicial, esto es, de aquella boba doctrina que explicaba la sentencia como un silogismo. [...] Entre esas críticas hay que destacar las dirigidas muy ciertamente contra la doctrina de la sentencia como un silogismo, y contra el indebido uso de la lógica tradicional en la función de hacer justicia.” (SICHES, 2008, p. 639).

⁵⁷ “El solipsismo surge de la constatación, que nosotros mismos hemos hecho anteriormente, de que toda percepción del mundo externo está en el mundo interno y privado de nuestra mente en forma de datos sensoriales. A partir de allí, se decide que el mundo externo no existe y que todo lo que llamamos de ese modo no es más que una construcción mental. Significa, entonces, que el lector de este libro es solipsista si niega que todo lo que lo rodea existe, incluidos los otros lectores y el autor. [...] El solipsismo es una demencia perfectamente lógica. Esto nos lleva a constatar que el rigor lógico no es un criterio suficiente de verdad para una doctrina, aunque, por supuesto, toda ideología que pretenda ser verdadera debe ser impecable en su argumentación lógica.” (DE LA TORRE, 2008, p. 48-49).

⁵⁸ “Comte (1798-1857), propuso entonces, depurar la filosofía de toda la metafísica limitándose a frases “positivas” de demostrada validez. [...] El positivismo impone la limitación de formular exclusivamente frases con sentido, que son aquellas para las cuales existe un procedimiento que las verifique o refute. Afirmar o negar la existencia del mundo externo es una pseudofrase.” (DE LA TORRE, 2008, p. 49-50).

⁵⁹ “Así, evolucionan, transformase e andan en progreso, como expone que: Las teorías de Kepler y Galileo fueron unificadas y superadas por la teoría de Newton, lógicamente más fuerte y más testable; algo semejante ocurrió con las teorías de Fresnel y de Faraday, superadas por la de Maxwell. Las teorías de Newton y de Maxwell, a su vez, fueron unificadas y superadas por la de Einstein. En todos estos casos la línea que siguió el progreso fue hacia una teoría más informativa, y, por lo tanto, lógicamente





positivismo, assim, é uma opção ao realismo e ao solipsismo, na busca da depuração metafísica almejada: propõe-se a formulação apenas de frases que sejam passíveis de verificação e refutação.⁶⁰ Ocorre que o positivismo esquece o ser, vendo nas disciplinas como filosofia, ética, manifestação de puras emoções, tratando-as como disciplinas psicológicas, pois seriam indagações metafísicas sobre as quais não se pode perquirir a verdade, uma vez que a verdade somente estaria presente em enunciados lógicos. A filosofia é subordinada as necessidades do saber científico positivo, sendo tida como metodologia da ciência ou teoria da ciência (REALE, 2002, p. 14-18).

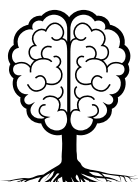
O rigor científico positivo, porque fundado em um rigor matemático, quantifica e desqualifica, objetualiza os fenômenos, afirma a personalidade do cientista e destrói a personalidade da natureza. Os limites da compreensão humanas são reprimidos (SANTOS, 2008, p. 54). A Ciência Moderna, por esta razão, é quantitativa e destrói a personalidade da natureza e afirma a do cientista, não estabelecendo comunicação, interiorizando o sujeito à custa da exteriorização do objeto.⁶¹

Este espírito atingiu o saber jurídico no século XIX e buscou reorganizar o saber jurídico, que até então estava posto sob uma incerteza e confusão do direito tradicional. Entretanto, o significado de “positivo” foi entendido de diversas formas para as variadas escolas. Para alguns,

menos probable, hacia una teoría que era más severamente testable porque hacia predicciones que, en un sentido puramente lógico, eran más fácilmente refutables.” (POPPER, 1980b, p. 269).

⁶⁰ “El solipsista dice: ‘mi mente existe y niego que todo el resto exista.’ El positivista dice: ‘mi mente existe y no tiene sentido decir que todo el resto exista.’ La diferencia es ínfima, si no Nula. [...] Esto significa que, entre un físico clásico realista y un físico clásico positivista, es posible establecer un pacto de no agresión, por el cual el realista asignará un contenido objetivo, en el sistema físico, a todas las referencias experimentales subjetivas que haga el positivista, y éste traducirá todas las frases ‘sin sentido’ de aquél en un posible resultado de una observación. Em otras palabras, ambos discursos son equivalentes, porque para todo conjunto de propiedades – reales y objetivas, según el realista – asignadas al sistema físico clásico, existe siempre un experimento que permite medirlas simultaneamente con cualquier precisión deseada. (Un matemático diría que hay un isomorfismo entre los dos discursos).” (DE LA TORRE, 2008, p. 49-53).

⁶¹ Partindo da distinção radical entre proposições verificáveis (e como tais dotadas de sentido) e proposições inverificáveis (e como tais destituídas de sentido) acabam, no entanto, excluindo sumariamente da Filosofia problemas que lhe são essenciais, ficando tudo subordinado aos horizontes do conhecimento científico-positivo. Daí resultarem afastados do domínio científico ou filosófico, na maioria desses autores, não só a Metafísica e a Axiologia, como também a Moral e o Direito, tal como teremos a oportunidade de examinar no decurso deste livro (REALE, 2002, p. 14-18).



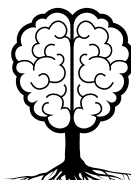


significa apenas lei, para outros o direito plasmado na vida ou no espírito do povo que se objetificava nas formas quotidianas observáveis, assim como o estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgida na metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Por estas várias concepções, o saber jurídico escaparia do império da lei positiva ou do subjetivismo do doutrinarismo jus-teológico, afastando a recusa de moralismos, que não teria lugar na ciência jurídica (HESPANHA, 2017, p. 373-375).

Essa racionalidade científica que se forma e culmina com o positivismo é *totalitária*, pois somente são tidas como racionais as ciências que se adequam aos seus princípios epistemológicos e regras metodológicas (SANTOS, 2008, p. 22). Trata-se de uma epistemologia – cunhada como *razão fechada* ou *paradigma cartesiano-mecanicista* (MORIN, 2005a, p. 167-168) da visão do mundo e da vida, onde opera a desconfiança da evidência da experiência imediata (SANTOS, 2008, p. 24). Na ciência moderna, de cunho cartesiano-mecanicista, o conhecimento avança pela *especialização* de modo que é tanto mais rigoroso quanto mais restrito é o objeto sobre que incide, seu rigor aumenta na proporção direta da arbitrariedade om que esparrilha o real.^{62,63}

⁶² Santos (2008, p. 7).

⁶³ Quadro teórico do positivismo clássico de Oitocentos, que forneceu os pressupostos gerais para as teorias de Mortara, Chiovenda, Carnelutti e de Calamandrei sobre o conceito de jurisdição, em qualquer de suas três vertentes mais conhecidas – a *École de l'Exégèse* francesa, a *Begriffsjurisprudenz* alemã e a *analytical jurisprudence* inglesa – pode ser traçado em suas linhas gerais a partir de dez ideias básicas. A uma, o direito era visto desde uma perspectiva *imperativista*, isto é, o direito seria basicamente um conjunto de comandos e de vedações. A duas, era visto como um *sistema*, como algo necessariamente dotado de *plenitude*, isto é, um todo ordenado, completo e coerente. A três, era visto como uma ciência, nos mesmos moldes das ciências da natureza, sendo o discurso jurídico *avalorativo*. A quatro, era encarado como algo *artificial*, vale dizer, tão somente como um produto da convivência social. A cinco, como um sistema artificial de imperativos cuja eficácia depende invariavelmente do uso da força, sendo direito apenas aquilo que pode ser *sancionado coercitivamente*. A seis, diante do seu caráter necessariamente sancionatório, o direito era visto como algo sempre ligado ao Estado – *estatalismo* jurídico –, na medida em que apenas o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força. A sete, por ser necessariamente de origem estatal, o direito sempre deveria ser veiculado pela *legislação*, sendo a lei a fonte exclusiva ou ao menos preponderante de todas as manifestações do direito. A oito, sendo o direito artificial e estando a sua validade ligada tão somente à sua *origem* e à *forma* com que exteriorizado – *formalismo* jurídico –, esse teria uma moralidade contingente, não sendo a assunção de determinada moral condição de validade do discurso jurídico. A nove, pressupondo -se a norma como algo pré -existente à atividade interpretativa do juiz, o positivismo clássico enxergava na interpretação uma *atividade puramente cognitiva*, cujo objetivo estava em declarar o correto significado da norma. A dez, por





A esse paradigma, importante ressaltar, pode ser reconhecida a democratização da Ciência noutras épocas, bem como enormes progressos no campo científico e filosófico; porém, sua nocividade passa a refletir na medida em que se adentra no século XX, momento em que se torna uma *inteligência cega*.⁶⁴ A ciência moderna consagrou o homem enquanto sujeito epistêmico mas expulsou-o enquanto sujeito empírico, pois um conhecimento objetivo, factual e rigoroso não tolerava a interferência dos valores humanos ou religiosos (SANTOS, 2008, p. 80).

Por esta razão, os escopos da ciência moderna são discernir, distinguir e comparar, assumindo uma atitude crítica e polêmica perante a tradição, passando a construir uma visão coerente, totalizante do universo, a partir de dados parciais, de uma visão parcial, ou de um princípio único reflexo do saber (CASTORIADIS, 1997, p. 202), na instrumentalidade e numa busca pela verdade cimentada em um mundo externo e interno da mente (sujeito-objeto⁶⁵), desprendendo-se da revelação, dos mitos e rituais, fazendo brotar por isso a angústia cartesiana-mecanicista.⁶⁶

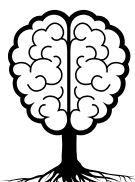
No social, a burguesia ascendente opera a dominação pela exploração, e muito bem realizou esta tarefa pela criação dos corpos de leis sociais, positivadas através do direito “Tal como foi possível descobrir as leis da natureza, seria igualmente possível descobrir as leis da sociedade” (SANTOS, 2008, p. 32), contando como grandes precursores desta ideia:

fim, o positivismo clássico pressupunha que a ligação entre a norma e o caso concreto ocorreria mediante um *juízo puramente lógico dedutivo*, em que figuraria como premissa maior a norma, premissa menor o caso e como conclusão a solução jurídica verdadeira para a causa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 32).

⁶⁴ “La metodología dominante produce oscurantismo porque no hay más asociación entre los elementos disjuntos del saber y, por lo tanto, tampoco posibilidad de engranarlos y de reflexionar sobre ellos.” (MORIN, 2005b, p. 29-30).

⁶⁵ “Luego, efectivamente, la dualidad del objeto y del sujeto se plantea en términos de disyunción, de repulsión, de anulación recíproca. El encuentro entre sujeto y objeto anula siempre a uno de los dos términos: o bien el sujeto se vuelve ‘ruido’ (noise), falto de sentido, o bien es el objeto, en última instancia el mundo, el que se vuelve ‘ruido’: que importa el mundo ‘objetivo’ para quien entiende al imperativo categórico de la ley moral (Kant), para quien vive el temblor existencial de la angustia y de la búsqueda (Kierkegaard).” (MORIN, 2005a, p. 66).

⁶⁶ “Utilizamos ‘angustia’ en un sentido vagamente freudiano y la llamamos ‘cartesiana’ simplemente porque Descartes la articuló con rigor y dramatismo en sus Meditaciones. La angustia es en realidad un dilema: o tenemos un fundamento fijo y estable para el conocimiento, un punto donde el conocimiento comienza, está cimentado, y reposa, o no podemos escapar de la oscuridad, el caos y la confusión. O hay una base o cimiento absoluto, o todo se desmorona.” (VARELA; THOMPSON; ROSCH, 1997, p. 169).



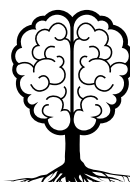


Bacon, Vico e Montesquieu. Na Ciência jurídica, isso culminou seu ápice na teoria pura do Direito de Kelsen. À este, parecia que faltava no Direito um rigorismo científico, prevalecendo, ao contrário, uma confusão constante do Direito positivo com problemas éticos e sociológicos (DEL VALLE, 2001, p. 262 e 265).

A democracia sólida, neste contexto, exprime um consensualismo e o desaparecimento de política junto à sociedade, onde os conflitos que exasperam à norma não adentram no mundo jurídico, e aqueles que adentram são enquadrados conforme a prescrição legal, sem ser considerado suas particularidades:

Existe uma concordância racionalizada dos indivíduos e dos grupos sociais para evitar o conflito e o dano político, preferindo-se a discussão balizada positivamente, delimitando-a às formas pré-concebidas. Porém, 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? E os não-humanos?) A democracia representativa, consensual, sem conflitos e homogênea, negando as diferenças existentes dentro de uma sociedade, pressupõe o desaparecimento da política, pois todo o litígio social torna-se um problema. O Estado “modesto” é um Estado que torna a política ausente, que renuncia ao que não lhe cabe – o litígio do povo. Isso é o que mostra a outra forma hoje assumida pela extensão do jurídico, na medida em que existe uma multiplicação e de redefinição dos direitos, empenhada em colocar direito, direitos, regra de direito e ideal jurídico em todos os circuitos da sociedade, em adaptar-se a todos os seus movimentos e em antecipá-los. Assim, o direito da família quer seguir e antecipar se possível as mentalidades e as moralidades novas e os laços desatados que definem, associando os atores à resolução de seus problemas. (SANTOS, 2018, p. 427-428).

Da mesma forma que se buscou a despolitização social, a principal forma de despolitizar a intervenção dos juristas e apresentar o veredito jurídico como uma opção puramente científica, apartada dos fenômenos sociais, deu-se a partir da construção dos juristas como acadêmicos





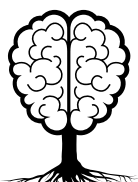
distantes e neutros, com história jurídica formalista, erudita e afastada das questões sociais, construindo teorias colossais.

Especificamente pela configuração filosófica reinante, império da lei surge como oposição do império do monarca, ao império da justiça (jurisdição) e ao império da sociedade.⁶⁷ A lei passou a definir os espaços de liberdade e compaginar a segurança com a justiça, bem como sendo um limite para o exercício do poder. No modelo constitucional do Estado de Direito, nos termos do proposto no século XVIII e XIX, mediante o império da lei, esta resume todas as propostas da classe burguesa à época. Ocorre uma separação entre direito e moral, separação dos poderes, garantias processuais e inércia da jurisdição.

Os juízes não tem liberdade para criar normas e a jurisdição é limitada à declaração do direito, a fim de assegurar a imparcialidade e neutralidade da jurisdição. No mesmo sentido, à sociedade não é reconhecida participação na administração da justiça, uma vez que a lei descreve perfeitamente os ditames, opondo-se à voz da maioria. Assim surge a unidade e exclusividade da jurisdição, a independência e imovibilidade dos juízes, a fim de privá-los de toda forma de abuso de poder no exercício da função, “[...] incluso la concepción predominante de la ciencia y del método jurídico están influidos por dicho principio.” (LOPEZ, 1993, p. 3-9).

Após delineado os males que o direito sofreu a partir da ciência fechada em um paradigma mecanicista/cartesiano, resta apontar também

⁶⁷ “El primer modelo de juez, considera las decisiones y sentencias como manifestación de la voluntad incuestionable del monarca soberano. Es un modelo de origen medieval donde el juez actúa por delegación del soberano; y llega en algunos casos a no tener que fundamentar sus resoluciones, precisamente por la confianza que recibe de la máxima autoridad. En suma, es un modelo del Juez-Autoridad que hoy ha quedado abandonado por que se entiende que la autoridad de la sentencia judicial cada vez mas es la autoridad de la razón. [...] El segundo modelo también considera el valor del pronunciamiento, donde la premisa en convencer del sentido de justicia que las sentencias llevan. Sería el modelo del juez salomónico esto es el modelo del juez del que se pide que ante todo haga la justicia del caso concreto. El modelo de Juez del que se demanda la atención prioritaria a la equidad, el Juez del que se solicita que halla, mas que plegarse a la letra de la ley con su carácter general y abstracto sea capaz de ceñir exactamente los términos de su decisión a los merecimientos del hecho y de los sujetos que enjuicia este modelo que busca la justicia al caso concreto ha aparecido en las ultimas décadas en la teoría del derecho y seguirá apareciendo bajo formas múltiples.” (GOZÁINI, 2017, p. 206).





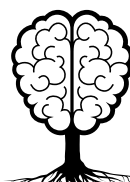
como este paradigma impregnou o processo civil e, por muito tempo, fez com que a importância do processo civil ao direito (na construção do) fosse desconsiderado como forma de manutenção do império da lei e do controle social.

3.1 PARADIGMA CARTESIANO, PROCESSO CIVIL E SEUS REFLEXOS

Ao longo da história, o processo civil teve diversos modos de ser ensinado, considerado e aplicado pela jurisdição, o que o conecta com o período cultural a que se vive “até que seja, novamente, modificado pelo rompimento de algum paradigma cultural ocorrido.”^{68,69} Toda a história do processo e da prática judicial, que passa pelas fórmulas do direito romano, dos estudos italianos e os costumes franceses até chegar à codificação, é a história da evolução gradual do pragmatismo ao racionalismo judicial (CALAMENDREI, 2017, p. 36-37). Ao tratar da “crise do direito”, conforme acima buscou-se delinear, devemos apontar a “crise do processo”, que, nos termos do que preleciona Ovídio Baptista, devido “[...] a forma tradicional

⁶⁸ Jobim (2016, p. 95).

⁶⁹ Para o *paradigma* a que se submete o pensamento jurídico moderno, particularmente para o processualista, o sentido da lei deve ser pensado como rigorosamente unívoco, de modo que lhe basta descobrir a verdade e proclama-la na sentença. Imaginar que o conflito judiciário possa dar origem a duas ou mais soluções, todas elas justificáveis, embora com diferente grau de aproximação da justiça perfeita, seria medievalizar a ciência do direito, regredindo até os estágios inferiores da hermenêutica; e, pior ainda, glorificar a tópica e retórica e aristotélicas, como forma de compreensão do fenômeno jurídico. Essa *lógica da descoberta*, própria das ciências experimentais, supõe, como observa Max Scheler, que o passado histórico apresenta uma *rigidez petrificada* e invariável para o observador de qualquer estágio posterior da história humana. A lógica das ciências explicativas, aplicadas ao Direito, determina outra consequência decisiva. Se a função do julgador é descobrir a verdade, então suprime-se de seu campo de atividade qualquer autonomia crítica capaz de permitir-lhe, sob o mesmo texto legal, a construção de duas ou mais soluções, *segundo critérios valorativos* diferentes. Isso seria não apenas tornar insegura a lei do Estado, mas, além disso, admitir que a *justiça legal* fosse confrontada com a justiça do caso concreto ou com a justiça do magistrado que, como Hobbes dissera, é intrinsecamente injusta (SILVA, 1997, p. 74 e p. 111-116).



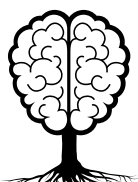


de processo civil, ainda muito ligada e dependente de conceitos e princípios herdados do Direito Romano.”^{70,71}

A concepção liberal e garantista do processo civil, próprio do século XIX, tinha como base a natureza privada dos interesses, o que levava a um processo onde as partes eram “donas” e o juiz pouco poderia fazer, não havendo que se falar em repartição de faculdades entre juiz e partes. Esse processo é o reflexo de uma concepção liberal de economia, marcado pela liberdade contratual e a proteção forte do direito de propriedade, de modo que o processo civil era uma “possibilidade” de proteção ao direito, em termos de oportunidade, para o cidadão acudir ao Estado. Havia a existência do princípio dispositivo em seu sentido estrito no que toca à determinação do objeto do processo pelo autor, e de que somente o demandado poderia ampliar o objeto do debate, sem que o juiz pudesse interferir. Também, era estrita a existência da congruência da sentença, na qual o juiz em sua decisão poderia somente se pronunciar sobre o pedido

⁷⁰ Silva (1988, p. 99-10).

⁷¹ “La forma como ha venido evolucionando el pensamiento jurídico en torno a este problema, trasluce ya con gran naturalidad la importancia del asunto. Es imposible, en este estudio, hacer una exposición completa de esa evolución. Pero basta para los fines que nos proponemos exponer, tomar ese pensamiento en algunos de sus puntos más significativos. En el pensamiento de Aristóteles la sentencia, el juez y la justicia se hallan consustanciados. Ir al juez, dice, es ir, a la justicia; porque él nos representa la justicia viva y personificada. Esta idea no es un puro pensamiento de filosofía jurídica, sino una interpretación de lo que era la justicia en el sistema del derecho positivo griego. La ley, en el derecho griego, se hallaba dirigida hacia los jueces y no hacia los ciudadanos. La sentencia era un veredicto. Las leyes eran objeto de prueba, como cualquier otro hecho jurídico, e inclinaban la balanza de la justicia a favor de quien podía probar su existencia. El juez de Aristóteles es, pues, un árbitro que de acuerdo con las leyes, dirime el conflicto con espíritu social de pacificación. El relato que de los procesos atenienses, se hace en *Las avispa*, de Aristófanes, constituye un documento precioso en este sentido. El derecho germánico primitivo tenía del proceso un sentido análogo de pacificación social y el juez era, ante todo, el árbitro de esa pacificación. Su decisión no aplicaba el derecho anterior, sino que, ante todo, dirimiría el conflicto buscando al mismo una solución de equidad más que de derecho estricto. Durante muchos siglos, tanto en la Edad Media, como en algunas instituciones modernas, por ejemplo, en la conciliación, esta concepción de derecho va a dar testimonio de ciertas sobrevivencias de la particular concepción de la sentencia en el derecho germánico. Pero el derecho romano tuvo una concepción enteramente diferente. La fórmula del pretor es, en sí misma, una norma. El magistrado no tiene sino que elegir entre una u otra de las soluciones de la fórmula: la de absolución o de la de condena. En todo caso, esa norma subordina la decisión al resultado de la prueba. La disputa simbólica entre Numerio Negidio y Aulo Agerio se ha de resolver, según se pruebe o no la deuda, en una condena o en una declaración de que tal suma no se debe. La sentencia es, así, un pronunciamiento sobre la concordancia o no concordancia de los hechos con la fórmula. Cuando la concepción romana del fallo llega al siglo XVIII, este carácter meramente declarativo del mismo ha adquirido su máxima importancia. Esa idea habría de adquirir su significación sistemática en la tantas veces evocada idea de Montesquieu que caracteriza al juez como la boca que pronuncia las palabras de la ley. Esta noción del magistrado, sin otra voz que aquella de la ley, forma parte de toda una concepción política del derecho que, por diversos conductos, se ha proyectado hasta nuestros días.” (COUTURE, 1978, p. 69-72).



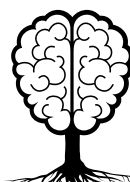


e debatido, e unicamente sobre isto (AROCA, 2006, p. 141-143; COUTURE, 1978, p. 309).

Contornos liberais eram a marca dos primeiros códigos procedimentais. O ênfase do Código na oralidade e publicidade o converteu em um Código moderno aos olhos de advogados acostumados com o procedimento escrito e secreto do período do *ius commune*. O fato de que o procedimento refletia a atitude liberal do século XIX, com ênfase na responsabilidade individual dos cidadãos, considerando estes como homens razoáveis que litigam em posição de igualdade, atendeu aos pressupostos sociais da época. Em razão do caráter liberal, aos Tribunais não foi concedido poder para atuar no processo. Mesmo que o juiz não possuísse prerrogativas, relatos da época demonstram que o juiz francês atuava na direção do procedimento mesmo sem base legal, o que demonstra que a prática legal e a cultura procedimental são assuntos relevantes ao analisar um modelo processual (RHEE, 2005, p. 3-23).

Ao se admitir que o direito é uma ideia, uma ideia de justiça, cria-se um elitismo social relacionado à exigência de especial preparação intelectual para produção e discussão jurídica. O Estado Liberal torna-se um Estado de direito, pois o direito passa a ser dotado de linguagem regulada e especializada para falar da liberdade, concebida como império da igualdade. A razão dos juristas sobrepõe-se sobre a vontade dos detentores da soberania, justificando a supremacia do saber jurídico sobre a vontade política no plano de criação do direito e traduzindo-se uma ideia de que a lei não seria o produto da vontade geral, mas da vontade do Estado como portador do interesse público, pois o Estado estaria erigido sobre uma ideia, um princípio de racionalização do interesse coletivo. Os juristas continuam a comandar o direito por sobre a representação, ao lado das elites burocráticas (HESPANHA, 2017, p. 364-368).

Em que pese se reconhecia no processo penal um interesse público, se penso que no processo civil apenas existia um interesse privada e individual das partes, o impediu que o juiz as facultades probatórios-





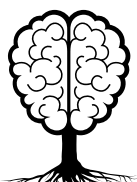
inquisitivas, poderes de impulsão e a apreciação livre dos meios de prova. Por esta via, deveria ser negado o direito a quem não era o seu titular, mesmo que pudesse ser realizada uma prova de ofício para mudar a situação, pois era algo que não importava ao Estado, ao Juiz ou à sociedade.⁷²

Todo, como se ve, se mueve en el orden privado. El Estado se preocupa de que las garantías procesales se respeten y se cumplan, sin una inquietud muy profunda por el resultado mismo de la justicia. Como en el duelo, una vez observadas las formas, bien vence el que vence. (COUTURE, 1978, p. 309-310).

A insuficiência deste sistema é demonstrado com os numerosos regimes de exceção frente ao direito processual individualista (COUTURE, 1978, p. 323-324). O desenho dos procedimentos, aqui, particularmente, do processo civil, é sensível às variações particulares da ideologia imperante, havendo um impacto direto no que toca ao poder das partes para dirigir o curso do juízo (DAMASKA, 1986, p. 21-22).

Até o século XIX, no Processo Civil vigia o princípio privatístico e decorria disto uma série de consequências. No que toca às provas, por exemplo, o juiz não podia tomar como base para sua decisão quaisquer fatos que não fossem alegados pela parte ou para ela não aproveitassem, nem fatos que tivessem lhe chegado por fora do processo, nem mesmo notórios; muito menos poderia produzir provas *ex officio*. Não poderia também o juiz condenar a parte por algo a mais do que foi pedido pela parte. O processo encontrava-se totalmente limitado às partes, marchando segundo o

⁷² “Se creyó que como débiles y poderosos, ricos y pobres, tienen libertad para demandar o defenderse de las demandas, para ejercitar o no las facultades y derechos procesales, para cumplir las cargas procesales y especialmente la de probar y evitarse las consecuencias desfavorable y de su omisión, para discutir las pruebas de la contraparte, etc., el juez debía limitarse a reconocer quién había triunfado en la lucha procesal y a declarar en consecuencia el derecho pretendido o la excepción opuesta, tal como el juez de una pelea de boxeo declara vencedor a quien quedó en pie junto al cuerpo desfallecido del contrincante. El juez apenas dirige y controla la legalidad de la lucha procesal y declara lo que de ella resulta. De esta manera, el que debiera negarse el derecho a quien lo tenía y otorgarse a quien no era su titular porque hubiera faltado una prueba que podría obtenerse oficiosamente, era algo que no debía importarle al Estado ni a la sociedad, ni al juez como su representante. Y mucho menos debían preocuparse estos porque la parte pobre y débil estuviera en circunstancias muy desiguales y desfavorables para su defensa, cuando se viera enfrentada en un proceso a otra parte rica y poderosa.” (ECHANDÍA, 1971, p. 43-53).





ritmo dessas. O Estado só preocupava-se, em vista de um pensamento de segurança e paz nas relações sociais, com o triunfo das partes, ou seja, que uma parte conseguisse sobre a outra fazer prevalecer seu ponto.^{73,74}

Os elementos coadjuvantes e a pretensão são aportadas pelas partes, estabelecendo um rígido sistema de cargas onde o juiz é o paradigma da abstração, pois só conhece daquilo que lhe foi aportado. A sentença deve responder a certas características como a congruência, e nenhum elemento exógeno que não as normas e os fatos contribuem da decisão racional que emana do juiz (CHAUMET; MENICOCCI, 1994, p. 51-58 e 56).

3.1.1 A Cientificação do Processo Civil

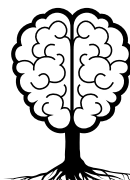
De outro lado, na busca de desvincular a natureza privada do direito e do processo, erige-se a publicização do processo civil, esclarecendo que pelo processo a autoridade do Estado ganha voz, dando também contorno científicos ao processo civil, despreocupado com o direito material.^{75,76}

⁷³ Moncada (1961, p. 55-100 e p. 62-64).

⁷⁴ “La ideología liberal-individualista, de la conservación, concibe al proceso como un ámbito en que se manifiesta y prevalece la autonomía de la voluntad y la libertad irrestricta de las partes, que tienen a su disposición todos los instrumentos procesales para desarrollar una competencia en la que se discuten cuestiones de su exclusivo interés, ante la cual el juez no puede pasar de ser un simple espectador – verdadero ‘convocado de piedra’ – que se limita a asegurar la corrección del trámite y arbitrar el conflicto dándole la razón al vencedor. En el diseño técnico, por consecuencia, prevalece la forma escrituraria y la fragmentación del procedimiento.” (BERIZONCE, 2017, p. 470-515 e 479).

⁷⁵ “Sin embargo, en sus ansias por redescubrir el valor del proceso y por dar contornos científicos al derecho procesal civil, acabó excediendo su misión. La intención de depurar el proceso civil de su contaminación por el derecho sustancial, a él impuesta por la tradición jurídica del siglo XIX, llevó a la doctrina chiovendana a erigir las bases de un derecho procesal civil completamente despreocupado por el derecho material, alrededor del concepto de “acción” abstracto como polo metodológico y que tendría relación sólo con el derecho procesal, definiéndose a partir de criterios únicamente procesales y así, incapaces de dar significado a la prestación jurisdiccional. El fruto más obvio de esta Escuela Sistemática fue la pretensión de uniformización del procedimiento. El pecado de la Escuela Sistemática fue negar la realidad para cultivar una pseudociencia. El hecho que el proceso civil es autónomo en relación al derecho material, no significa que él pueda ser neutro o indiferente a las distintas situaciones de derecho sustancial. Autonomía no es sinónimo de neutralidad o indiferencia, con realidad social y con el papel que el sistema de administración de justicia, Sistema de Tutela Jurisdiccional, desempeña en la sociedad.” (BENAVENTE, 2010a, p. 1-28 e 4).

⁷⁶ Tanto a doutrina da jurisdição como declaração da vontade concreta da lei quanto aquela da justa composição da lide partem do pressuposto de que a norma jurídica é algo totalmente anterior à atividade de interpretação. Vale dizer: partem do pressuposto de que o legislador outorga não





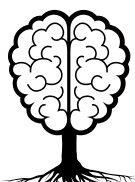
A ciência processual inicia vinculada ao direito privado e, aos poucos vai alcançando autonomia. Como impulsionador do direito processual, Bülow foi responsável por transplantar a ideia de *relação jurídica* proveniente do Direito privado para o direito processual, criando assim um novo tipo de relação ao lado da relação jurídica, a *relação processual*: o direito processual também é uma relação de direito e de obrigação recíproca. Na sequência, autores como Kohler, Hellwig e Wach explanam e ampliam essa que seria uma primeira perspectiva de quebra, desde a unidade do Direito Romano, das relações entre Direito e Processo, cuja fissura é aumentada a partir deste pontapé inicial para o caminhar a uma própria e autônoma Ciência, sem se preocupar com eventuais consequências.^{77,78}

Adolf Wach, principalmente, é quem efetua a passagem do liberalismo processual para uma concepção social do processo civil. Segundo o liberalismo processual, a controvérsia é estranha ao Estado, sendo considerada individual, a partir do pleno domínio da parte, tanto no que toca à determinação do objeto do processo, tanto pelo controle da decisão judicial. O Estado possuía a mínima intervenção necessária, chamado a assistir passivamente a dialética das partes privadas e a intervir somente para expor nulidade ou para pronunciar a decisão final. Disto, se

só o texto, mas também a *norma* ao legislar. A interpretação constituiria, portanto, uma atividade que visaria simplesmente a *conhecer* o significado intrínseco do texto legal, *declarando* -o para solução de determinado caso. [...] No contexto teórico do positivismo clássico, imaginava -se que essa conexão ocorreria mediante a simples utilização da lógica – especialmente, da *lógica dedutiva*. Supunha -se que a lógica dedutiva seria suficiente para ligar a norma ao fato para daí se retirar uma decisão. Depois de interpretada a norma, essa deveria ser aplicada ao caso concreto mediante um *silogismo judiciário*, em que figurava como premissa maior a norma, premissa menor o fato e como conclusão a decisão da Causa (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 33-34).

⁷⁷ Mendez (1979, p. 25-29).

⁷⁸ “Dentro de las concepciones que han tratado de explicar la naturaliza jurídica del proceso com categorías elaboradas por el derecho privado, se pueden distinguir las tras posiciones siguientes: la teoría del contrato, la teoría del cuasicontrato y la teoría del acuerdo. [...] La superación de la concepción iusprivatista del proceso, que hacía de éste un simple apéndice del Derecho privado, se logró merced a los trabajos realizados por las teorías que conciben el proceso como una ralción jurídica, aun cuando otras direcciones, apartándose más o menos de tal posición, construyen la naturaleza jurídica del proceso en base a criterios de otras ramas del derecho público. Es ya tradicional comenzar la exposición de esta teoría con la afirmación de que se debe a Oscar Bulow, con su libro *La teoría de las excepciones dilatorias y los presupuestos procesuales, que apareció en 1868, el ser creador del movimiento científico del proceso.*” (ALONSO, 1960, p. 156).





tem que o Estado não possuía nenhum interesse sobre o modo pelo qual ocorria o processo. Baseado nesta abordagem, a função social do processo civil permanece em segundo plano, sendo premente a salvaguarda dos direitos subjetivos das partes (CARRATA, 2015, p. 92-93).

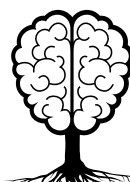
A superação da ideia liberal de processo civil e a afirmação de uma visão nova inicial a partir da metade do século XIX e se concretiza no século XX, por efeito, principalmente, da doutrina tedesca e austríaca processual (CARRATA, 2015, p. 98), responsáveis por considerar o processo civil um instrumento para realização de justiça social por meio de juristas como Anton Menger e Klein e tendo como primeiro precursores Chiovenda, Calamandrei e Goldschmit (ECHANDÍA, 1971, p. 43-53 e 45).

A ciência processual, ao substituir os contornos privatísticos do processo civil, criou uma cisão entre *público* e *privado*. Depois de muito tempo de prevalência do Processo de caráter privado, Giuseppe Chiovenda inaugura contornos de um Processo Civil de caráter público.⁷⁹ Segundo Proto Pisani “Sob a ótica da tutela jurisdicional dos direitos, a obra de Chiovenda guarda praticamente intacto todo seu frescor e atualidade” (PISANI, 2001, p. 22-42 e 31), pois buscou, com a visão publicista do processo, ampliar ao máximo a tutela jurisdicional dos Direitos.

A destruição de qualquer resquício positivo da autonomia de vontade, como reação à modernidade privatista,⁸⁰ e os movimentos de

⁷⁹ Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, “não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei”. Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador. É verdade que Chiovenda afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, jamais desejou dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, à semelhança do que fizeram Carnelutti e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Lembre-se de que, para Kelsen – certamente o grande projetor dessa última teoria –, o juiz, além de aplicar a lei, cria a norma individual (ou a sentença). “[...] representou uma crítica à posição que enxergava na função do juiz uma simples aplicação das normas gerais.” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 22).

⁸⁰ A relação de tensão entre acordos de partes e processo, entre autonomia privada e disciplina do instrumento institucional de composição das controvérsias, não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores. O primeiro fator se coloca no plano da história dos fatos: o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico. Este propósito marginaliza uma dimensão de Justiça não estatal, produzida em um





publicização do direito processual, resultado dos movimentos pandectistas alemães, alteram substancialmente a reflexão sobre o alcance a as formas de proteção judiciária. O que se adere é o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*. Frente ao desapego das manifestações privatistas no processo civil, todas as possibilidades de levar em roga a emanação da autonomia da vontade no processo demonstra possível situação de risco à corrente publicista.

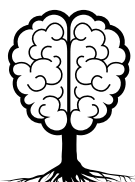
Pela concepção liberal do processo, própria do século XIX, baseada na natureza privada dos interesses em jogo e na garantia de um juiz terceiro e imparcial, as partes eram considerada donas do processo, pois o processo era proveniente da vontade do cidadão de proteger seu direito subjetivo. Desde aqui se tem a ideia do princípio dispositivo em seu sentido estrito, o qual continha que não somente as partes poderiam iniciar o processo, senão que somente o ator poderia determinar o objeto do processo e o objeto do debate, sem que o juiz em momento algum pudesse determinar a pretensão ou resistência. Também, outra consequência era a congruência da sentença, o que significa dizer que o juiz tinha a imposição de pronunciar-se sobre o que foi pedido e debatido, e somente sobre isto.^{81,82}

Já, no que toca à concepção garantista do processo, que também levava a excluir o juiz das faculdades matérias no desenvolvimento do mesmo, tratava-se não de uma ideia liberal ligada aos direitos subjetivos, mas sim aqui se atendia as faculdades de cujo exercício poderia chegar a determinar o conteúdo da sentença, das quais o juiz deveria ser excluído,

processo – o ordo iudicarius medieval –, cujos princípios provêm das regras da retórica e da ética, elaboradas, portanto, pela mesma comunidade a que pertencem os protagonistas do processo (CAPONI, 2009, p. 735).

⁸¹ Aroca (2006, p. 140-141).

⁸² Os processualistas que definiram essa ideia de jurisdição estavam sob a influência ideológica do modelo do Estado Liberal de Direito e, por isso, submetidos aos valores da igualdade formal, da liberdade individual mediante a não interferência do Estado nas relações privadas e do princípio da separação de poderes como mecanismo de subordinação do Executivo e do Judiciário à lei (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 20).





pois a finalidade era conseguir um juiz terceiro e imparcial como garantia das partes de que iria realizar um processo verdadeiro, sendo esta a razão do distanciamento do juiz (AROCA, 2006, p. 142-143). Tudo se move na ordem privada, de modo que o Estado apenas se preocupa que as garantias processuais se cumpram, sem preocupação, entretanto, com o resultado, pois “vence quem vence” (COUTURE, 1978, p. 309-310).

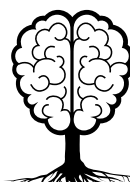
1.º) *El juez no podía aportar hechos al proceso. No se trataba ya de determinar el objeto del proceso (actor) o el objeto del debate (demandado), sino que tampoco podía el juez realizar aportaciones de hechos, de cualquier clase que fueran, incluidos aquellos que, si no sirven para identificar el proceso distinguiéndolo de los demás posibles, sí sirven para que puedan llegar a determinar el contenido de la sentencia. Se trata de la distinción entre hechos identificadores del proceso y otros hechos, los más importantes de cuales son los constitutivos, pero también los impeditivos y los extintivos.*

2.º) *El juez no podía practicar pruebas no propuestas por las partes, las cuales tenían el monopolio de la iniciativa probatoria. Se estimaba evidente que si el juez hubiese podido acordar de oficio la práctica de medios de prueba se hubiere convertido en el auxiliar de una de las partes, la favorecida por ese medio.*

c) *Una vez iniciado el proceso, determinado su objeto por las partes y aclarado que son éstas las únicas que aportan los hechos y tienen la iniciativa probatoria, la desconfianza de la concepción liberal en el Estado y en la actuación de sus órganos, incluidos los jurisdiccionales, determinaba cómo se realizaba ese proceso, quién lo dirigía. Esa desconfianza llevaba, aquí sí, a un reparto de las facultades entre el juez y las partes en el proceso civil, pero reparto en el que se privilegiaba a las partes sobre el juez, hasta el extremo de que éste no era quien podía poner de manifiesto la falta de algún presupuesto procesal, siendo necesaria la oposición de la correspondiente excepción por el demandado, ni quien podía hacer avanzar de oficio el procedimiento por sus fases, siendo también necesaria la petición concreta de una de las partes. (AROCA, 2006, p. 143).*

Em um processo publicista,⁸³ por sua vez, as partes conservam ainda o monopólio com relação a proposição da demanda e exceções,

⁸³ Diferente do processo liberal, o processo publicista busca atuar a vontade da lei (direito objetivo). Em que pese na concepção publicista buscar-se a defesa do direito objetivo, este objetivo seria





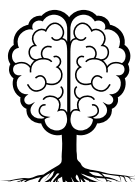
mas perdem o poder sobre a determinação do correr processual pela criação da inércia, poder que é transferido ao juiz, ampliando também seus poderes instrutórios sobre o *thema decidendum* e *probandum*, assim como é instituída a possibilidade de dar logo causa ao fim do processo, proferindo sentença frente a uma questão prejudicial ou que impeça o desenvolvimento do mérito. Na sequência, atribui-se ao juiz o poder de declarar encerrada a instrução quando considerar supérfluo a prova, introduz-se um sistema de preclusões rígidos, entre outras modificações que consignam uma nova roupagem ao processo civil (PISANI, 2001, p. 22-42 e p. 33-34).

Esta concepção estabeleceu uma diferenciação entre objeto do processo e processo como instrumento para alcançar a efetiva tutela pelo Estado, estabelecendo que, na medida que os litigantes dispõem sobre os interesses deduzidos em juízo (objeto do processo) não são livres para dispor sobre o processo mesmo, pois este possui uma função pública (JUNÓY, 2012, p. 274-280).

[...] se habla de la publicización del proceso civil como 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. Resulta de este modo que el proceso civil calificado de proceso "social" se acaba pretendiendo reducirlo inexplicablemente a algunas cuestiones de mera técnica, cuando no de forma. (AROCA, 2006, p. 154).

A passagem da procedimentalização à cientificação do processo civil inaugura a autonomia do Direito Processual como Ciência apartada do direito material, desvelando a existência de uma relação pública com o Estado, o que cria uma relação diferente da relação material (ação material/

alcançado pela declaração ou atuação da lei, evidenciando a natureza pública do processo, mas se manteve ainda presa aos valores culturais e ideológicos do Estado liberal. "A atuação da vontade da lei revela a preocupação em salientar que a jurisdição exerce um poder voltado à afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico. O objetivo da jurisdição, nessa linha, passa a ter, antes de tudo, uma conotação publicista, e não apenas um compromisso com a proteção dos particulares, isto é, um compromisso privatista." (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 21).





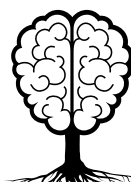
ação processual) e indo além do procedimentalismo, que apenas ditava um procedimento para aplicar o direito material. Entre as maiores conquistas da modernidade, a proteção da subjetividade manifestou a filosofia da época, pelo fortalecimento do indivíduo pelos direitos fundamentais, cujo reflexo foi a cientificação do direito processual e a construção das teorias da ação.^{84,85}

A criação da ciência processual denota a superação da exegese pelo método do sistema, e a criação de teoria do processo, passando-se a discutir com maior propriedade institutos como a prova, a coisa julgada e a ação.⁸⁶ Os procedimentalistas limitaram-se a estudar a lei e as formas, já os processualistas elaboram verdadeiras sistemas científicos, buscando

⁸⁴ Foi, porém, só o século XIX, com a grande transformação introduzida no sistema de relações entre indivíduos e sociedade – produto dum conjunto de outros factores e circunstancias históricas cuja origem remonta ao começo dos tempos modernos – que acabou por completar aqui esta ótica do que falamos, ampliando-a e dando-lhe como que uma base metafísica, lida como definitiva, e dentro da qual nós todos fomos educados. Os elementos que historicamente concorreram para ela poderiam reduzir-se facilmente aos seguintes, se quiséssemos agora fazer deles uma rápida enumeração: as referidas *tradições romanísticas* (como, repetimos, a teoria das acções tributárias dos direitos subjectivos dos particulares e a distinção do direito em público e privado, levado ao seu último exagero; reminiscências de certos hábitos e concepções medievais, saudadas pelo Romantismo, vendo na relação processual uma luta entre partes e no juiz um árbitro impassível; o *individualismo económico* com seu culto pelas categorias da luta e da concorrência das atividades particulares; o *liberalismo político* com a sua teoria dos direitos individuais originários como fim absoluto do Estado, a sua ambição de garantias e a sua desconfiança permanente perante este; e engim o *positivismo* e o *formalismo* jurídicos com a sua tendência para fazer de todo o direito um puro jogo de conceitos manobrados por uma lógica exclusivamente abstracta. Está, com efeito, aí todo o século XIX, para dar uma ideia do que foi o processo do século XIX. (CHAUMET; MENICOC-Cl, 1994, p. 51-58 e 55).

⁸⁵ Moncada (1961, p. 55-100 e 61).

⁸⁶ “Desde este planteamiento cabe registrar dos pasos fundamentales: 1.º) De la polémica entre Windscheid y Muther (1856 y 1857) resultó la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material, siendo concebido aquél como un derecho, de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener la tutela jurídica. Si El destinatario de la acción no es el demandado, sino el Estado, han quedado distinguidas dos esferas jurídicas; el derecho privado material y el derecho de acción, los cuales tendrán contenido, sujetos y efectos distintos (Capítulo 6.º). 2.º) La obra de Bülow (1868) puso de manifiesto que, aparte de la relación jurídica de derecho material que se deduce en el proceso, éste en sí mismo constituía otra relación jurídica, la cual es siempre de derecho público. Esta relación tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la primera, se desarrolla de modo progresivo entre el tribunal y las partes, haciendo surgir derechos y deberes procesales (Capítulo 7.º). A partir de aquí se desarrollará la doctrina procesalista, tanto en Alemania (Wach, Kohler, Hellwig, Kisch) como en Italia (Mortara, Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei, Redenti), de modo que para todos ellos el concepto clave es el de proceso, en torno al que gira todo lo demás.” (AROCA, 1999, p. 18-19).





acomodar a lei nele. O processualista fará *teoria do processo*, tomando o processo como conceito base do Direito.⁸⁷

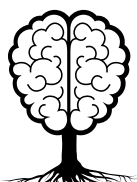
3.1.2 O Problema Associado ao Conceito de Ação: dualismo processual

A proposição cartesiana de que somente as verdades claras e evidentes poderiam ser aceitas pela Ciência marcam o contorno das ideias racionalistas, incidindo diretamente para a posterior formação do Processo Civil. Os juízos de *probabilidade* são abandonados em prol da certeza. Nada mais apropriado do que a manutenção da neutralidade do juiz e a supressão da verossimilhança e o procedimento ordinário, onde a sentença apenas condenatória impera como forma de tutela. Repudia-se o estudo do caso, a tradição e a busca da justiça ao caso concreto,⁸⁸ sendo o Direito uma ciência racional que prescinde da experiência exata das verdades matemáticas (SILVA, 1997, p. 127-128).

A partir deste quadro montado pelo direito romano clássico, é evidente que a ciência do direito Processual Civil nasce baseada tão somente na matemática e na busca da uma verdade do conceito, e comprometida com um direito racionalista. Essa ideologia é responsável, por exemplo, pela formação da tendência a se privilegiar demandas plenárias em detrimento das tutelas sumárias de tutela processual. O procedimento ordinário é capaz de manter a neutralidade do juiz e

⁸⁷ “Como toda rama relativamente juvenil de la ciencia jurídica, el derecho procesal se ha formado a base de la conquista de terrenos inicialmente ajenos. Ha atraído así a su campo, y de manera indiscutible, la prueba, la cosa juzgada, la acción, por ejemplo.” (AROCHA, 1999, p. 19-20).

⁸⁸ O legislador, em seu trabalho de transformação da política em direito, não leva em consideração o caso em concreto, a lide já surgida ou preanunciada, o conflito interindividual em ato: ele se coloca em um plano mais alto que aquele dos episódios individuais, aprecia a distância os interesses coletivos, segue do alto, como em um panorama, a direção e o modelo progressivo das correntes sociais. E, extraindo dessa diagnose social, feito não sobre o caso individual, mas sobre grande número deles, a precisão de que, no futuro, certos comportamentos típicos possam motivar determinados conflitos de interesses entre coassociados, estabelecem antecipadamente, de maneira geral e hipotética, isto que deverá valer como justo para todos os casos que terão em concreto os caracteres do tipo abstratamente determinado (CALAMANDREI, 2017, p. 43).





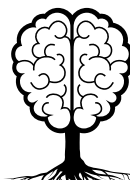
subsumi-lo à lei, reduzindo a possibilidade de atos de vontade e ordem (SILVA, 1997, p. 132-155).

Não deve surpreender que o surgimento do Direito Processual Civil tenha vindo acompanhado com herança cultural da relação jurídica processual (Oskar von Büllow, 1868). O autor em questão procurou mostrar que o processo é uma relação jurídica dinâmica, em constante movimento e transformação, diferente das relações jurídicas privadas. Cresce assim uma tendência para uma ciência formada por conceitos e regras lógicas universais, pelo estudo da relação processual enquanto tal, como relação jurídica de direito público. A nova ciência passaria a dedicar-se ao estudo abstrato da relação processual (SILVA, 1997, p. 161-162).

Em um primeiro momento, no vigor das teorias da ação e sua problemática com o direito subjetivo levou a uma visão subjetivista da jurisdição: está se concebe como a função do Estado que tutela os direitos subjetivos dos particulares. Na medida em que a ciência descobre os direitos subjetivos, ocorre uma mudança importante na instituição: se insiste que a jurisdição estabelece fundamentalmente para a atuação do direito objetivo promulgado pelo Estado; ou seja, ao exercitar a jurisdição o juízo substituiria a vontade da lei, da norma jurídica. Este influxo de pensamento foi reavivado pela corrente positivista e pelo descobrimento da norma jurídica. Esse pensamento é o reflexo do dualismo direito-processo; este dualismo impediu descobrir o verdadeiro significado da jurisdição com relação ao direito, qual seja a sua missão de criar a norma, o direito ao caso concreto. O direito mesmo só existe em juízo (MENDEZ, 1979, p. 119-120).

O dualismo, iniciado pelos romanos, foi asseverado pela doutrina legalista e pandectista,⁸⁹ mas que na atualidade é totalmente injustificada e não corresponde com a realidade, *pois se limita a conceitos* (HESPANHA, 2017, p. 399-400). Assim, a perspectiva clássica do processo é o dualismo

⁸⁹ “Este *pathos* da neutralidade e da objectividade, combinado com o *pathos* político estadualista, foi um dos principais factores de legitimação de uma administração – e também de uma administração judiciária – dirigidas pelo princípio da racionalidade.” (HESPANHA, 2017, p. 391-398).

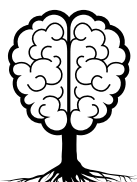




processual, reflexo da construção do direito processual como disciplina científica. Por esta visão, direito e processo seriam dois entes diferentes, estando o primeiro ocupado com o problema de fundo do caso concreto, considerando o direito material preexistente ao processo, e o segundo com o procedimento (MENDEZ, 1979, p. 18).

Em meados do século XIX, a escola alemã arquiteta uma famosa discussão acerca do significado da *actio* romana, estabelecendo distinções entre ação e pretensão que culminaram na separação entre direito material e processual “Para a ciência do processo, a dissociação entre o direito e a ação é algo semelhante ao que a dissociação do átomo representou para a física.” (COUTURE, 1951, p. 21-22). Em Roma ação e pretensão não eram rigidamente separados como na modernidade, porém, com a passagem para um direito legislado na modernidade, perde o juiz figura de representatividade na sociedade e o processo, por muito tempo, foi reduzido a um simples procedimento para se chegar ao direito material, reduzindo sua relevância frente ao direito material. Desta feita, a escola alemã teve o mérito de conseguir equiparar o direito material ao direito processual, restabelecendo a importância do processo ao direito (CARNELUTTI, 1948, p. 63).

Windscheid é quem traz à debate o tema da pretensão, associando a *actio* à pretensão. Windscheid teve o mérito de demonstrar que o sistema romano de *actio* não tinha relação com o sistema moderno de direito. Em Roma a *actio* ocupava o lugar do direito, pois o ordenamento jurídico não reconhecia à pessoa determinado grupo de direito, mas sim conhecia a possibilidade de poder fazer valer uma vontade frente aos demais pela via judicial. Ou seja, o ordenamento jurídico romano era um ordenamento de pretensões judicialmente capazes de se perseguir, e a ação não era algo derivado do Direito, senão algo originário e autônomo. A independência e particular posição do Pretor fundava essa noção de *actio* e possui como fim a perseguição da justiça. Porém, no ordenamento moderno, o juiz está sumamente ligado ao Direito, Direito que, ao ganhar o caráter de Lei,





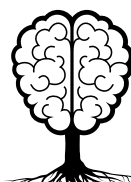
perde a essência outrora reconhecida aos elementos de justiça (ALVIM, 2016, p. 89).

Muther associa a *actio* ao direito subjetivo, apontando que havia relação entre *actio* e a ação no sentido moderno da concepção. Agir significava apresentar-se diante do pretor, falar e atuar junto ao adversário, sendo um ato bilateral, a formula da ação. Quando, porém, desaparece o ato solene das partes ante o pretor, os termos *agere* e *actio* passam a significar “ato pelo qual o demandante inicia o processo”, podendo também ser compreendido por todo o procedimento desenvolvido diante do pretor. Esse procedimento se encerrava com a concessão da formula ao autor, momento em que a *actio* passa a ser considerada fórmula.

Em um primeiro momento, o autor tinha uma pretensão que o pretor lhe concedesse fórmula; por exemplo, se o jurista reconhecia que em tal caso caberia a *actio*, isso equivaleria a dizer que a pessoa tem uma pretensão a que lhe confira a fórmula da *actio*, e, se o demandado negar a satisfazer, terá tutela estatal. Deste modo, o ordenamento romano não era composto de pretensões, mas sim de direitos subjetivos, e somente estes eram objetos de perseguição judicial. Muther opera uma distinção entre direito público e privado. Muther opera assim uma distinção entre direito subjetivo material e direito de ação, marca da concepção dualista da ação.⁹⁰

O primeiro equívoco da doutrina no que concerne à ação foi buscar transferir para o direito processual a *actio*, que se equivale à pretensão de direito material, operada por Windscheid. Mostrou-se equivocado também apontar que o direito processual estivesse cingido do direito

⁹⁰ “La distinción entre derecho subjetivo material y derecho de acción es obra de MUTHER, quién, en plena polémica con WINDSCHEID, destacó que, aún cuando la *actio romana* era un *prius* respecto del derecho subjetivo material, a diferencia de lo que acontece en la actualidad – dónde es un *posterius* – lo cierto es que el derecho subjetivo material se dirige contra un particular y tiene naturaleza privada, mientras que el derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública. La concepción dualista de la acción surge, al fin, con la nítida distinción entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material. La vigencia de esta concepción perdurará, con alguna excepción, hasta nuestros días.” (LÓPEZ, 2010, p. 113-143 e 115).



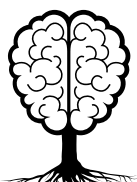


material, a ponto do direito material depender, para sua existência, do exercício da ação processual, negando a existência dos direitos subjetivos. Os romanos jamais preocuparam-se em conceituar a faculdade, o direito, de estar em juízo como autor, o que foi cunhado pelo termo ação (SILVA, 1997, p. 166 e 171-172).

Ação é um conceito que até hoje a doutrina processualista não sabe muito bem identificar no processo, porém, ganha o desígnio de “fundamental”, em decorrência da constitucionalização do processo “*Y me pregunto cómo se puede calificar a algo de ‘fundamental’ cuando ni siquiera se sabe exactamente lo que es.*” (FENOLL, 2008, p. 295-343 e 305). O processo formulário romano culminou no conceito de ação, resgatado por Savigny em XIX, e, a partir daí, foi reproduzido, sem que se fosse considerada a relevância prática do conceito (FENOLL, 2008, p. 295-343 e 307): “[...] há quase um século, é o tema predileto, o ‘ponto forte’, poder-se-ia dizer, de nós os processualistas, a relação entre direito substancial e o direito processual, entre o direito subjetivo e a ação.” (CALAMANDREI, 2003, p. 107).

A construção da *ação processual* como categoria abstrata pertencente, indistintamente, a todos os interessados, corresponde à universalização do procedimento ordinário (SILVA, 1997, p. 163). A ciência processual, em sua criação, buscou tornar-se ciência autônoma, capaz de cingi-la do direito material ao qual sempre esteve sujeito, contribuindo para a uniformidade ritual do processo – *ordinariedade* –, oferecendo um procedimento amplo a todos, capaz de oferecer a plenitude de defesa em juízo para que o Juízo decidisse a questão com a segurança jurídica almejado tratamento probatório do conflito daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar para sempre os efeitos práticos da coisa julgada, esgotando a questão litigiosa: “determinantes da submissão do juiz ao poder político.”⁹¹

⁹¹ Por outro lado, a compreensível aspiração da nova ciência de tornar-se uma disciplina jurídica autônoma, com princípios e métodos próprios, capazes de libertá-la do jogo do direito material a que sempre estivera sujeita até então, contribuiu para fortalecer a tendência para a uniformidade ritual, através da consagração do procedimento ordinário, supondo-se que o direito processual, sendo, a partir de então, uma ciência – haveria de impor suas regras e princípios ao direito mate-





É óbvio que para os seguidores da teoria subjetivista em que a jurisdição tem por fim tutelar direitos de uma natural subjetividade dos particulares ou da teoria objetivista, que a considera como atividade de atuação do direito material, esse tipo vetusto de jurisdição não guarda qualquer relação com o instituto atual da jurisdição na modernidade do direito processual. [...] sustentadas por Bulow, Chiovenda, Calamandrei, Carnelutti, Redenti, Liebman, Couture, e, em consequência, por todos os adeptos da Escola da Relação Jurídica e da Instrumentalidade do Processo, se curvam ao voluntarismo jurisdicionalista do século passado. [...] com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi descolado de papel-missão do juiz para a garantia das partes. (LEAL, 2016, p. 43, grifo nosso).

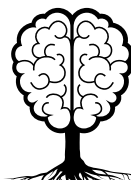
Notável o ensinamento de Ovídio Baptista sobre a discussão acerca do entorno causado pela polêmica da ação:

Hoje, passados mais de cem anos de controvérsias sobre o conceito de ação, sem que a doutrina se haja conciliado, a não ser no que diz respeito à inutilidade da própria disputa, pode-se afirmar que a interminável discussão sobre esta questão – além do valor que ela teve para afirmar a autonomia da ciência processual – originou-se de um duplo equívoco. (SILVA, 1997, p. 165).

Pelo legalismo, conforme visto, há um esforço no sentido de obter-se um direito determinável e previsível, com o fim de evitar o arbítrio judicial e garantir a segurança e liberdade civil.⁹² Uma alta carga

rial, dobrando-o as suas exigências técnicas e a seus métodos. A ciência do processo civil nascera, portanto, irremediavelmente comprometida com os ideais do liberalismo político do século XIX: ao mesmo tempo em que lhe cabia oferecer às partes um procedimento suficientemente amplo, capaz de assegurar ao cidadão-litigante a plenitude de defesa em juízo, e ao Estado condições para que o magistrado decidisse com a segurança que o exaustivo tratamento probatório do conflito daria; o procedimento haveria de esgotar as possíveis questões litigiosas, de modo a assegurar, para sempre, com a máxima amplitude da coisa julgada, por tal modo obtida, o resultado prático alcançado pelo litigante vitorioso (SILVA, 1997, p. 164).

⁹² “De manera geral y de modo latnte, la verdadera doctrina de la libertad judicial desde las más altas opiniones legales, ha encontrado su hogar espiritual en el entorno de los funcionarios del legalismo lógico: requiere la exaltación de las normas libres de contexto y la creencia en que la creación y la aplicación de estas normas pueden ser tajantemente separadas. [...] creían que las normas podían ser desarrolladas con tal claridad y precisión que su aplicación a casos individuales requerería una





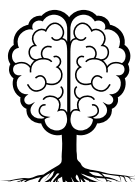
de racionalismo é aderida ao direito, especialmente sobre o processo civil, continuando antigas estruturas responsáveis pois, por exemplo, extinguir a tutela interdital em favor da universalização da *actio* e sua consequência natural, a *condemnatio*, - uma vez que não havia maneira de manter a neutralidade do juiz se este fosse capaz de conceder liminares – o que acabou por resultar na submissão do direito aos métodos e princípios das ciências lógicas (SILVA, 1997, p. 104-105).

Esta transformação operada no direito é fruto da influência do cristianismo no direito romano aderido pela civilização ocidental.⁹³ Constantino, o primeiro imperador cristão do império, foi responsável em transformar o direito em *obrigação*, uma vez que os vínculos do direito moderno com o cristianismo são muito estreitos em razão da grande influência operada no direito romano no que toca a valores e instrumentos, como a *piedade*, *moderação*, *clêmência*, que passaram a dirigir os casos. Desta feita, há um predomínio da *actio* sobre os *interditos* no momento em que nasce a cultura medieval, extinguindo as ações executivas e mandamentais, sufocando ambas pela tutela condenatória, cujas causas, conforme se infere, são muito mais políticas do que jurídicas, pois desaparece, com a queda do império romano, o *imperium* do magistrado, importante expressão de poder do magistrado no direito romano clássico (SILVA, 1997, p. 91-99 e 101).

Ocorre assim a universalização da ação condenatória, decorrente da declaração do direito, com a absorção dos *interditos* do magistrado pelo procedimento da *actio*, tendo como pressuposto um alargamento

mera subsunción de hechos a normas sin posterior elaboración (interpretación) por parte del juez.” (DAMASKA, 1986, p. 68-69).

⁹³ À jurisprudência romana seguiu-se, historicamente, a recepção do *Direito Romano*, ocorrida a partir do século XII.196 Interessante anotar a singularidade desse processo histórico, dado que as instituições da Europa Medieval eram majoritariamente germânicas e eclesiásticas ou seja, não eram nem remotamente parecidas com as romanas. Refoge ao âmbito desse trabalho uma análise pormenorizada sobre essa recepção, mas cabe referir a lição de MERRYMANN sobre o tema, especialmente no que tange ao fato de que a concepção de um Império Sacro Romano era muito presente na Itália do século XII. Os juristas medievais reconheceram a qualidade intelectual do *Corpus*, atribuindo-lhe a qualidade de *ratio scripta*, em oposição às compilações bárbaras utilizadas durante a dominação germânica sobre a península itálica. Em suma, a obra de Justiniano estaria imbuída da autoridade do Papa e do Imperador e de uma civilização tida como superior (WILD, 2016, p. 67).

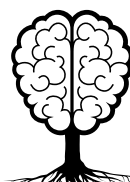




do conceito de obrigação. A generalização da ação condenatória para a propriedade e para o crédito reduziu todo o direito material a uma relação obrigacional de débito-crédito, de modo que a prestação antes que correspondia ao obrigado era de tolerar a ação do titular do direito, e não uma obrigação positiva por parte do obrigado, como transformouse. A sentença condenatória, assim, conserva os traços de obrigação, mantendo traços de incoercibilidade, confiando que o condenado espontaneamente cumpra o julgado (SILVA, 1997, p. 53 e 91-99) o que até hoje exerce influência naqueles que apontam ser o processo e o direito reflexo somente do que é lei.

Também expressa um sentido nocivo do dualismo, o normativismo positivista. Kelsen e Hart acabam por promover uma virada no positivismo, por meio de uma derrota do positivismo exegético para o voluntarismo. Kelsen, principalmente, foi quem impulsionou o voluntarismo judicial como ato de vontade e poder através do normativismo.⁹⁴ Nesta senda, pode-se apontar que em grande parte o positivismo exegético já foi superado (juiz boca da lei), porém, impera o positivismo normativista pós-kelseniano, o qual admite decisionismo e protagonismo judicial. Em que pese não ser o objetivo de Kelsen destruir a tradição positivista, mas, sim, o de responder ao crescente surgimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos no momento da interpretação do direito, aceitou que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos, incapazes de serem corrigidos. As normas jurídicas somente poderão ser corrigidas a partir da ordem *a priori* do ordenamento jurídico, por onde se moveria

⁹⁴ Da condição de refém de um assujeitamento a uma estrutura de caráter objetivista (metafísica clássica presente na ideia exegética e pandectista), passou-se a fase do “assujeitamento da estrutura a um sujeito solipsista”. (STRECK, 2010b, p. 18).





a Ciência Jurídica.⁹⁵ O normativismo positivista, porém, caracteriza-se por ser autoreferencial e monológico.⁹⁶

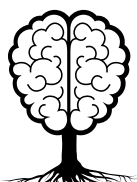
Pensar o direito como norma, sanção e forma, presente no período atual de nossa sociedade, faz com que se reduza o direito ao poder, pois para o normativismo o que importa é quem manda e sua vontade imperativa. Reduzir o direito à norma é apoiar uma metafísica muito presente, a separação clara entre produção e aplicação, a separação entre mandato e vida, conduzindo a um caminho de formalismo. O universo de normas e sanções é muito pobre, e incapaz de dar conta da complexidade de mundo (GROSSI, 2003, p. 46-49).

*Por outro lado – no seu momento **anti-legalista** e **anti-estadualista** o positivismo recusou a identificação entre direito e lei, chamando a atenção para um direito surgido das próprias instituições sociais, existente para além da vontade estadual expressa na lei e num plano que lhe era superior. Em todo o caso, a insistência posta por algum positivismo na função reguladora do Estado, como expressão política de um organismo social superior (nacao), atenua sensivelmente o alcance deste aspecto. E, assim, algumas das correntes que se podem filiar no positivismo acabam por conceder a lei um papel determinante na constituição do direito, nos quadros de um estadualismo autoritário, de que e exemplo o fascismo. (HESPANHA, 2017, p. 423-424).*

Pelo exposto, o positivismo, tanto num sentido marcadamente público como em um sentido marcadamente privado, expressa-se

⁹⁵ “Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminhou minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista, não de um exegetismo que, como pôde ser demonstrado, já havia dado sinais de exaustão no início do século passado. Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegetico, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da ‘aplicação’. E nisso reside a ‘maldição’ de sua tese. Não foi bem entendido, quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação ‘pura da lei!’ [...]” (STRECK, 2010b, p. 18-20).

⁹⁶ “È l'intramontabile sogno che ha alla fine condotto Hans Kelsen non già – come Kant – a sacrificare la scienza per salvare la fede, ma a sacrificare la normatività per salvare la scienza. In effetti una teoria giuridica siffatta, che di per sé è pienamente legittima e a volte ammirevole per le sottigliezze logiche, sarebbe una conoscenza *sul diritto*, ma non già *del diritto*. Sarebbe monologica e non già *dialogica* in quanto autoreferenziale.” (VIOLA, 2015, p. 57-74 e 61).





como forma autoritária e legitimadora do poder, pois suas justificantes enquadram-se em qualquer expressão do poder existente.^{97,98}

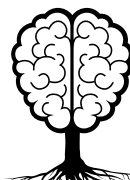
O fenômeno jurisdicional é reduzido apenas à *iurisdictio*, apenas no momento que o direito é *declarado*, como consequência da função tomada pelo Estado daquela *actio* que outrora permitia ao particular de perseguir o outro para a satisfação, o que se perpetua com a tradição positivista. O Estado, por sua vez, não se substitui em um equivalente poder de perseguição tal como na antiga *actio*, assemelhando-se mais, por sua vez, em uma perseguição por modo de dizer, e não de fazer. O juiz não possui volição, fica limitado a “dizer” o direito, sem nada fazer. A doutrina medieval, com respaldos no Cristianismo, já compreendia a jurisdição como o “dizer” o direito, não como o “fazer” o direito, eventualmente necessário para a manutenção incólume do direito material. Isso porque o “fazer” já não seria *iurisdictio*, mas *imperium*, visto hoje como *posterius* do ato jurisdicional; uma consequência da jurisdição (SILVA, 1997, p. 170). Sobre este ponto, o paradigma da complexidade adere às decisões estruturantes ao processo civil.

Os princípios processuais que dominam a tradição civilista e continental é o modelo do juiz-árbitro, aquele juiz que põe fim aos conflitos bilaterais⁹⁹ apenas aplicando as normas de direito material. A ideia ainda dominante da função jurisdicional é aquela que visualiza o processo de forma individual, que supõe um processo que se reduz à bipolaridade,

⁹⁷ Não admira, por isso, que o positivismo pudesse constituir, caldeado com outras influências, um dos pontos de apoio das ideologias autoritárias das quatro primeiras décadas do século XX. Assim, tanto na privatística como na publicística, o positivismo está na origem, tanto da reacção anti-liberal das primeiras décadas do século XX, normalmente designada por advento do *Estado social*, como dos regimes autoritários anti-democráticos. [...] se o positivismo denunciou o formalismo e abstracionismo da igualdade, tal como vinha a ser construída pelo direito das Luzes e da pandectística, o certo é que, ao insistir na desigualdade natural dos homens, abriu uma caixa de Pandora de onde saíram, por exemplo, justificacoes jurídicas do sexismo, do racismo e do expansionismo europeu. (HESPANHA, 2017, p. 419-423).

⁹⁸ Mas, frente a este sistema da criação judiciária do direito, frente a esta justiça dinâmica e romântica, os ordenamentos constitucionais fundados na separação dos poderes dão preferência ao sistema estático e “racionalizado” da criação legislativa do direito, que pretende realizar de maneira absoluta a separação da justiça em relação à política (CALAMANDREI, 2017, p. 43).

⁹⁹ O caso bipolar é a disputa entre duas partes frente ao juiz e este atua como árbitro que solucionará o litígio entre os interesses particulares pela aplicação do direito material. Para mais, ver Puga (2013).





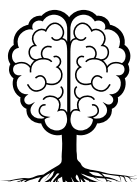
ordenado pelo princípio dispositivo – o monopólio processual das partes) e o princípio da congruência (sentença deve se limitar ao objeto do processo), cujos efeitos da sentença restringem-se às partes (PUGA, 2013, p. 20).

3.1.2.1 Dualismo Processual e Separação entre Fatos e Direito

O dualismo processual é também responsável pela artificiosa cisão entre fato e direito, o que aprofunda a ainda presente influência do paradigma moderno no processo civil.

Paralelo a objetividade dos fatos, a norma jurídica é também objetivada como dado que integra uma das premissas do silogismo. Os juízos de direito são a premissa maior, e os fatos a premissa menor. Ao juiz reconhece-se a posição de buscador da norma mais idônea (*iura novit curia*). Isto significa compreender o juiz como inerte, cuja decisão conecta-se em declarar uma norma que melhor enquadra-se nos fatos trazidos pela parte (GANUZAS, 2000). Deste modo, direito e processo, norma e fato, possuem uma distância no que toca à experiência jurídica, reduzindo a experiência a uma lógica. Porém, é evidente que o processo e o próprio direito é muito mais complexo que esta matemática (MENDEZ, 1979, p. 178-180).

A distinção entre questão de fato e de direito derivou do modo pelo qual o direito romano concebia a natureza interior da função jurisdiccional. O juiz romano sempre estabeleceu a certeza da norma de direito e do estado de fato concreto, cingindo em premissa maior e menor. Quando a parte buscava fazer valer ante o juiz um direito subjetivo, não somente limitava-se a submeter sua pretensão, a fim de que o juiz verificasse se conciliava-se com as normas de direito objetivo, senão deveria expor a narração dos fatos constitutivos com a prova. O juiz, deste modo resolveria

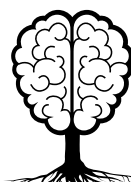




uma questão de fato, para decidir segundo seu livre convencimento, sobre a veracidade dos fatos aportados, bem como uma questão de direito, verificando se existia norma para atribuir efeitos jurídicos. A *iurisdictio* do pretor tinha função de produzir direito objetivo, pois a formula era um ato de criação de direito, entretanto, a sentença *iudicis* possuía ainda a função de aplicar fatos a norma preexistente, seja de uma norma antiga *ius civil*, ou uma nova norma criada para o caso particular (CALAMANDREI, 1945, p. 58-59).

No período romano-clássico, com uma especial e elementar influência do Cristianismo e seus valores, o interdito era reflexo do *imperium* do magistrado, contendo natureza administrativa de ordem, e não natureza judicial *decisória*, expressando que, desde este período, era presente a existência da separação entre direito e fato, de modo que as decisões sobre os fatos achavam-se fora da jurisdição: havia julgamento quanto ao direito, e não decisão enquanto ato de vontade. Assim, justificado na natureza *causae cognitio* com base na qual o magistrado emanava o interdito, consistia este apenas em decisão instrutória, e não de mérito, concepção mantida na doutrina moderna. A consequência deste modo de pensar o direito, foi o de que na sentença somente se integra o requisito decisório, sem que haja ordem, transformando assim o processo judicial em fonte de declaração do direito, extinguindo as tutelas mandamentais e executivas, por terem natureza de ordem (SILVA, 1997, p. 34-39, p. 38-44 e p. 91-99).

A centralização da administração da justiça nas mãos do imperador teve consequências políticas importantes, pois a jurisdição foi centralizada para estender as normas do direito imperial, ao lado e sobre o primitivo direito popular. O direito consuetudinário passou a se tornar cada vez mais escrito, modificando a função de juiz, que outrora era a de encontrar a norma não formulada anteriormente, mudando para uma função de aplicar uma norma preexistente. Invariavelmente surgiu o poder de controle do rei sobre toda a administração da justiça (CALAMANDREI, 1945, p. 102).





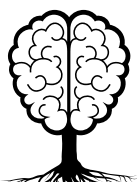
Consequência de um cenário de reforçamento do lei foi que “[...] *a cada avance del principio de legalidad, cada paso realizado en la obra de limitación y de sometimiento del Derecho al poder, supone un aumento de los espacios de la jurisdicción.*” A jurisdição aparece no momento de violação do direito, fazendo-se mais presente na medida que se torna mais complexo e penetrante, o que explica “[...] *el extraordinario desarrollo de la función de control del poder judicial que se ha producido en estas últimas décadas en todas las democracias avanzadas.*” (CALAMANDREI, 1945, p. 147-148).

[...] a separação radical entre o mundo do *ser* e do *dever ser* produziu uma perspectiva decididamente formal da teoria pura do direito, que não deseja sujar-se com a realidade social. [...] Não é de estranhar, portanto, que o direito esteja hoje separado do *fato*, e as únicas ações que a doutrina reconheça sejam aquelas que operam exclusivamente no *mundo normativo*, as declaratórias, condenatórias e constitutivas, considerando meras consequências do ato jurisdicional as eventuais repercussões fáticas das sentença, como seus efeitos executivos e mandamentais que, sendo fáticos, para a doutrina, não seriam mais jurídicos. (SILVA, 1997, p. 157).

Pelo exposto, evidente que o paradigma moderno, ao realizar a cisão entre fato e direito, reduzindo a função do juízo à declaração do direito preexistente, sem preocupar-se com a repercussão fática, afasta a ciência do processo de uma efetiva contribuição na construção do direito.

3.1.3 **Contraditório Moderno: monólogo judicial**

O *ordo iudiciarius* até o século XVII era fortemente influenciado pela retórica e tópica aristotélica, cuja investigação na verdade não se concebia como o resultado de uma razão individual, mas de um esforço de combinação de ambas as partes, denotando uma atitude de maior tolerância para com o outro. Sendo o *iudicium* decorrente da prática





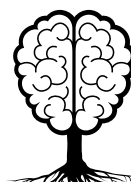
judiciária, sem qualquer assento em regra escrita ou conexão com autoridade estatal, vigorava uma paridade no diálogo judiciário (OLIVEIRA, 2018, p. 7-8). Havia, na essência do *iudicium*, a manifestação de uma razão prática e social, onde o próprio tribunal estabelecia seus modos de funcionamento. O fundamento do procedimento medieval dá azo ao que hoje cunhamos como princípio do contraditório, que à época consistia em uma metodologia de investigação da verdade.¹⁰⁰

A adesão do método na ciência do direito implica na passagem do *iudicium* ao *processus*, potencializado no século XVII, com a estatização do processo e a apropriação deste pelo Estado, o qual reivindica o monopólio da legalidade. A tópica aristotélica perde forças junto ao debate processual, assim como a dimensão paritária, até então imperante, é substituída pela do juiz como centro do processo e acima das partes (OLIVEIRA, 2018). “Tratava-se do ponto de chegada de uma concepção formal da ordo. Em sua base não se vislumbrava mais uma orientação problemática e uma lógica argumentativa, mas uma racionalidade objetiva, formal e calculante.” (PICARDI, 2008, p. 135-137).

O papel do juiz foi radicalmente alterada, de forma que a função jurisdicional restou despessoalizada, perdendo o juiz a função de controlador, tornando sua função previsível e controlável em um procedimento publicizado. Ocorre uma *desconfiança* quanto à controvérsia, diálogo e testemunha, criando uma atmosfera de lógica sem diálogo, sendo reduzido a uma mecânica de contraposição de teses, substituindo a verdade provável da tópica aristotélica em uma confiança objetiva proveniente da filosofia imperante.¹⁰¹

¹⁰⁰ As regras de procedimento possuem uma função de compensação (*rationes compensandi*) relativamente às diversas formas de desigualdade que se apresentam no processo: o *ordo iudiciarius* visa a assegurar a igualdade, não apenas entre as partes, mas também entre o juiz e as partes. Por exemplo, visto que o acusador, pela natureza das coisas, goza de uma posição de superioridade, procedia-se na investigação por meio de formas de compensação a favor do acusado: referimos a regras como *nemo tenetur se adere* e *in dubio pro reo* (PICARDI, 2008, p. 128-130).

¹⁰¹ Outro problema era, depois, o de identificar – com base em postulados epistemológicos, respectivamente, empíristicos 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. O novo *ordo*, sob a dieração do





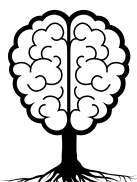
A extrapolação da matemática à linguagem humana é um reflexo do século XVIII e de sua “ars calculatoria”, que se prolonga até o presente. A dialética, por seu turno, não busca a uma ciência universal, mas à verdade do diálogo, que nunca permite compreender a questão de forma completa (GADAMER, 2007, p. 230-231).

Hoje vivemos ainda sob um “monologocentrismo”. Poucas vezes se alcança a comunicação entre os seres humanos recorrendo a demonstrações lógicas. Somos conscientes das vantagens que se derivam as ciências de um procedimento demonstrativo lógico, porém, o ser humano possui espaços de liberdade, marcado pelo irracível, pois não se pode fazer de tudo objeto de conhecimento, o que é bem demonstrado na tragédia, na comédia e na narrativa (GADAMER, 2007, p. 112-114).

3.2 A ABERTURA CONSTITUCIONAL COMO RESPOSTA À COMPLEXIDADE SOCIAL: ATIVISMO JUDICIAL E POLITIZAÇÃO DA JURISDIÇÃO

Desde a segunda metade do século XIX a sociedade torna-se mais complexa e, aquelas ideias que buscavam moderar o poder do Estado e estabelecer a prevalência de direitos originários sobre a vontade dos eleitos do povo é repensada, pois ao Estado é pedido cada vez mais intervenção em tarefas de subsistência, e as liberdades dos séculos XVII e XVIII já não eram capazes de dar respostas à sociedade. A crise do direito moderno é produto, então, de uma transformação reflexo de um direito com viés intervencionista, utilizado para realizar políticas públicas, superando o simples enquadramento de comportamentos e produzindo efeitos sociais, conforme ocorre com os programas constitucionais. O direito já

juiz, apresenta, de maneira definitiva, um caráter assimétrico, na medida em que fundamentalmente apoiado sob a autoridade, a hierarquia, a lógica burocrática (PICARDI, 2008, p. 135-137).





não mais é a encarnação da *razão*, perdendo atributos de sistematicidade, generalidade e estabilidade (CHEVALLIER, 2009, p. 120-121).

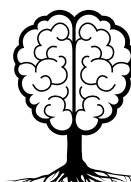
O século XX passa a exigir uma revisão das estruturas de Estado e de direito, pois *repolitiza* a vida jurídica a partir de princípios democráticos que advêm com a segunda Guerra Mundial.^{102,103} A lei, que outrora era o principal marco dogmático do Direito para exprimir os conceitos jurídicos, reflexo da busca de segurança, não mais é capaz de exprimir consensos permanentes, mas apenas passageiros. A busca de segurança 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 o sistema de controle de constitucionalidade das leis (HESPANHA, 2017, p. 358-359 e p. 371-372). Recebem uma importante guinada os princípios, utilizados como contraposição ao direito positivo, responsável por sustentar muitas das barbáries ocorridas.¹⁰⁴

Conforme visto, na concepção romano-germânica de processo o juiz não aplicava o direito anterior, senão dirimia o conflito e buscava a equidade mais do que o direito estrito. Este modelo alongou-se durante a idade média, sobrevivendo também em alguns institutos como a conciliação. De outro lado, o direito romano teve uma concepção diferente, pois a fórmula do pretor era, em si mesma, uma norma, de modo que o magistrado somente poderia condenar ou absolver, subordinando assim a decisão à fórmula. Quando esta concepção romana de direito chega ao

¹⁰² A forma estatal não deixou de ser muitas vezes uma ilusão de ótica, um simples envelope recobrimdo a existência de um poder absoluto. Nesse sentido, os totalitarismos do século XX se distanciaram radicalmente do modelo estatal clássico, a ponto de aparecerem como uma forma geneticamente diferente: o Estado totalitário pretende, com efeito, abarcar a integralidade do campo social e exercer um poder total sobre os indivíduos; os princípios de constituição dos Estados sofrem, como decorrência, uma completa desnaturação (CHEVALLIER, 2009, p. 27).

¹⁰³ [...] a constitucionalização do direito processual verificado a partir da segunda metade do século XX, a impor-lhe uma sensível redução do significado da lei, expresso pelas regras particulares, em favor dos princípios. Como era de prever, as novas circunstâncias fizeram com que os magistrados assumissem inevitáveis compromissos com opções valorativas. Entenda-se, porém, corretamente esta asserção: a transferência de poderes continua a ser zelosamente vigiada pelo poder, que não abre mão dos recursos (SILVA, 2006, p. 274-276).

¹⁰⁴ Na experiência jurídica alemã do Pós-Guerra, os impasses referidos foram resolvidos por via de uma argumentação fundada em princípios axiológicos materiais capazes de remeter a justificação



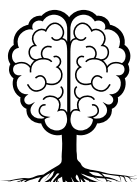


século XVIII, este caráter declarativo adquire sua máxima importância, dando azo a teoria de Montesquieu. Kelsen é quem se volta contra a tradição romana, apontando que a função da jurisdição é constitutiva.¹⁰⁵

Durante as primeiras décadas do século XX, umas das preocupações mais proeminentes do direito era a de reencontrar bases de autonomia gnosiológicas e metodológica a sua ciência, preservando o que o direito teria de diferente daquelas ciências que se limitavam a descrever a realidade social. O apogeu do formalismo foi com Hans Kelsen, quem levou a tentativa de purificação do saber jurídico ao mais alto grau: Kelsen considerou o direito como um sistema de normas cujo fundamento não estava em outros sistemas normativos, como a religião e a moral, e também não na ordem dos fatos, como a utilidade, mas sim porque era conforme ao direito, o que significa ser obrigatória em virtude do comando a uma norma superior. Kelsen erige a autonomia do saber jurídico, que provem a ser direito tudo aquilo que é vontade do Estado, mas que porém, que não resigna a ele, pois é contra o totalitarismo político do seu tempo (HESPANHA, 2017, p. 433-436), dotando o sistema jurídico de força normativa (cisão entre regras e princípios), instaurando uma *jurisdição constitucional* e, em consequência, legitimando a decisão judicial (e não o processo) para a aferição da validade Constitucional Silva (2015, p. 157-188 e 172).

das decisões para fatores *extra legem* gerando, como consequência, a afirmação de um *direito distinto da lei*. Essas foram as bases da construção de uma nova orientação jurisprudencial fundada em argumentos calçados em “cláusulas gerais”, “enunciados abertos” e princípios, que remetiam a justificação das suas decisões para fatores externos à lei. Com isso, abriu-se um novo registro capaz de tornar, aquele Tribunal, menos um “guardião da Constituição” e, mais, em garantidor da sua própria história jurisprudencial de modo autorreferenciada. O Tribunal, ao dispor dessa compreensão de Constituição, “encontra-se livre para tratar de litígios sociais como objetos cujo conteúdo já está previamente decidido na Constituição ‘corretamente interpretada’, podendo assim disfarçar o seu próprio decisionismo sob o manto de uma ‘ordem de valores’ submetida à Constituição.” Tal como o movimento do *direito livre*, esse hodierno. Direito Natural também obteve um forte impacto e a adesão de inúmeros discípulos. Os juízes passaram a invocar livremente conceitos como “sentimento natural de justiça”, “consciência pública” ou direito natural puro e simples, sendo que os textos de direito positivo servem para legitimar (“positivar”) as ideias morais na forma predispostas pelas Cortes de Justiça (WILD, 2016, p. 79).

¹⁰⁵ “Los reproches dirigidos a esta concepción han conducido a sus adeptos, a llevar más adelante aún el pensamiento de su maestro, estableciendo un ligamen entre las normas y la vida humana, entre la valoración del constituyente, del legislador, del juez, del individuo, que procura responder, al mismo tiempo, a las exigencias de la pureza metódica y a las necesidades de un derecho más contagiado de vida y de valoración humana.” (COUTURE, 1978, p. 69-72).

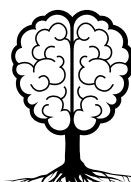




A aplicação da Constituição pelos juízes abre a brecha definitiva no ordenamento jurídico moderno, pois amplia o leque de significações. A *autorictas* do juiz é retomada tal como no *ius comune* a partir da abertura constitucional, de modo que igualmente que o Juízo anterior, o atual Juízo também tem duas dimensões: o científico e o particular “*En el mundo premoderno ese texto fue el derecho romano y canónico, en el posmoderno es el texto de las constituciones y los tratados.*” Desta feita, a constitucionalização do direito renovaram o cenário do direito pós-moderno, colocando o juiz na posição central do ordenamento jurídico (VIAL-DUMAS, 2018, p. 177-204).

No que toca à constitucionalização do processo, 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, tanto para que a Constituição defendesse a si mesmo dos ataques dos juízes (GUILLEN, 1970, p. 153-154) – 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.

Em um segundo estágio, a constitucionalização do processo desenvolve-se a partir da perspectiva material – sua fase social – voltada à implementação e à eficácia dos direitos fundamentais (garantir, assegurar e efetivar os direitos fundamentais), ajustando a Constituição às situações sociais. 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, p. 365-382 e 368). Desde essa perspectiva, 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. Da passagem do Estado Liberal ao Estado Social, as tarefas do Judiciário aumentam na medida que também aumenta o poder de atuação do Juiz junto ao processo. A inflação legislativa ocasionou também uma desvalorização da lei: “quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento.” (PICARDI, 2008, p. 5-6). O aumento dos poderes do juiz tangencia a escolhas do procedimento e técnicas para resolver as controvérsias, como as tutelas, que hoje substituem a tutela de cognição plena e exauriente.^{106,107}

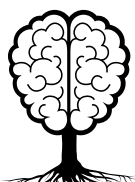
Por todos os fatores e estágios derivados da Constitucionalização do Processo,¹⁰⁸ ocorre um natural – e polêmico – aumento do controle jurisdicional sobre os demais poderes, inicialmente reconhecendo que o legislador não é onipotente,¹⁰⁹ dado que as leis que promulga não são

¹⁰⁶ ¹⁰⁹ Picardi (2008, p. 4).

¹⁰⁷ ¹¹⁰ Damaska (1986, p. 289-290) aponta que em um Estado Ativista (como ocorre em um primeiro momento com a aplicação do conteúdo material da Constituição) a posição do juiz é alterada: “Lo central de la imagen de un adjudicador imparcial en el estilo reactivo de resolución de conflictos ha sido demostrado y he analizado cómo esta imagen requiere que sea de alguien desinteresado y esencialmente pasivo. El objetivo de implementación de políticas requiere una imagen clave diferente: lo que se espera principalmente del juez es que llegue al resultado preciso o que encuentre la solución más apropiada a un problema, tal como se cristaliza en el proceso. La posibilidad de que tenga que saltar a la acción es tácita. Es igualmente claro que el tema de su neutralidad ante dos partes ni siquiera ha de mencionarse, pues no siempre ha de haber dos partes en el proceso judicial. Pero incluso cuando los procesos no están libres de tensiones bipolares, el juez activista no está obligado a tratar las dos partes de modo igual, bajo ciertas circunstancias puede esperarse que se aliene y lo ayude si no consigue fallar el caso correcta y eficazmente. Por lo tanto al considerar la mejor posición y los atributos más deseables del juez activista, el tema general es identificar aquellas posiciones y atributos que probablemente apoyarían una disposición sustantivamente correcta del caso. En suma, la imagen de un juez honrado antes que imparcial expresa el ideal adjudicativo en el proceso dedicado a la implementación de una política de Estado. Al considerar los diversos aspectos del proceso activista, he anotado repetidamente que el juez está obligado a ampliar la argumentación y sobrepasar el material presentado por los participantes en el proceso, cuando sea aparente que tales acciones son necesarias para alcanzar los resultados correctos. El juez no puede mantenerse apartado y sin participar. Sin embargo es evidentemente difícil dar una respuesta general al tema del grado preciso de su implicación: ésta dependerá en gran medida de la participación de los demás funcionarios del Estado en el proceso. Desde luego, cuando es el único participante con autoridad, su implicación alcanza el máximo: como adjudicador, asumo el control personal sobre el proceso. Pero cuando otros funcionarios realizan otras acciones, puede llegar un momento en que el adjudicador parezca convertirse en observador pasivo, limitado a tomar una decisión sobre la base del material reunido por otros funcionarios. En aquellos casos en que dos funcionarios presional por llegar a desenlaces puestos del caso, incluso podría parecer que el adjudicador se transforme en un árbitro que resuelve los conflictos limitado a sentenciar a favor de la alternativa oficial que se ha argumentado persuasivamente. Pero esta es una visión superficial: no sólo la abdicación total del control procesal es ajena al estilo activista puro, sino también el modelo de decisión como elección entre puntos de vista en competencia, o una mediación entre estos puntos de vista.”

¹⁰⁸ Para análise mais detalhada dos fatores que ocasionam o aumento do poder jurisdicional, ver Berizonce (2010a, p. 49-50).

¹⁰⁹ Nesse sentido, ver a interessante diferenciação que Ferrajoli realiza entre separação e divisão dos poderes em Ferrajoli (2007, p. 863 e ss.).





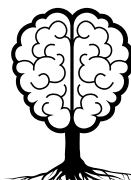
válidas por serem vigentes, mas somente se e quando forem coerentes com a Constituição. Outro elemento que amplia o papel do controle jurisdicional, conforme visto, é a extensão das funções próprias do Estado social em consequência de sua intervenção na economia e pelas novas prestações requeridas pelos direitos sociais: saúde, educação, segurança social, subsistência e outros análogos (TARUFFO, 2005, p. 69): 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,¹¹⁰¹¹³ a partir da cisão regra-princípio, responsável 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 da consciência* (STRECK, 2013, p. 93), esquecendo-se, de fato, da importância fundamental do debate/diálogo processual na construção da decisão judicial.

Em que pese os avanços do processo pela constitucionalização, em todas essas manifestações/divagações e evoluções sobre a ciência processual o processo ainda estava reduzido à jurisdição, à vontade do juiz, curvando-se ao voluntarismo jurisdicional do século passado. Esta mudança tem como fundamento o que se poderia tratar como uma nova concepção do processo civil: o justo processo.

Para buscar uma nova visão, evidenciar-se-á que com as novas conquistas do direito, o problema da justiça no processo foi descolado de papel-missão do juiz para a garantia das partes, resgatando a centralidade no debate processual para a construção da decisão judicial ao caso concreto.

¹¹⁰ 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).





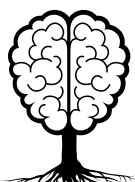
4 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE NO PROCESSO CIVIL E NO DIREITO:¹¹¹ PROCESSO CIVIL NA BUSCA DA TUTELA JUDICIAL EFETIVA E DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

El derecho, em su autonomía, fuerte en su radicación en la costumbre social, ha vivido y vive, se ha desarrollado y se desarrolla también fuera de ese cono de sombra, también fuera de los rales del llamado derecho oficial: consecuencia inevitable de no ser dimensión del poder y del Estado, sino de la sociedad en su conjunto. (GROSSI, 2003, p. 52).

Quem percorre, de um lado, os progressos e conquistas das ciências físicas e, de outro, os das ciências sociais, não pode deixar de entristecer-se. O direito continua a ser elaborado e explicado segundo os métodos dos tempos romanos e da Idade Média. (MIRANDA, 2000, p. 59).

[...] el drama de la ciencia del proceso, que si es, como no puede dudarse, ciencia del juicio, se encuentra con ser a un tiempo todo y nada: todos, porque comprende y reabsorbe en sí todas las ciencias; nada porque no tiene principios, no tiene conceptos, no tiene sistemas, sólo tiene ante sí el ilimitado e inagotable mundo de lo concreto que debe observar y debe ayudar a formarse. [...] Es justamente esta reconstrucción de la realidad toda entera del juicio que se incorpora en el proceso y del proceso que se transforma en acción efectiva en el juicio,

¹¹¹ Mais precisamente, ainda que os fenômenos não estejam ligados por um vínculo de causalidade, mas sim de concomitância, a dinâmica pós-moderna que sacode as sociedades contemporâneas atravessa simultaneamente, e como um mesmo movimento, tanto o direito como o Estado: paralelamente ao direito clássico, ligado à construção do Estado e característico das sociedades modernas, assiste-se à emergência progressiva de um novo direito, reflexo da pós-modernidade. Essa perspectiva não se impõe como uma evidência: ela pressupõe não apenas que as múltiplas e muito diversas inflexões do direito, objeto de numerosas análises e referidas por meio de vocábulos diversos (“direito flexível”, “direito brando”, “direito fluido”), são entre si vinculadas, formando uma constelação, ou melhor uma “configuração”, no sentido dado a esse termo por Norbert Elias (vale dizer, um conjunto organizado e hierarquizado de elementos unidos entre si por relações de interdependência de tal ordem que não poderão eles ser analisados isoladamente, de modo independente dos vínculos que os unem), mas também que um salto qualitativo ocorreu, que essa configuração seja inovadora em relação à ordem jurídica antiga; uma “mudança de paradigma” estaria em vias de produzir-se no universo do direito. Para admitir uma tal alteração, é necessário colocar a hipótese de que o direito é uma produção social: todo sistema jurídico repousa sobre um princípio de ordem, é caracterizado por uma lógica, indissociáveis de um determinado estado da sociedade. Parte integrante da construção da sociedade moderna, o direito foi impregnado dos valores subjacentes a essa modernidade; e ele não pode deixar de sofrer os efeitos da contrapartida da crise da modernidade, que enfraquecem os seus fundamentos e perturbam a sua organização (CHEVALLIER, 2009, p. 115).



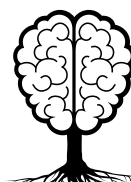


en el estudiar la connaturalidad de uno y otro, por qué el uno es para el otro y viceversa. (SATTA, 1971, p. XLII-XLIII).

Na égide de uma sociedade pós-moderna, os problemas são criados e recriados com configuração diferente, exigindo que a ciência jurídica acompanhe essas transformações, sendo para tanto, preciso alterar o paradigma científico calcado sob a matemática e a lógica-dedutiva para o paradigma da complexidade, responsável por romper com o racionalismo e acompanhar os fenômenos. Para tanto, acredita-se que o processo civil poder ser transformado em sua ciência, para que enfim acompanhe as novas complexidades sociais.¹¹²

O paradigma complexo não concebe posições absolutas, mas relativas, em complementariedade e comunicação (MORIN, 2005a, p. 168), adequando-se às complexidades internas (do ser humano) e as complexidades externas (da sociedade, e da natureza) (VILAR, 1997, p. 11-12), através uma consciência cada vez maior das limitações que correm na relação entre consciência e conhecimento. Esta nova racionalidade realiza uma transformação do conhecimento científico, esboçando e demarcando o futuro de nossa ciência, inserindo-se pela via da *descentralização de disciplinas* que se desenvolve através do descobrimento de níveis de

¹¹² A lógica do governo representativo conduziu a restringir os direitos políticos de cidadania à exclusiva designação de representantes: a eleição aparece assim como o instrumento pelo qual os cidadãos se encontram desaposados da realidade do poder em benefício dos governantes; uma vez passada a eleição, a cidadania transforma-se em uma cidadania passiva, o cidadão sendo obrigado a submeter-se aos comandos daqueles a quem escolheu. Sem dúvida, a lógica democrática implica que os cidadãos mantenham a possibilidade de intervir no jogo político, seja pela mediação partidária, seja ainda expressando sua opinião segundo modalidades diversas (manifestações, petições...); entretanto, essa intervenção realmente não elimina o princípio mesmo do desaposamento. A crise do sistema representativo demonstra que essa concepção tomou-se doravante caduca: a exigência democrática parece exigir que seja reconhecida aos cidadãos uma influência sobre as escolhas coletivas; a cidadania' tende assim a se tomar uma *cidadania ativa*, incompatível com qualquer ideia de desaposamento. Os direitos políticos da cidadania não poderiam ser reduzidos à simples designação de representantes encarregados em gerir os negócios da Cidade; eles implicam num direito de opinião sobre as escolhas coletivas: a democracia "de eleição" é substituída por uma democracia "de expressão" (pela tomada da palavra), por uma democracia "de implicação" (pelo debate) e por uma democracia "de intervenção" (pela ação coletiva). [...] A concepção da cidadania que tende doravante a prevalecer caracteriza-se por uma dupla *ampliação*: por um lado, o enriquecimento do conceito de cidadania pela extensão a novos direitos; por outro lado e correlativamente, a abertura desses direitos para novas categorias de beneficiários, o que conduz, senão ao desaparecimento, pelo menos à redução do campo de aplicação da condição da nacionalidade (CHEVALLIER, 2009, p. 258).



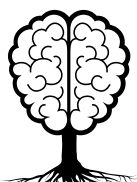


realidade não traduzíveis diretamente a um projeto de ciência unitária, simplista e disciplinaria, nos termos do paradigma cartesiano.

Também, o paradigma da complexidade no processo civil busca trazer uma ideia de ciência descolada de ideologizações e politizações que visam interesses pessoais, buscando inserir no direito uma ciência que não produza verdades indiscutíveis, mas, sim, discutíveis, uma vez que o ritmo complexo impede falar sobre verdades absolutas.

Para ilustrar o perigo de adesões cegas a representações extremadas (inserção ideológica na ciência), Latour¹¹³ explana que na história da modernidade subjaz dois tipos de representações políticas, explicitadas na filosofia por Hobbes, que constrói a fábula do governo na ciência social, e por Boyle, que constrói a representação do Estado pelos cientistas naturais. De um lado, do pensamento de Hobbes, o sujeito de direito, a força social, o poder que compõe o Leviatã: o poder é confiado a um soberano que tem o poder de decidir e autorizar, composto apenas por cálculos acordos e dispostos, ou seja, apenas por relações sociais. O Leviatã é o tradutor da sociedade; traduzindo, pode traí-los. Para Boyle, por seu turno, é no laboratório, com as máquinas artificiais, onde se opera a criação de fenômenos por inteiro, que representam a natureza como ela é. Os cientistas é que são os representantes dos fatos, pois é os fatos que falam pelos cientistas. Desse modo, de outro lado, subjaz o objeto da ciência, a força natural, o mecanismo. São ambos porta vozes, um da política, que representam a multidão dos cidadãos (que não saberiam falar ao mesmo tempo, humanos), e outros da ciência, que por sua vez

¹¹³ Latour utiliza-se do livro *Leviathan and the Air Pump*, escrito por Steven Shapin e Simon Schaffer (Princeton University Press, 1985), obra que debate sobre duas perspectivas do conhecimento: uma apresentada por Hobbes, através de seu livro *Leviathan*, e outra por Boyle, em seu livro *Air Pump*. Nas palavras de Latour: Os dois ramos do governo elaborados por Boyle e Hobbes, cada um do seu lado, só possuem autoridade quando claramente separados: O Estado de Hobbes é impotente sem a ciência e tecnologia, mas Hobbes fala apenas da representação dos cidadãos nus; a ciência de Boyle é impotente sem uma delimitação precisa das esferas religiosas, políticas e científicas, e é por isso que ele está tão preocupado em suprimir o monismo de Hobbes. São dois pais fundadores, agindo em conjunto para promover uma única e mesma inovação na teoria política: cabe à ciência a representação dos não-humanos, mas lhe é proibida qualquer possibilidade de apelo à política; cabe à política a representação dos cidadãos, mas lhe é proibida qualquer relação com os não-humanos, produzidos e mobilizados pela ciência e pela tecnologia (LATOUR, 1994, p. 33-34).



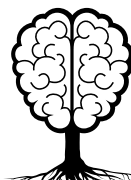


representam a multidão material dos objetos (mudos por nascimento, não humanos). O detalhe é que ambos podem trair a sociedade.¹¹⁴ O objetivo, porém, tanto da filosofia da ciência, como da filosofia política é realizar discussões públicas normatizadas, de modo que Latour busca denotar que um governo democrático não pode ser ideologizado, sendo, para tanto, necessário um balanceio entre ciência e sociedade, *razão pela qual se utiliza o paradigma da complexidade como forma de resgatar o processo ao direito, devendo se calcar na ciência para ser democrático.*

Na sequência, também aporta uma nova manifestação para o paradigma da complexidade, Karl R. Popper, quem se apoia em uma “incertidão” criativa para lidar com a impossibilidade de um método científico ou racional lidar com o caminho da história humana (POPPER, 1980a).

A importância maior destas teorizações e da demonstração das tendências científicas atuais reside em considerar o novo paradigma da ciência natural: quando é mudado o paradigma da ciência natural, modifica-se também o modo de fazer/construir a ciência social. A crise do paradigma dominante traz um profunda e necessária reflexão epistemológica acerca

¹¹⁴ Hobbes define um cidadão nu e calculador que constitui o Leviatã, este deus mortal, esta criatura artificial. O que sustenta o Leviatã? O cálculo dos átomos humanos gerado pelo contrato, o qual decide quanto à irreversível composição da força de todos nas mãos de um único. Do que é feita essa força? Da autorização dada por todos os cidadãos nus a uma única pessoa que pode falar em seu nome. Quem age quando ele age? Nós, criatura paradoxal, artificial, composta de cidadãos unidos apenas através da autorização dada a uma pessoa para representá-los todos. O soberano fala em seu nome ou em nome daqueles que o autorizam? Questão insolúvel que a filosofia moderna nunca terminou de desembaralhar. De fato é o soberano quem fala, mas são os cidadãos que falam através dele. O soberano torna-se seu porta voz, sua persona, sua personificação. Ele traduz os cidadãos e, portanto, poder traí-los. O Leviatã é feito apenas de cidadãos, de cálculos, de acordos, de disputas. Resumindo, é feito apenas de relações sociais. [...] Mas Boyle define um artefato ainda mais estranho. Ele inventa o laboratório, no interior do qual máquinas artificiais criam fenômenos por inteiro. Ainda que artificiais, caros, difíceis de reproduzir, e apesar do pequeno número de testemunhas confiáveis e treinadas, estes fatos representam a natureza como ela é. Os fatos são produzidos e representados no laboratório, no texto científico e autorizados pela comunidade nascente de testemunhas. Quem fala quando deles falam? Os próprios fatos, sem dúvida nenhuma, mas também seus porta-vozes autorizados. Quem fala então, a natureza ou o homem: Questão insolúvel com a qual a filosofia das ciências irá defrontar-se durante quase três séculos. Em si, os fatos são mudos, as forças naturais são mecanismo brutos. Os cientistas, porém, afirmam não falar nada: os fatos falam por si mesmos. Estes mudos são portanto capazes de falar, de escrever, de significar, dentro da redoma artificial do laboratório ou naquela, ainda mais rarificada, da bomba de vácuo. Pequenos grupos de cavalheiros fazem com que as forças naturais testemunhem e testemunham uns pelos outros que eles não traem, mas antes traduzem o comportamento silencioso dos objetos (LATOUR, 1994, p. 34-35).





do conhecimento científico, trazendo-se, inclusive, discussões filosóficas, uma vez que depois da eufória cientista do século XIX e a aversão da filosofia como ciência, passa também a constituir questões fundamentais para as construções científicas (SANTOS, 2008, p. 49-50).

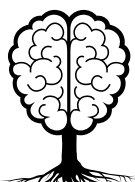
O pós-modernismo no direito representa uma reação contra tendências racionalizantes da modernidade, onde era imperante do mesmo modo um cientificismo triunfante. Um nível mais adequado para conhecer e organizar é que o conhecimento e a organização sejam tidos como progressivos e aditivos, representando vitórias sucessivas sobre a irracionalidade e a desordem.¹¹⁵ Os juízes pós-modernos estão submetidos a exigências muito diferentes do que aquelas presentes em um Estado Moderno, provenientes de uma Democracia sólida, aumentando exponencialmente após a abertura democrática das Constituições pós segunda guerra.

Em um contexto de globalização¹¹⁶ presta-se maior atenção ao desenvolvimento das relações privadas,¹¹⁷ pois as relações jurídicas

¹¹⁵ “Para as correntes do pos-modernismo e, como se disse, muito forte a consciencia de que a producao dos resultados dos saberes (e, tambem a do saber juridico) nao e facilmente imputavel, apenas, a reflexao ou as intencoes dos seus cultores. Cada saber e o produto de uma pratica especifica (ou “local”) da qual fazem parte preconceitos, tradicoes intelectuais, redes de comunicacao, finalidades praticas, micro-conflitos simbolicos ou socio-profissionais. Tudo isto lhe e especifico e condiciona os seus resultados. E inutil, portanto, ver por detras dos conceitos, teorias e propostas de accao formulados por um saber uma qualquer racionalidade superior; como e inutil acreditar demasiado na eficacia externa (i.e., sobre a realidade) das suas propostas.” (HESPANHA, 2017, p. 493-496).

¹¹⁶ A globalização não é um fenômeno radicalmente novo [...] Tendo continuidade depois da Segunda Guerra Mundial, o processo de internacionalização tomou uma nova dimensão ao longo dos anos 1990: o conceito de globalização traduziu uma aceleração e um aprofundamento desse processo; é a questão da pertinência mesmo do quadro estatal que está colocada a partir de agora. As fronteiras, físicas e simbólicas, que delimitavam a esfera de influência, o espaço de dominação do Estado, tornaram-se porosas: os Estados são atravessados por fluxos de todas as ordens, que eles são incapazes de controlar, de canalizar e, se necessário, conter; já não tendo controle sob as variantes essenciais que comandam o desenvolvimento econômico e social, a sua capacidade de regulação tomou-se, concomitantemente, aleatória (CHEVALLIER, 2009, p. 32).

¹¹⁷ Ao discorrer sobre as características do direito infraestatal em um contexto de globalização, o autor aponta que “Ao interior do Estado, a regulação jurídica tende também a se privatizar e a se segmentar: a exigência de adaptação da norma ao caso concreto supõe, com efeito, a proximidade de seu autor face aos problemas a resolver; a regulação é, então, chamada a provir de múltiplas fontes, muito diversamente enraizadas na sociedade ou enquistadas no próprio Estado. 1 A regulação jurídica de origem privada tomou uma importância crescente em virtude do movimento de desregulamentação dos anos 1980: tudo se passa tal como se se estivesse na presença de vasos comunicantes, toda redução da ordem jurídica estatal criando um espaço livre que as ordens privadas concorrentes procuram conquistar (CHEVALLIER, 2009, p. 150).



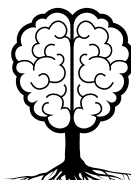


de fato se desenvolvem cada vez mais à margem do direito estatal. O direito está cada vez mais ausente da sociedade, abrindo um espaço de policentralidade, desafiando a estrutura piramidal do direito,¹¹⁸ apontando a falha do Estado quando busca prever e controlar todas as situações da vida, por consistirem em sistemas não normatizados pelo direito entram em conflito com o que é jurídico, fazendo emergir uma dimensão social do direito (ARNAUD, 1999, p. 166 e p. 212-213). A globalização, deste modo, significa ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. A práxis econômica é a nova produtora do Direito, pois a nova economia e as novas técnicas exigem novos instrumentos jurídicos ausentes na instituição romanista. Ainda, se o direito moderno teve no seu amago a proeminência de um direito público, com o direito globalizado tem-se um direito privado produzido pelos privados. Um direito globalizado já não mais atém-se ao que é típico e atípico, mas sim ao que é factual.¹¹⁹

Com a globalização a soberania estatal é alterada e a regulação jurídica passa a ocorrer não somente a partir dos olhos do Estado, modificando também a estrutura criadora de direitos, observando-se mais os casos concretos que se desenvolvem na sociedade. De fato, ocorre um “desencantamento do Estado”, pois em que pese os seus defeitos, ainda é o único agente de peso que pode, em grande parte dos conflitos, proteger o indivíduo frente a ordem global imposta pela globalização que se introduz pela economia. Contudo, o Estado ainda é considerado “[...] o melhor agente para que se obtenham os resultados

¹¹⁸ O que significa criticar que em uma teoria piramidal, baseada no Estado como única fonte produtora de direito, única sede de juridicidade, por uma visão que veja o direito também na produção social.

¹¹⁹ O direito da globalização não é puro, nem pretende ser puro: a pureza não entra em suas finalidades, mas, melhor, implementou instrumentos novos e eficazes de imediata utilidade para os operadores econômicos. Aqui, não é a validade que domina, mas, ao contrário, a efetividade; não a coerência a um modelo forte, porque não existe o modelo centralizado e filtrante e se tem, melhor, um pulular de modelos que nascem e morrem na incandescência da práxis e que representam não mais a atuação de um projeto autoritário, mas coagulações que expressam exigências efetivas na concretude da vida cotidiana. Efetividade significa precisamente isto: um fato é tão novo e apropriado aos interesses dos operadores econômicos que eles o repetem, o observam, não por ser o espelho fiel de algo que está no alto, mas por ter em si uma força (e, se assim quisermos, uma capacidade persuasiva) que o faz merecer ser observado e, portanto, de vida duradoura (GROSSI, 2010, p. 76-80).



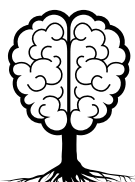


esperados de tomadas de decisão que muitas vezes o ultrapassam, e para incorporar a essas decisões os controles com a salvaguarda necessária”, pois “A efetividade deste governo depende da governabilidade de que ele dispõe num contexto determinado.” (ARNAUD, 1999, p. 181-182). Nesse sentido também assevera Chevallier, ao apontar que com a globalização o Estado perdeu algum de seus atributos, porém isso não significa que tenha se tornado “ultrapassado” como forma de organização política (CHEVALLIER, 2009).

Neste contexto, concorda-se que é necessário que o juiz ganhe um maior espaço, para adequar a normativa às necessidades globais, exigindo-se um Poder Judiciário forte e independente. Entretanto, paralelo ao aumento do poder do juiz, este se iguala às partes, pois a decisão judicial é, sobretudo processual.

A sociedade deve visualizar o conceito de “governar” sob novos ângulos: “A sociedade civil aparece daqui por diante não mais apenas como um conjunto de movimentos de reivindicação, mas também como expressão de uma verdadeira vontade de participação por parte dos cidadãos.” Esta *governança* é concretada em uma sociedade que retire a concepção hierarquizada dos atos de poder, a partir de um direito produzido de maneira plural e negociada¹²⁰ “[...] uma nova razão jurídica – negociada – anima hoje o direito, em contradição com a razão jurídica imposta autoritariamente, e implementada sob os auspícios do princípio político da tomada de decisão coletiva através da representação do

¹²⁰ A crise da Razão jurídica comprometeu essa eficácia normativa: a força da regra de direito não provém mais de ser ela formulada como uma ordem obrigatória, à qual todos são obrigados a se submeter; a regra de direito depende doravante do consenso de que é cercada. Esse consenso supõe que os destinatários sejam partes integrantes de sua elaboração: a concertação prévia, a participação na definição da regra torna-se a garantia de sua legitimidade; o direito toma-se, desse modo, um direito negociado, que é o fruto de uma deliberação coletiva. A uma legitimidade intrínseca, fundada sobre a representação do direito como encarnação da Razão, sucede uma *legitimidade procedimental*, atestada por seus modos de elaboração: a passagem por diferentes formas de discussão e das vias de comunicação correspondentes permitirá postular o caráter “racional” do conteúdo da norma. Os procedimentos de elaboração das normas tomam-se, desse modo, longos e complexos, a fim de ajustar e de harmonizar progressivamente os pontos de vista de uns e de outros (CHEVALLIER, 2009, p. 164).





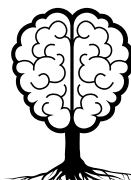
corpo social.” Com a *governança* procura-se estabelecer um equilíbrio dos poderes e uma organização de responsabilidade.¹²¹

A questão é, portanto; como tomar em conta seu desejo sem atropelar as formas legítimas de criação do direito? Isso não será, na verdade, possível sem que ocorra uma renovação completa dos fundamentos epistemológicos sobre os quais repousa o esquema que acamados de apresentar. O processo tradicional, clássico, moderno, de produção normativa repousa, com efeito, nos princípios de uma epistemologia positiva. (ARNAUD, 2007, p. 301-302).

Os problemas epistemológicos se encontram correlacionados com as concepções ontológicas sobre o Direito: como norma, como ato social, como ato psíquico, como realização de um valor ou como fenômeno complexo. O Direito é um fenômeno complexo por ser um conglomerado heterogêneo de significações, considera-lo desta maneira há a possibilidade de dotá-lo de sensibilidade, pois para tanto exige o intercruzamento disciplinar para bem compreendê-lo: o Direito deve ser buscado da sociedade (no interior de uma teoria da sociedade). Considerando-o diferente disso, como no plano das normas positivadas, resulta insuficiente a localização da significação jurídica sensível, bem como no plano das condutas, assim como não é possível encontrar a significação jurídica a partir da referência a um sistema transcendental de valores.¹²²

¹²¹ Ao passo que os direitos continentais são tradicionalmente fundados numa gestão piramidal da empresa, derivando do princípio de governo, procura-se, com a *governança*, garantir, inicialmente, um equilíbrio dos poderes e uma organização da responsabilidade entre três atores: o acionista, o administrador e o dirigente. Existe, com efeito, um conflito de objetivos entre eles, notadamente entre o primeiro, que busca a rentabilidade (geralmente a curto prazo) e o dirigente, que busca, de seu lado, o crescimento externo através de estratégias a longo prazo e a escolha de uma política de investimentos (ARNAUD, 2007, p. 121-122, p. 224-231, p. 251 e p. 277).

¹²² De minha parte considero que, mesmo que o homem de carne e osso não coincida com o sujeito social e jurídico, isso não impede conceber um sujeito social e jurídico como um conjunto complexo de significações. Kelsen também rechaça a possível identidade do sujeito jurídico com o homem concreto. Para ele o sujeito de Direito é um conjunto de normas positivas relacionados a um mesmo âmbito pessoal de validade. Minha proposta difere da Kelseniana, posto que o conjunto de significações, que constitui para mim o sujeito jurídico, é algo mais que um conjunto de normas positivas. A gênese do direito deve ser buscada na sociedade, vista como um complexo significativamente atuante, e não derivado de representações idealistas e transcendentais, ou de





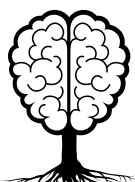
En este episodio performativo del proceso judicial se mantiene al derecho abierto al conflicto y sensible a la tragedia. Es allí donde encuentro el más significativo de los roles sociales y políticos del sistema judicial, y donde radica su verdadera potencia práctica. (PUGA, 2013, p. 306-307).

Segundo a teoria política mais recente, responsável por ampliar novos horizontes ao direito, aponta-se que o direito manifesta-se por formas persuasivas, invisíveis de disciplinar, que não alcançam o cume da política, vivendo no nível mais baixos das relações quotidianas, dispersos por todos os nichos e níveis das complexas relações sociais. Esta concepção do Direito descentraliza o direito oficial do seio de uma instituição para explorar mecanismos normativos da vida quotidiana. Atualmente, o campo de direito oficial de pesquisa vai muito além do direito oficial (HESPANHA, 2017, p. 35-36). Esta visão do paradigma da complexidade no processo civil tem como principal influxo uma necessária renovação da relação entre processo e direito.

O direito processual atualmente encontra-se inserido em uma sociedade complexa que tem como marco a judicialização de conflitos vários, que busca dar conta de interesses que exasperam o Direito como Lei, assim como de novas complexidades que desafiam a dogmática.¹²³ A velocidade com as quais as novas complexidades apresentam-se ao Direito exige que a ciência jurídica reconheça no processo local por excelência para adequação texto e contexto, criando-se Direito pela decisão judicial, como local para debate democrático-participativo. A produção jurídica do Direito não pode se limitar somente ao que é Lei (representação), pois a sociedade é complexa e em constante criação e novos conflitos que muitas vezes, por interesses vários, não são absorvidos pelo legislativo,

pressupostos categoriais ainda vigentes, como a kelseniana, a doutrina do direito natural, a fenomenológica ou a postura hegeliana sobre o direito (WARAT, 2009, p. 318-320).

¹²³ A globalização traz consigo relevantes desafios: “Em seguida, o desenvolvimento dos fluxos transfronteiriços desencadeia “a cosmopolitização dos riscos”: riscos tecnológicos, ilustrados pela difusão recorrente de vírus;” atacando os sistemas de informática, ou pela explosão das nanotecnologias; catástrofes ecológicas, consecutivas ao naufrágio de grandes petroleiros; riscos sanitários, resultantes de acidentes nucleares ou da propagação de epidemias (CHEVALLIER, 2009, p. 36).





mas que ameaçam/lesionam interesses existenciais. Nem pode, por outro lado, estar a jurisdição a disposição do voluntarismo judicial, a partir da abertura propiciada pela constitucionalização do direito.

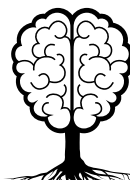
4.1 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO: UMA PROPOSTA DEMOCRÁTICA À COMPLEXIDADE SOCIAL

*[...] los planteamientos del paradigma de la **complejidad prevalece la ética del diálogo 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).*

Quando a ciência processual é permeada pelo paradigma da complexidade, ocorre profunda constitucionalização dos *institutos processuais*, sejam eles os princípios fundamentais que norteiam o processo, ou os objetos processuais: a principiologia processual revisada pela cooperação e boa-fé processual, a pretensão processual (objeto do debate e objeto do processo) vista a partir de uma abertura dialogal, expressam uma visão democrática e renovada do processo civil, através do processo justo.

A partir de um paradigma ultrapassado na ciência do processo, não é possível que ocorra uma profunda substancialização do processo civil. A ordem jurídica ainda é vista de modo rígida, sem espaço para elementos como a flexibilização e constitucionalização de institutos processuais,¹²⁴ responsáveis, por sua vez, por realocar os sujeitos processuais, superando

¹²⁴ “[...] princípios constitucionais não são meros princípios procedimentais criados a emo pela Constituição, mas princípios e institutos do processo constitucionalmente construído e unificados, que, por suas garantias, teórica e juridicamente paradigmáticas, asseguram o exercício pleno





a imagem do juiz-árbitro e ampliando a participação das partes, sendo uma reestruturação fundamental para responder a uma sociedade complexa e politizada.

Com o paradigma da complexidade a constitucionalização do processo civil ganha a força necessária, correspondendo a uma atual e democrática perspectiva constitucional do processo: 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, 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.

A constitucionalização das garantias processuais surge na metade do século XX, prevendo um mínimo de garantias a favor das partes (JUNOY, 2012, p. 13). A evolução de um sistema processual rígido, moderno, para um sistema processual Constitucional, começa com acesso irrestrito, assistência legal de confiança, direito a ser ouvido e provar, solidariedade e compromisso das partes na busca da verdade, sentença razoada, direito a recursos, a execução, prestação judicial, etc. (GOZÁINI, 2017, p. 40).

A mudança da jurisdição assistida no último século^{125,126} se trata de uma transição gradual do status do processo civil, onde imperava a

da cidadania como legitimação irrestrita para a fiscalidade processual dos direitos constitucionalizados.” (LEAL, 2016, p. 62).

¹²⁵ “La tendenza alla riaffermazione della funzione del processo civile quale strumento di abbattimento delle diseguaglianze sociali e l’esaltazione della sua dimensione « egualitaria » è destinata ad esaurirsi con la crisi del welfare state degli anni ‘80 del XX secolo e con la conseguente riduzione dell’interventismo statale al fine di assicurare il benessere sociale. Piuttosto, il diffondersi di politiche neoliberiste negli ultimi decenni del XX secolo e la conseguente riduzione degli investimenti statali anche nel settore della giustizia civile avrebbero spostato sempre più l’attenzione verso la necessità di rendere più efficiente il funzionamento del processo civile. In questo periodo va rafforzandosi, di conseguenza, la terza accezione del concetto di ‘funzione sociale’ del processo che abbiamo evidenziato all’inizio del nostro discorso, e cioè quella che – già nel pensiero di Klein e di Menger – individua nel processo civile un fattore di corretto funzionamento dell’economia della società.” (CARRATA, 2015, p. 120-121).

¹²⁶ O movimento aparentemente irresistível e irreversível da expansão estatal foi superado no último quarto do século XX, pela influência de duas dinâmicas, uma interna e outra externa que se conjugaram: de um lado, influências diversas vão pesar no sentido de uma reavaliação da relação Estado/sociedade; de outro, a internacionalização vai tomar novas formas ao longo dos anos de 1990, contribuindo para minar certas posições conquistadas pelo Estado (CHEVALLIER, 2009, p. 29).

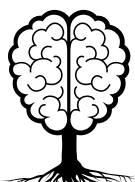




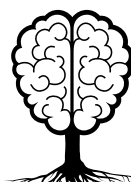
figura de um juiz passivo no procedimento para a figura de um juiz ativo que administra o procedimento (RHEE, 2005, p. 3-23), e, agora, para uma colaboração com as partes que reconhece a ampliada atuação judicial frente ao direito e exige que, para tanto, o processo de legitimidade às decisões, o que configura uma abertura democrática ao direito pelo processo:

La participación activa del juez en asuntos procesales no interfiere con su imparcialidad, porque al intervenir en asuntos procesales ex officio, el juez sólo lleva a cabo la tarea que le corresponde, apuntando a poner sobre la mesa la verdad genuina, y si esto no es beneficioso para una de las partes, no significa que el juez se ha vuelto parcial en el sentido de ser prejuiciado. (RHEE, 2005, p. 3-23).

A ampliação do poder do juiz torna-se necessária em razão de não ser a composição da controvérsia o único escopo do processo civil, mas busca perseguir o bem comum; bem como a relevância econômica que assume para a sociedade o contencioso civil, devendo assumir uma valoração custo-benefício. Ao juiz é reconhecido não somente o poder de direção material do processo, mas também um amplo poder instrutório, a partir da possibilidade de produção da prova de ofício, bem como o poder de formar seu próprio convencimento sobre a base da liberdade de valoração do resultado probatório. O processo, desse modo, tende a produzir decisão justa e fundada no accertamento dos fatos da causa (CARRATA, 2015, p. 97-98; ECHANDÍA, 1971, p. 43-53 e 45).

Sofre modificação com a constitucionalização do processo civil, também, o princípio dispositivo, importante princípio ligado ao poder de autonomia das partes resignificado pelo contraditório constitucionalizado, boa-fé processual, pois o juiz não mais estará refém do *da mihi factum dabo tibi ius*:¹²⁷

¹²⁷ “El principio dispositivo tiene, en realidad, un doble contenido: por un lado, la iniciativa de parte (el juicio civil no funciona sino a petición de parte interesada); y por otro la limitación del material de conocimiento (el juez no conoce más materiales de hecho que los que le suministran las propias partes). Para expresarlo en dos aforismos clásicos: *nemo iudex sine actore*, y *ubi partes sunt concordēs*



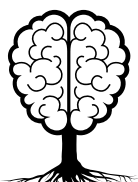


[...] a definição tradicional do princípio dispositivo repousa na ideia de que as partes estão no controle dos fatos enquanto detém o juiz controle do direito. Demonstra evidente a ruptura que faz nascer a Ciência Processual, cingindo “as questões de fato das questões de direito”: esses termos, às vezes são unidos, às vezes separados e diametralmente opostos, ambas questões de um lado parecem delimitar ou esgotar toda a atividade judicial. A disputa de tal cisão manifesta-se na redução do litígio como simples fato, muito se manifesta essa arquitetura na teoria do fato jurídico com a cisão de suporte fático e norma. A distinção é marcada pela relatividade, porque, assim que alguém se interessa pelas questões de fato, está interessado evidenciando seu interesse nas questões de direito. A questão de fato de que interessa a questão de direito não é senão o fato jurídico e, sem dúvida, essa é a essência do problema. A delimitação pelas partes do fato não provém somente do que venha a ser delimitado junto ao objeto do processo formal, mas sim do fato jurídico que é aderido interpretativamente pelo amplo sentido normativo (regras e princípios). O Princípio Dispositivo em seu sentido formal e material é adequado ao fenômeno da Constitucionalização do Direito, pois absorve a normatividade constitucional e sua ressignificação volta-se a Ciência Processual Indutiva, pois cria novas possibilidades ao direito. (SANTOS, 2018, p. 516-517).

Desse modo, também se compreende a possibilidade de iniciativa probatória ao juiz sem convertê-lo, por isso, em autoritário.¹²⁸ Ao contrário

nihil ab iudicem. Esos dos principios son, diríamos, los dos núcleos del sistema dispositivo. El juez no se mueve sino a requerimiento de parte. Sin embargo, hay algo en los últimos años que empieza a demostrar la crisis de este principio. [...] Consecuencia natural de este principio es también la limitación del material de conocimiento. El juez no conoce otra verdad que la que le dan las partes. El antiguo aforismo decía: 'Lo que no está en el expediente no es de este mundo'. Sin embargo, también en este caso se nota de qué manera el principio liberal empieza a ceder el paso a una serie de injerencias de oficio, cada día más acentuadas. Se recibe en este pasaje la sensación de que se abre una nueva senda hacia la averiguación por iniciativa del juez. Todavía, se dice que la prueba sólo puede versar sobre los hechos controvertidos. Es el siglo XIX que gravita aún sobre los intentos más avanzados de codificación. Pero, de todas maneras, tanto ésta como una serie de normas tendientes a dar cada día mayores facilidades al juez de esta materia, hacen que también el principio de la limitación del material de conocimiento vaya perdiendo terreno en el movimiento general de la legislación.” (COUTURE, 1978, p. 314-315).

¹²⁸ “La atribución de cierta iniciativa probatoria al juez tampoco le convierte en un juez autoritario o fascista pues, como analicé en otros trabajos, bien delimitada dicha iniciativa se evita esta objeción. Así, entiendo que al juez se le puede atribuir iniciativa probatoria siempre que se limite a los hechos discutidos en el proceso – por lo que se protege el principio dispositivo –, a las fuentes probatorias que ya consten en la causa – impidiendocasi una actuación inquisitoria, susceptible de vulnerar la debida imparcialidad judicial –, y se permita el ejercer el derecho de defensa a los litigantes, ampliando sus pruebas inicialmente propuestas.” (JUNOY, 2012, p. 274-281 e 278).



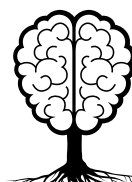


do princípio dispositivo, que é constitucionalizado, o princípio de aporção da parte – probatório – é técnico, pois somente corresponde a um particular modo de conceber o desenvolvimento do Processo. Conceber poderes ao juiz tem seu fundamento constitucional também no caráter social do Estado de Direito. A tão apontada *justiça social da decisão judicial* nunca poderá ser alcançada por uma indeterminação errônea dos fatos; essa concepção, do mesmo modo, vai no sentido das teorias que aceitam ser o processo algo maior que a simples resolução de um conflito bipolar, tendo um objetivo maior de cunho social.¹²⁹

Ainda, a partir de uma ressignificação do processo, discussões políticas no judiciário (poli-centralidade) pode ser muito mais democrática, pois o juiz pode administrar junto às partes, em atenção ao objeto do debate processual, 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.¹³⁰

¹²⁹ “A diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo – que posee un fundamento constitucional y, por ello, es insoslayable en cualquier proceso civil, el de aportación de parte en materia probatoria, tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes³⁷. Evidentemente, atribuir un carácter técnico a este principio no significa que sea inmune a concepciones políticas, y de hecho, suele relacionarse con el principio dispositivo indicándose que, como norma general, el proceso inspirado por el citado principio lo está, igualmente, por el de aportación de parte. No obstante, la virtualidad de esta distinción se encuentra en el hecho de diferenciar con precisión el esencial y básico principio dispositivo, del eventual principio de aportación de parte. Así, mientras el legislador no puede, sin comprometer el carácter disponible del interés discutido en el proceso civil, consentir al juez tutelar dicho interés en ausencia de una demanda de parte o extra-limitarse en tal tutela mas allá de lo dispuesto por los litigantes, si puede sustraerles el poder monopolístico de iniciativa probatoria incrementando, viceversa, los poderes del juez.” (JUNOY, 2012, p. 274-281 e p. 279-280).

¹³⁰ A crise do Estado-Providência desenvolveu em dois tempos: Primeiramente, uma crise das representações. Assiste-se nos anos 1970 à erosão do sistema de representação sobre o qual o Estado havia, ao longo do século XX, construído a sua legitimidade. Então, reaparece o tema da ineficiência do Estado, abafado durante as horas do Estado-Providência (CHEVALLIER, 2009, p. 30).



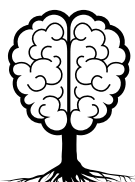


As novas faculdades processuais dos juízes, inicialmente aderidas pelo publicismo processual e acentuadas na atualidade, desnudam a ficção construída pela tradição romano canônica de imparcialidade arbitral. A partir destas faculdades, repensa-se o monopólio das partes no processo, para uma ideia de cooperação procesual entre partes e juiz “[...] los jueces y las partes procesales definen activamente la litis en el juego procesal, en el marco de ciertas reglas que representan los valores públicos.” (PUGA, 2013, p. 252-253).

Desta feita, o papel do juiz tem mudado profundamente nos últimos tempos, o que revela a mudança do direito e da própria sociedade (OST, 2013, p. 705). A administração da justiça está imersa na sociedade, não sendo uma realidade isolada e separada da sociedade. Diante desta afirmação, quer se dizer que não há como pensar em uma “crise” ou “reforma” da administração da justiça ignorando a sociedade na qual a função processual está imersa.¹³¹ Para repensar a administração da justiça é necessário compreender a sociedade em que se vive, os vícios dos quais padecemos, pois é este o reflexo emanado à administração da justiça.¹³²

¹³¹ “Quisiera proponer estos tres puntos: 1) La existencia y la entidad de la afirmada “crisis de la justicia” no pueden enjuiciarse sin reconocer la existencia y las características de ciertas “crisis” de nuestra sociedad. Y utilizo aquí el término “crisis” en un sentido próximo al etimológico y lejano al tópico o lugar común. 2) Las propuestas de reformas más directamente concernientes a la administración de la justicia han de plantearse con ajuste a realidad social sin agravarla. 3) Los esfuerzos para la reforma de la administración de la justicia han de ir acompañados de propósitos y realidades de esfuerzo por un cambio social en distintos ámbitos. De lo contrario, no lograrán el éxito que se desea.” (SANTOS, 2006, p. 31-32).

¹³² “**Dimisión del esfuerzo de la inteligencia libre:** En esta década final del siglo asistimos a una consciente o inconsciente renuncia a la formación y a la expresión libres del pensamiento, a la adquisición libre de conocimientos y saberes y al abandono de la autenticidad de ese conocimiento como valor del esfuerzo intelectual y de su expresión, en aras, todo ello, de lo que resulta conveniente o reporta utilidad. Se está llegando, así, al predominio de lo que se ha denominado pensamiento útil o utilitario. [...] **Ocultamiento de la verdad, verdades convenientes, indiferencia hacia la mentira:** Es también patente en estos tiempos el auge de hábitos de ocultamiento de la verdad y de verdades convenientes, con aversión a la transparencia, que se muestra muy expresivamente en la implantación social de este dualismo: se hace lo que se puede hacer... siempre que no se sepa y también se hace lo que quepa hacer para ‘venderlo’ a la opinión pública. Así, muy diversas formas de corrupción ética en la vida pública y económica son consideradas aceptables... mientras se practiquen por uno mismo o sus amigos y se acepten o no se descubran. [...] **Debilitamiento de la disposición al aprendizaje:** En primer término, la idea de que el aprendizaje ha de ser siempre fácil y rápido (por consiguiente, casi nunca con base en libros), no arduo ni esforzado, pues, en tal caso, procede rechazarlo. Además, el aprendizaje es concebido como primordialmente informativo, es decir, consistente en la aprehensión de nuevos datos o nuevos datos, con el consiguiente desprecio, no ya para lo pretérito, sino para el recuerdo y la

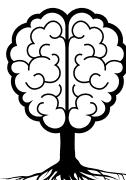




O juízo jurisdiccional deve submeter-se ao trâmite processual, onde por modo de alegações as partes expõem sua vivência do direito, aportando o objeto do processo. Estas afirmações são os juízos das partes sobre o seu direito. A afirmação da titularidade do direito legitima a parte, sendo supérfluo buscar as condições da ação. As partes, assim, movem os fios do processo (MENDEZ, 1979, p. 186-190), pois “[...] com as novas conquistas do Direito, o problema da justiça no processo foi descolado de papel-missão do juiz para a garantia das partes.” (LEAL, 2016, p. 43).

O 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, 2017, p. 148) pela síntese que opera entre a garantia processual e os epistemologia Constitucional (LUISS, 2005) ressemantizadores do Direito como lei:

revisión crítica. [...] **Aversión al estudio personal:** En segundo lugar, la aversión al estudio personal, con entronización, en su lugar, de la experiencia individual – con gran frecuencia muy limitada – y de una delegación del estudio en otros individuos. Así, las decisiones, el ‘conocimiento de causa’ se disocian con excesiva frecuencia. De hecho, el ‘conocimiento de causa’ corre demasiadas veces a cargo de quienes carecen de responsabilidad por las decisiones. Y, entonces, el ‘conocimiento de causa’ requerido como asesoramiento previo, pero irresponsable en cuanto a su influencia en las decisiones, frecuentemente se degrada y acaba adoleciendo de precipitación, falta de rigor y superficialidad. [...] **Consejo, diálogo, rectificación:** El desdén hacia el consejo o el consejo como simple trámite formal; la incapacidad para escuchar; el diálogo como mero rito previo a la formación de la voluntad, a la toma de decisión, pero no a la formación de criterio, es decir, a la labor de conocimiento más cabal de la realidad; la cerrazón real a los argumentos que se oponen o se alcanzan como inconvenientes de la propia inclinación; la resistencia a rectificar o la consideración de la rectificación como debilidad inaceptable, etcétera, son algunas de las distintas manifestaciones de este debilitamiento de la disposición a aprender, que, en notable paradoja, es compatible con una insistencia verbal constante en la formación continuada, en la evaluación continua, etcétera. [...] **Los hechos, sin historia, vivir en presente. Desaparición de la responsabilidad:** Digno de superlativa atención es el fenómeno de la consideración social de los hechos en su pura actualidad, desarraigados de su historia. Por la fuerte influencia de muchos medios de comunicación, antentos únicamente a lo actual y con el multiforme apoyo de todos los interesados en la desaparición de la responsabilidad (que, intrínsecamente, exige conectar un antes y un después), se vive en presente, no interesa más que el presente, y el pasado sólo se saca a relucir, cuando interesa, como aval del presente o del futuro que hoy se promete, que es presente. [...] **Fracaso del sistema educativo. La universidad sin función de crítica social:** Hay que referirse también, aunque resulta difícil determinar si es causa efecto o ambas cosas, al fracaso del sistema educativo y, singularmente, a la crisis de la universidad y, aún más en concreto, de los estudios jurídicos, crisis en la que se reflejan las manifestaciones y rasgos que enseguida se dirán, pero que ha tenido sus causas propias y específicas, con efectos también específicos.” (SANTOS, 2006, p. 34-40).





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 costituzionale e quella sovranazionale, affidata al controllo di Corti giudiziarie). (CAPONI, 2012, p. 110-111).

Os princípios, os valores, os Direitos Humanos 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, p. 56-57).

O paradigma da complexidade no processo civil, *ao realizar um balanceio entre o que é público e o que é privado*, afasta-se do modelo inquisitivo de processo, presente em um Estado ativista, bem como afasta de um modelo reativo de processo, presente em um Estado marcadamente liberal. Conforme posto no capítulo anterior, em um Estado liberal, o processo serve apenas para resolver disputas, sem que haja efeitos práticos da decisão judicial, buscando-se “intrometer” o menos possível nas relações privadas, sendo um processo marcado por forte governo das partes e um princípio dispositivo cerrado. Já em um processo ativista, marcado pelo maior caráter inquisitivo, o juiz detém o maior poder de investigação, sendo o centro do processo (DAMASKA, 1986, p. 120-153). Não é possível que nenhuma das formas processuais impere e o paradigma da complexidade, modo de pensar que se depreende de ideologias e por isso consegue apreender o que há de melhor nos dois extremos, pois o processo tanto serve para resolver conflitos como serve para a aplicação de política estatal.

Conceber a jurisdição sem processo é retornar às superstições, às ordálias, ao totalitarismo sacerdotal dos pretores, porque jurisdição, sem o controle e a disciplinação das garantias históricas e fundamentais do processo moderno, já universalmente normatizadas pelas constituições de povos relativamente avançados, é meio retórico de salvação da

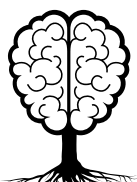


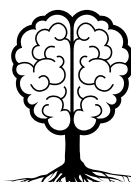


imagem do judiciário pelo aceno fantasmagórico de justiça rápida e popular. (LEAL, 2016, p. 55).

Exemplos desta mudança/abertura público-privado no processo civil são os negócios jurídicos processuais, a cooperação processual, a possibilidade de modulação do processo por calendário processual para que atenda ao maior interesse das partes, inclusive para renunciar direitos, a audiência de mediação antes do início do processo, e as formas autocompositivas de resolução dos conflitos.¹³³

A natureza de disponibilidade do direito reconhecido às partes relaciona-se com a possibilidade de dar azo a institutos como os meios autocompositivos, manifestações diversas, que traduzem institutos abertos à escolha. Num sistema de Direito disponível, a marca é a vinculação do Juízo às afirmações, o aumento do valor da prova legal e, conforme posto, a utilização de meios autocompositivos. A natureza indisponível do direito já não é mais reflexo de nosso ordenamento. O processo civil depende do diferente ponto (público ou privado) que é visualizado para se compreender a natureza dos seus institutos, pois não há uma prevalência de um ou outro componente, dado que a história do processo alcança diferentes pontos de equilíbrio que refletem valores de liberdade-autoridade, certeza-justiça (PISANI, 2001, p. 22-42 e p. 27-30).

¹³³ “Según se debilita el espíritu del laissez faire, se esta menos dispuesto a suponer que se pueden alcanzar los objetivos de la justicia cuando los litigantes tienen libertad para elegir la forma de procedimiento que mejor se ajusta a sus intereses. Esta tendencia es clara no sólo en los casos en donde ambas partes son particulares que buscan su propio beneficio, sino también cuando una parte es un cargo público del que se espera que proteja los intereses comunes. Cada vez más se están ejerciendo amplios poderes judiciales, hasta ahora poco empleados, para supervisar los desplazamientos de la reglamentación procesal. Las renuncias a un derecho, tanto genuinamente unilaterales, como inducidas por la negociación entre las partes, están siendo sujetas al escrutinio judicial con mayor regularidad. [...] Quién habría de tener soberanía para determinar qué hechos deben decidirse en un pleito: las partes o el juez? La respuesta está implícita una vez más en el propósito del proceso de resolución de conflictos: dado que el objetivo procesal es la resolución de disputa, los parámetros de la disputa deberían ser establecidos por los contendientes. El demandante o el fiscal eligen qué alegar; y el acusado decide qué debe aceptar y qué rechazar: lo que no es objeto de competición no debe ser objeto de prueba. Aunque el juez pueda tener buenas razones para considerar hechos que no están en disputa entre las partes, al hacerlo se volvería “inquisitivo” por sí mismo y dejaría de limitarse a resolver la controversia. Cuan al juez se le permite ir más allá que los alegatos de las partes, el interés del Estado en implementar sus políticas y programas puede posponer los intereses de las partes en

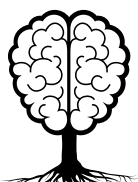




As complexidades contextuais reavivam a necessária unidade entre processo e direito, buscando-se, a partir disso, observar no processo civil uma abertura democrática à participação social na (re)construção do direito, de modo que o processo não é uma instância meramente declarativa, pois o processo é indissociado do direito. Além disso, também envolve o estabelecimento de políticas e articulações regulatórias, concepção de jurisdição/processo necessária para resgatar a potestade jurisdicional (PUGA, 2013, p. 151) e alcançar a tutela judicial efetiva.

Somente existem direitos quando estes contam com garantias (MORELLO, 2000, p. 56-57) processuais. As normas processuais constitucionalizadas/evoluídas/fortes são necessárias para a concretização dos direitos e para a possibilidade de um direito atento aos contextos sociais.

resolver su disputa. [...] En contraste, en el continente, el acopio judicial independiente de las premisas jurídicas del juicio, aumentaron en proporción al número de profesional en la judicatura. Da mihi factum, dabo tibi ius (damme los hechos y yo, el juez, les daré el derecho) se ha hecho una máxima de la jurisprudencia continental, que se remonta al siglo dieciséis. [...] La idea de la tabla rasa: Si en el proceso de resolución de conflictos tiene que surgir una decisión de la dialéctica del debate de las partes, idealmente el adjudicador ha de llegar al caso sin preparación, inconsciente de todos los temas específicamente relacionados con el litigio. Ha de tener la mente virgen para que sólo sea dirigida por el proceso bilateral de presentación de pruebas y argumentos. Este deseo de ignorancia, desde luego, no implica el deseo de ineptitud: el adjudicador ha de tener agilidad mental, ser capaz de manipular diestramente y hacer que los datos que le han presentado tengan sentido. En suma, la tabla rasa judicial ha de ser hábil, inteligente y sabia [...] 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 doncella 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 el 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.” (DAMASKA, 1986, p. 174-252 e 255).





4.2 POLITIZAÇÃO DA VIDA PELO PROCESSO/ PROCESSO CIVIL EM UM MUNDO GLOBALIZADO – DESPOLITIZAÇÃO DA MAGISTRATURA E POLITIZAÇÃO DO PROCESSO^{134,135}

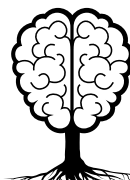
O direito sempre foi político; é falsa a afirmativa de que o direito se torna crítico devido à descoberta realizada pela teoria crítica deste aspecto inerente à sua materialidade. Isto que se pretende assinalar é que não existe um direito dogmático ou um direito crítico: o que existe é um direito observado sob um ponto de vista dogmático ou crítico. Desta maneira, o que se deve propor é uma teoria que leve em consideração a própria materialidade teórico-política-ideológica do direito e não se contente apenas em críticas as teorias dogmáticas sobre o jurídico. (ROCHA, 1998, p. 61).

O Direito fenomeniza-se no conflito, associado à solução institucional que lhe é dada, e estrutura-se não como fato estritamente económico, político, ético ou jurídico, sim como um substrato existencial que exige seja compreendido e vivido necessariamente em todas essas dimensões. (PASSOS, 2000, p. 39).

No século XX, a visão normativista substantiva continua a dominar por meio do direito vivo, com a contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade das relações sociais, e pela criação judiciária do direito, com atenção especial a escola da jurisprudência sociológica que desloca enunciados da lei para as decisões particulares do juiz. Nessa tradição intelectual pós guerra, muito diversificada, conforme visto, é nítido o privilégio às questões normativas e substantivas e negligência das questões processuais, institucionais e

¹³⁴ O título em questão foi parcialmente extraído do artigo de Ost (2013, p. 701-727 e 715).

¹³⁵ No sistema de formulação judiciária, a passagem da política à sentença é imediata e direta: o juiz vive imerso na política. No sistema da criação legislativa, ou da legalidade, entre a política e o juiz está no meio a lei. Também aqui o direito é um produto, depurado e, por assim dizer, cristalizado da política; mas este processo de depuração se desenvolve em dois tempos, a primeira fase é a legislativa, e depois vem aquela judiciária. As forças políticas deságuam todas, como uma torrente impetuosa, que pressiona a roda do moinho, sobre as engrenagens dos órgãos legislativos. É no Parlamento que o choque da política se aplaca em leis (CALAMANDREI, 2017, p. 43).



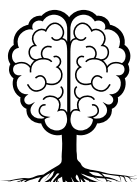


organizacionais (SANTOS, 1994, p. 142-144). Ainda tem-se junto ao senso comum teórico, a associação de processo a processo jurisdicional, um simples proceder diante do juiz para solucionar um conflito.¹³⁶ Por esta negligência há muito perpetrada, o processo civil é uma alternativa a uma série de arbitrariedades, tanto do legislativo como do judiciário para se alcançar, assim a tutela judicial efetiva e a democracia participativa.

O primeiro momento político do direito é expressado por sua constituição/criação pelo legislador, cunhado como lei, porém, o direito não se exaure na lei. A cisão entre regra e princípio, primeiro, impede que se fale que o direito exaure na lei. Na sequência, também impede que se fale que o direito aí exaure a complexidade social. O processo ressemantiza a lei e o direito, interpretando e ampliando o direito objetivo. Essa característica ontológica do processo é fundamental para que o direito seja vivo e que tenha contato com os problemas do contexto social trazido por complexos conflitos. Também, o direito institucionalizado 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, p. 55).

Há condições teóricas e sociais que possibilitaram a orientação do interesse da sociologia do direito para essas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito. A primeira tem relação com as lutas sociais protagonizada por grupos sociais com tradição histórica de confrontação e que lutam pela aquisição de novos direitos sociais. A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, fazendo emergir essa importante discussão nas diferentes classes sociais. A segunda condição é a crise da

¹³⁶ Falam, enfaticamente, em instrumentalidade do processo, efetividade do processo, deformalização e diferenciação da tutela, como sendo, tudo isto, armas mortíferas, capazes de eliminar os perigos de hoje, quando são, na verdade, velhos trabucos, pesados canhões e bandeiras dilaceradas, impotentes para assegurar vitórias no presente, meras relíquias recolhidas das batalhas de ontem, hoje, entretanto, inadequadas para assegurar triunfos, e perigosamente perniciosas, por favorecerem a dominação, transformada a produção do Direito não num acontecer político, mas numa nova outorga das tábuas da lei, por este novo Deus que seria o magistrado moderno (PASSOS, 2000, p. 76).



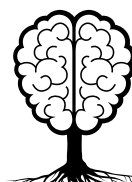


administração da justiça, na medida em que na passagem do Estado Liberal ao Estado de Providência, aguçado e acelerado pela primeira condição exposta, o Estado passa a estar ativamente envolvido na resolução dos conflitos. Os conflitos sociais passaram a ser conflitos jurídicos, aumentando exponencialmente o número de litígios sociais, resultando na explosão da litigiosidade (SANTOS, 1994, p. 143-145). Por isso compreender que a discussão sobre o direito processual hoje é fundamental se quando se fala em democracia e participação social.

A consideração da administração da justiça como instância política, tema muito em voga na atualidade, passou a ver os tribunais como subsistema do sistema político global, partilhando com as demais características de processar uma série de inputs externos provenientes das manifestações sociais e políticas, portadoras elas de um impacto nos restantes subsistemas. Essa concepção dos tribunais levou a considerar o juiz no centro do campo analítico: seus comportamentos, decisões por eles proferidas, motivações passaram a ganhar um novo enfoque. Outro importante efeito foi desmentir a ideia de administração da justiça como uma função neutra (SANTOS, 1994, p. 151).

Outrora o Poder Judiciário era impregnado pela cultura do sigilo e da hierarquia: hoje o mundo jurídico se comunica com os demais sistemas. Isso é possível pela publicidade do julgamento, pelo avanço proporcionado pela aproximação do Judiciário com os meios de comunicação e com a criação de mecanismos tecnológicos que permitem a transparência e a melhor circulação das decisões permitem um maior diálogo entre os atores sociais e jurídicos.¹³⁷ No passado, a preocupação central dos

¹³⁷ “Anche la pubblicità del processo è oggetto di rivisitazioni in base al diritto in rete: oltre all’apertura al pubblico delle udienze e della pronuncia della sentenza, sarebbe utile una circolazione migliore di informazioni tra i membri delle giurisdizioni, tra le giurisdizioni stesse, e, infine, tra la magistratura e gli altri attori del mondo giuridico e sociale. A questo proposito, il problema non è tanto l’uso delle più moderne tecniche di comunicazione, quanto piuttosto la trasformazione culturale della magistratura, impregnata della cultura del segreto e della gerarchia, alla quale oggi viene chiesta più democrazia interna e trasparenza verso l’esterno. Ne deriva che, rompendo con una cultura da ‘torre d’avorio’, il mondo giudiziario comunica e si consulta con i suoi partner dalla rete giuridica: pensiamo per esempio ai rapporti tra la giustizia e il settore sociale (compresa la protezione dei giovani), ai legami, spes so tumultuosi, tra giustizia, pubblici ministeri e polizia, al rapporto tra magistratura e avvocatura (protocolli di accordo sperimentali possono aiutare a migliorare sostanzialmente la colla-





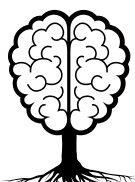
Tribunais era de se aproximar de uma imagem corporativista da profissão, assentado sobre a coerência das decisões dos Tribunais. Hoje, de outro lado, prevalece uma função judicial consistente na responsabilidade sócio-política do juiz (OST, 2013, p. 701-727 e 708), e participação das partes, tendo como elemento objetivo para sua decisão o processo civil.

A Democracia atua como invenção constante sem estar apoiada na verdade como palavra de ordem. Uma sociedade democrática encontra-se fundamentalmente comprometida com a necessidade de prover as condições de possibilidade de um desenvolvimento pleno, autônomo, de todos os membros da sociedade (WARAT, 2009, p. 357-358).

Na América Latina do século XXI o núcleo do projeto democrático social/participativa está construído sobre um profunda concepção de democracia, onde se procura meios de introduzir a democracia participativa nos processos de decisão em detrimento da democracia liberal representativa. Nesse sentido, desenvolve-se na sociedade um modelo democrático-social-participativo, marcado pela planificação dos princípios processuais.¹³⁸ O princípio democrático é o que concede o necessário equilíbrio à lei:

borazione), o ai rapporti tra il potere giudiziario e il potere legislativo (la relazione annuale della Corte di Cassazione, per esempio, contiene al riguardo suggerimenti utili di modifiche legislative). Non bisogna infine dimenticare l'importanza del rapporto tra giustizia e media che apre a tutto un insieme di nuove questioni deontologiche. Internamente, una migliore circolazione di informazioni garantisce una maggiore partecipazione alla gestione delle giurisdizioni.” (OST, 2013, p. 701-727 e 708).

¹³⁸ “En ese sentido, la participación de la sociedad en los procesos de decisión asume un papel central para la democratización, vista como un instrumento de construcción de mayor igualdad, en la medida en que contribuye a la formulación de políticas públicas orientadas con ese objetivo. Esta participación también ayuda a la desprivatización del Estado, que se vuelve más permeable al interés público y menos subordinado a la apropiación privada de sus recursos. Se trata de una participación activa, distinguiéndose de una noción de participación que se limita a la consulta popular. Esta participación activa, tiene como consecuencia la práctica de “rendición de cuentas” dado que la toma de decisiones ya no estaría monopolizada por el Estado, aplicando mecanismos de seguimiento y monitoreo sobre el desempeño estatal por parte de la sociedad con el fin de garantizar su carácter público. Se redimensiona el concepto de sociedad civil, conformada por los sectores organizados de la sociedad en forma amplia e inclusiva, creando espacios públicos sociales de deliberación y discusión, como instrumento político privilegiado para el avance del proceso de construcción democrática. Un elemento adicional, central en este proyecto y dirigido hacia la construcción de una mayor igualdad, es la construcción de una nueva ciudadanía afirmando la ampliación y defensa de los derechos, asegurando derechos colectivos, participación en la gestión del Estado y en las decisiones políticas, con un vínculo indisoluble entre el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia. Esta visión de ciudadanía trasciende el mero reconocimiento legal de los derechos, hacia una posición de defensa y promoción de los derechos por parte del Estado y de los límites estrictos de la relación Estado-individuos, para inclinarse hacia el





a lei só é legítima se se baseia no princípio democrático e nos respetos dos direitos humanos, os quais possibilitam concretamente à sociedade o direito de reclamá-los, ultrapassando o poder do Estado, visto serem político-simbólicos, mesmo e principalmente, quando o direito positivo não os completa expressamente. (ROCHA, 1998, p. 122-123).

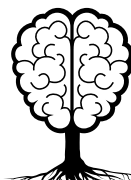
A profunda reforma constitucional operada no sistema jurídico brasileiro consagrou uma série de novos direitos e garantias, próprio das modernas gerações”, incluindo a tutela de direitos difusos e coletivos e a proteção do meio ambiente. O processo civil se tornou o campo mais afetado por esta constitucionalização, pois a jurisdição teve de se reestruturar e aderir novos e complexos instrumentos e técnicas processuais para assegurar a tutela ao novo catálogo de direitos e garantias (BERIZONCE, 2010b, p. 184-197 e 187).

Acontece assim uma *nova concepção do exercício da jurisdição através do processo*, que traz consigo uma série de novas previsões fundamentais para se compreender devidamente a jurisdição contemporânea: um equilíbrio necessário entre as situações das partes; maiores poder reconhecidos ao juiz para instruir o processo; o dever de colaboração das partes; as tutelas provisórias; uma tendência à desconcentração da atividade jurisdicional.¹³⁹

Deste modo, o Poder Político é representado, em um primeiro momento, pelo Estado-Legislador e, em um segundo, pelo Estado-Juiz. Como efeito, na atualidade a centralidade da política retorna à sociedade,

ambito de las relaciones sociales en su conjunto, en los cuales el reconocimiento de los derechos debe fundar en parametros de convivencia en la sociedad.” (BENAVENTE, 2010b, p. 11-22).

¹³⁹ “En unos y otros, se dibuja una novedosa concepción del ejercicio de la jurisdicción a través del proceso, con reglas singulares que abarcan a las instituciones “equilibradoras” de la situación de las partes; los mayores y mas incisivos poderes reconocidos al juez para la ordenación, gestión e instrucción de las causas, las legitimaciones extraordinarias, la acentuación del deber de colaboración de las partes, las tutelas de urgencia anticipatorias provisionales y aun satisfactivas, la búsqueda preferente de soluciones autocompuestas, las sentencias propias de una justicia de resultados, remedial, la singularidad de su ejecución y la función dialogal que el órgano judicial ejerce en continuidad ininterrumpida.” (BERIZONCE, 2010b, p. 188).



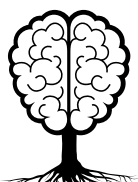


ativa frente às instituições (SANTOS, 2018, p. 256), e, no processo, isto significa um processo justo. A participação das partes forma uma colaboração possibilitada pelo contraditório processual, legitimando assim a criação do direito ao caso concreto e a interpretação:

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. (OST, 2017, p. 42-43).

Concordando-se com as palavras de Boaventura de Sousa Santos “A democratização da administração da justiça é urna dimensão fundamental da democratização da vida social, econômica e política.” (SANTOS, 1994, p. 154). Esta democratização possui vertentes como a maior participação do cidadão, seja individualmente ou em grupos, o aumento dos poderes do juiz e a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse de agir. Junto a estas, soma-se uma vertente fundamental, relacionada à ampliação do acesso à justiça, expressada pela ampliação do direito pelo processo civil, através do processo justo.

Por muito este foco na jurisdição foi visto como ativismo judicial. O que se propõe pelo trabalho é retirar o enfoque do ativismo judicial, que centraliza demasiadamente o poder decisório no subjetivismo juiz, e abarcar a ideia do processo civil como possibilidade de participação democrática. Junto a isto, extirpam-se concepções retrógradas acerca do processo civil em seu sentido formal e agudamente cientificizado, que por muito deturpou o real sentido do processo para o ordenamento jurídico





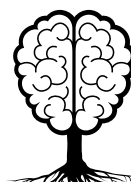
junto a uma ordem constitucional e posto em uma sociedade complexa em suas expressões.

Asseverada essa conexão essencial entre administração da justiça e sociedade, bem como condicionando à segunda a uma evolução da primeira, hoje em dia é possível apontar uma série de elementos que dão ensejo a um repensar da estrutura da administração da justiça. Dentre esses elementos, de cunho eminentemente social, podemos destacar o número cada vez maior de pessoas que desejam uma mudança social na estrutura organizacional do Estado, a consciência de que o cidadão merece um tratamento de qualidade que assegure as garantias previstas nos textos de Lei, a melhoria do acesso a funções públicas estáveis, o crescente número de fiscalização da sociedade aos atos emanados pelo Judiciário, um entendimento maior sobre a atuação dos juízes.¹⁴⁰

Sem embargo, necessário despolitizar a magistratura e repolitizar o processo, como forma de redução dos valorativismos e como forma de adesão de elementos objetivos provenientes do debate processual para construção do direito:

[...] la necessità di prevedere nuove procedure per garantire una migliore rappresentanza degli interessi che si manifestano nei processi – interessi spesso di natura collettiva o diffusa. Quindi, da una parte si vuole depoliticizzare la magistratura (nel senso di allontanarla dalle politiche partigiane), dall'altra si cerca di garantire le condizioni per politicizzare il processo (nel senso della promozione della politica, intesa come comune sentire degli interessi cittadini). (OST, 2013, p. 701-727 e 708).

¹⁴⁰ “Dignos de mención son, asimismo, el incremento del sentido de la solidaridad persona, y del papel de las iniciativas personales libres en la resolución o en el alivio de problemas colectivos; la superior conciencia de que el ciudadano merece un tratamiento y unas “prestaciones” de más calidad, en distintos ámbitos (el de la justicia, entre ellos) y en diferentes planos; la mejoría experimentada en la preparación para el acceso a funciones públicas estables, respecto de la situación padecía unos lustros atrás; el creciente número de quienes desean leyes bien hechas; la mayor extensión social – aunque sea por reacción ante un fenómeno no del todo comprendido – de un entendimiento más cabal del papel que a los jueces y magistrados corresponde y del estilo de comportamiento que les conviene, por encarnar a la justicia; todos éstos, junto a otros y junto al mantenimiento mismo de la esperanza social en una justicia mejor son factores positivos en los que cabe apoyarse.” (SANTOS, 2006, p. 33).



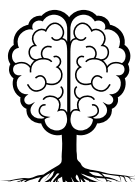


A Complexidade social exige um direito que atenda aos fatos do caso (complexidade concreta):

Os fatos e as circunstâncias, que as normas se destinam a regular, evoluem com uma rapidez superior à marcha que se possa imprimir ao Direito codificado pela atividade legislativa [...] Ademais, o legislador só se decide a obrar quando o objeto que se propõe já foi posto em evidência por uma série de necessidades pressentidas. O legislador se assemelha, assim, a um míope privilegiado com uma arma poderosa. É inerente à própria natureza dos fatos, de que resulta os conflitos de interesses, que eles só possam ser atendidos com a rapidez desejada à base do lema que sintetiza o caráter criador do direito do caso [...]. (BRUTAU, 1977, p. 21).

Enquanto que no passado, em razão do monopólio das fontes do direito pelo Estado, havia uma *autonomia* da esfera política frente a esfera jurídica. Porém, hoje, em razão da crise de soberania causada por fenômenos como a globalização, o Estado deve recuperar o papel da política e redesenhar os espaços de seu exercício. Necessário, por isso, captar a relevância do momento interpretativo no âmbito da globalidade do direito, captando a natureza da dimensão jurídica (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 94). A globalização requer um direito mais flexível, variável e policêntrico. A cultura jurídica deve ser menos fechada e sistemática, mais variado e sujeito a evoluções (TARUFFO, 2006).

O discurso fundado no descentralização do sentido favorece o desenvolvimento da conflito, pois assume a linguagem uma ferramenta contra a homogeneidade social, constituindo uma linguagem apropriada para a constituição simbólica da democracia, ligado a uma permanência do conflito, por se aceitar e debater as diferenças, que supera uma sociedade homogênea. A sociedade não é uma unidade substancial, pois possui natureza indeterminada com permanente reinvenção simbólica do que é intertextualmente dado. A intertextualidade deve ser o espaço público de produção de significações (WARAT, 2009, p. 363).





Ao deixar de ser pura substância política/moral, a Constituição adquire dimensão processual quando se concedem garantias processuais aos Direitos Constitucionais, estes se tornam Direitos jurídicos “no hay en puridad derecho constitucional mientras se cuente con derecho procesal constitucional.”¹⁴¹

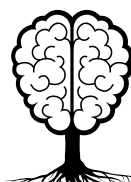
O processo civil democrático reduz o valorativismo de todos os poderes, inclusive do legislativo. A vontade do legislador é propensa a limitações assim como toda a vontade humana Scialoja (1909, p. 808), uma vez que a interpretação dos textos legais é deixada a uma ampla margem de discricionariedade e o legislador se recusa a escolher um valor único e definitivo, os debates tornam-se “pós-legislativos”, e os juízes não podem escapar à obrigação de esclarecer a hierarquia dos interesses e valores que os levam a favorecer um texto sobre outro.¹⁴²

Trata-se de assumir o caráter político da ciência do direito, do conhecimento normativo e das relações humanas, aplicando isto à ciência do processo (LOPEZ, 1994, p. 25-28).

A utopia da neutralidade da lei, que pressupunha, no fundo, uma lei natural imutável, foi fragorosamente derrotada pela sociedade democrática e pluralista deste final de século, concebida para permitir a convivência dos contrários, a copartição harmônica e pacífica de toda sorte de antagonismo político e crenças religiosas e morais. (SILVA, 1997, p. 203).

¹⁴¹ “No cobran naturaleza jurídica los derechos en tanto no existen cauces procesales para hacerlos valer frente a todos y cada uno de los poderes públicos, frente al Estado mismo, ante todo y en primer lugar. Y una vez que queda suficientemente garantizado ese efecto vertical de los derechos fundamentales, como derechos frente al poder público, podrá darse el paso siguiente, el de incorporar también su llamado efecto horizontal o frente a los conciudadanos, lo cual, como es bien sabido, se consagra ante todo por obra de la jurisprudencia constitucional alemana en el caso Lüth, a fines de los años cincuenta. En otras palabras, y para resumir, no hubo verdadero derecho constitucional sustantivo mientras no se desarrolló el derecho procesal constitucional.” (AMADO, 2015, p. 7-22 e 4).

¹⁴² “Dal momento che l'interpretazione dei testi di legge è lasciata ad un ampio margine di discrezione e il legislatore rifiuta di scegliere un valore unico e definitivo, i dibattiti diventano «postlegislativi»⁹, e i giudici non possono sottrarsi all'obbligo di chiarire la gerarchia degli interessi e dei valori che li porta a favorire un testo rispetto ad un altro. Non è più possibile ritrovare nel processo di oggi riferimenti incontestabili, prove perentorie, necessità ineludibili, significati chiari di norme tali da poter confermare un ragionamento in forma di sillogismi. In una società pluralista, colui che decide è costretto ad assumere in modo argomentato tutte le fasi del discorso processuale che porterà alla decisione – e, in questo esercizio, il rispetto della procedura contribuisce alla legittimità della decisione così come la scelta delle norme sulle quali essa si basa.” (OST, 2013, p. 701-727 e p. 706-707).



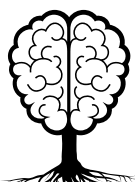


Do mesmo modo, em uma democracia impera a superação do conflito bipolar, onde o juiz recupera o *imperium* (poder de executar ordens), perdido outrora em razão da tradição romano-canônica. O processo hoje representa muito mais do que um caráter eminentemente público, e também muito mais do que um conflito individual entre duas pessoas: o processo hoje denota a composição de interesses amplos à sociedade, que saem da letra da Lei e adentram no mundo dos fenômenos.

O processo se desvela cada vez mais importante em uma sociedade conflituosa como a que vivemos, onde os conflitos superadores do direito dogmatizado exigem que os juízes adiram ao juízo também medidas estruturantes, marcadas pelo *ius facere*, superador do conflito em sua dimensão bipolar (dois polos).¹⁴³ Várias dimensões clássicas do processo já não podem mais ser visualizadas no processo civil da atualidade. O ativismo judicial e a judicialização da vida devem ser visualizadas para além de uma visão bilateral do conflito, aderindo também a uma ampliação da atuação jurisdicional prática a partir da ideia de um litígio policêntrico, cuja fisionomia é diferente do conflito bipolar, pois seus interesses exasperam interesses privados, marcado por ser:

(1) La intervención de múltiples actores procesales. (2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representados/as por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. (3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una condición, o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. (4) una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. (5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales

¹⁴³ Supera-se a ideia de um Estado reativo baseado apenas na resolução de conflitos (processo bipolar e adversarial), unindo-se também a uma concepção ativista, que compreende mandados imperativos determinando aos cidadãos o que devem fazer e como se comportar (exasperando o balanceio entre Estado ativo e reativo) (DAMASKA, 1986, p. 142-143).



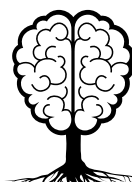


y culturales. (6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes. (7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada. (PUGA, 2013, p. 15-16).

Muito bem trabalha, em obra dedicada ao tema “medidas estruturantes”, Marco Félix Jobim, ao concluir acerca da importância dos mandamentos judiciais para a eficácia da decisão judicial:

Diante da importância que o tempo tem na vida do ser humano em épocas que se denominou chamar pós-modernidade ou modernidade líquida, entre outros, e diante da necessidade de se pensar num controle de tutela coletiva de direitos mais efetiva, defende-se o alargamento dos poderes de decidir pelo Supremo Tribunal Federal, devendo, pelo menos no controle de constitucionalidade das leis, quando rompido for um paradigma da sociedade existir a possibilidade das medidas estruturantes, reconstruindo o sentido dos textos normativos infraconstitucionais e, com isto, normatizando novas condutas e impondo as condições de cumprimento de sua sentença normativa para que o cidadão possa desfrutar da decisão num plano de maior efetividade dos seus direitos constitucionalizados. (JOBIM, 2013, p. 186).

As decisões judiciais podem assentar-se na evolução do caso particular apresentando as partes, julgando as razões do conflito com base em uma regra geral, mas essa não é a única forma que pode assumir uma decisão judicial, pois pode ir mais além do caso das partes, tornando-se protótipo de um caso mais amplo/genérico. Deste modo, uma decisão será marcada por pretensões regulativas mais amplas quando o caso sobre o qual versar tiver caráter estrutural. De outro lado, quando a pretensão regulativa for restringida, o caso sobre o qual se assenta, terá caráter bipolar (PUGA, 2013, p. 138-141). Diferente da decisão bipolar, a decisão estrutural controla as condutas para fora das partes processuais, de modo que as pretensões regulativas estruturantes diferenciam-se das pretensões regulativas bipolares na medida em que a todos se estende a





definição do caso estrutural.¹⁴⁴ Por esta visão regulativa, concretiza-se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

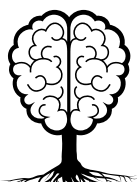
Esta lide/caso policêntrico, outorgará uma singular dinâmica ao processo judicial. O afastamento do princípio dispositivo e de congruência permite que o juiz ocupe um local de maior protagonismo, pois deixa de ser um juiz-árbitro entre duas versões do conflito, havendo uma maior abertura epistêmica, estando menos preocupado em determinar a parte vencedora que carrega razão, e mais preocupado em formular uma decisão regulatória às complexas formas de interesses imbricados. (PUGA, 2013, p. 49-51).

[...] todo litigio puede tener el efecto de distribuir bienes y recursos, pero que el litigio estructural tiene una pretensión distributiva más ambiciosa que el bipolar. Ella se extiende a la aplicación de una regla distributiva con alcances fuera del caso concreto, mientras que la pretensión distributiva del litigio bipolar sólo se limita a la aplicación de la regla distributiva a un caso concreto. (PUGA, 2013, p. 189).

Decisões regulativas, pelo exposto, manifestam o necessário poder que à jurisdição deve ser reconhecido frente às complexidades que os conflitos coletivos e individuais trazem ao processo em um cenário social onde o direito é chamado para dar soluções, sempre democráticas – não valorativas – que exasperam o que é lei.

En síntesis, el caso estructural reúne las siguientes características: baja adversarialidad, protagonismo del juez, decisiones regulativas, juicios fundados en argumentos prospectivos y de justicia correctiva y distributiva, y decisórios poco controvertidos en sus fundamentos pero pasibles de controversias en sus aspiraciones prácticas (el cómo). (PUGA, 2013, p. 56).

¹⁴⁴ “[...] quando rompido algum tipo de paradigma cultural da sociedade ou de parcela dela, defende-se que determinado tipo de medida estruturante deverá ser realizada para que possa existir maior efetividade das sentenças normativas, caso contrário o julgamento estará fadado a não ter a sua efetividade plena.” (JOBIM, 2013, p. 182).



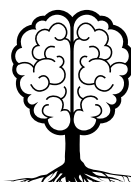


Para aportar a proposta de processo civil junto ao paradigma da complexidade, na sequência utiliza-se as teorias do monismo e da pretensão processual, capaz de aderir constitucionalidade aos institutos processuais e colaborar na compreensão do material aportado pelo processo, destacando a inseparabilidade entre processo e direito, o que fica evidente pela dinâmica das relações sociais e pela necessária participação democrática da sociedade junto à construção do direito, até então construído sob um paradigma calcado na razão fechada.

4.3 MONISMO E PRETENSÃO PROCESSUAL: SOCIOLOGISMO JURÍDICO PROCESSUAL

O direito em sociedade não consiste apenas em considerar o papel do direito no seio de processos sociais (como o da instauração da disciplina social), mas também em considerar que a própria produção do direito (dos valores jurídicos, dos textos jurídicos) e, ela mesma, um processo social. Ou seja, algo que não depende apenas da capacidade de cada jurista para pensar, imaginar e inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola, aos sistemas de comunicação intelectual, a organização da justiça, a sensibilidade jurídica dominante e muito mais. (HESPANHA, 2017, p. 38).

Y no se podría imaginar una doctrina tan iluminada que comprendiese y reabsorbiese en sí toda la experiencia, haciendo por consiguiente inútil, también en cuanto el mandato, la jurisprudencia. Sí esto fuese así, querría decir que el derecho no existiría ya, porque no existiría la vida, el perpetuo devenir del derecho y de la vida. Y la prueba mejor de esta imposibilidad la de el derecho romano, con aquellas mil páginas de jurisprudência, que nos han llegado, y que ninguna doctrina ha conseguido ni conseguirá absorber, aun cuando la Roma história ha terminado desde hace tanto tiempo La experiencia conclusa es la concurrente utopia de los grandes legisladores, de Justiniano a Napoleón, los cuales providencialmente no piensan que el único modo de concluir la experiencia es no comenarla, esto es, dejar en Estado de proyecto sus leyes. (SATTA, 1971b, p. 26-27).





A pretensão processual ganha dinâmica a partir do necessário reconhecimento de outro objeto, além da pretensão processual, o objeto do debate processual. À denunciada artificiosa construção, racional e dualista do conceito de ação, opuseram-se parte da doutrina com a teoria monista,¹⁴⁵ seguida e trazida ao Brasil pelo professor Darci Guimarães Ribeiro.¹⁴⁶ A doutrina monista, a que se filiaram importantes processualistas, como Salvatore Satta, Carnelutti,¹⁴⁷ Guasp,¹⁴⁸ tem como um de seus marcos apontar o dualismo vazio que a doutrina processual da ação adere ao processo, denunciando também que o publicismo cientificizado acaba por esquecer das relações privadas e prima pela homogeneização do direito e seu fechamento na lei. A identificação da *lide* com o objeto do processo tem inspiração de Carnelutti e sua doutrina do conflito de interesses,¹⁴⁹

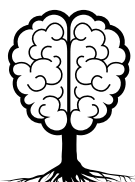
¹⁴⁵ Ressalta-se que a teoria processual monista diferencia da concepção monista de ordenamento jurídico (Estado como único gerador de direito, presente em Kelsen, para quem o juiz cria a norma individual com base na norma geral), pois busca-se partir de uma visão processualizada do direito (e não uma discussão sobre teoria da jurisdição).

¹⁴⁶ Aporta-se a ideia do monismo processual de Ribeiro. Esse monismo não servirá apenas para verificar a existência do direito subjetivo, pois se tem que o processo pode servir de meio para a interpretação dos direitos, o que é exposto pela hermenêutica-fenomenológica, pois o homem enquanto existe *sempre* interpreta. O Processo passa a ter importância relevante à centralidade epistêmica do direito, na medida em que o direito objetivo criado na sentença judicial encontra compreensão dentro da existência. Ganha especial relevância o objeto do debate processual como legitimador democrático da decisão judicial superadora/criadora do Direito. Ocorre uma superação do formalismo processual pelo objeto do debate processual.

¹⁴⁷ Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) à ordem normativa, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista) (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 24).

¹⁴⁸ “*También es una doctrina monista, exactamente opuesta a la anterior (Carnelutti), la elaborada por Satta con su negación del derecho subjetivo, reducido a mero interés a proteger mediante la acción en el juicio. Una construcción que recuerda el proceso civil romano que funcionaba no sobre derechos sino sobre acciones que podían reconocerse en el juicio. Las posiciones mayoritarias son las dualistas, que aceptan los dos polos, el derecho y la acción, y tratan de tender los puentes de comunicación entre ellos, mediante la legitimación, la fundamentación de la demanda, etc. Los nombres de Carnelutti, Liebman, Goldschmidt, y en la doctrina española Gómez Orbaneja, Prieto-Castro y Guasp, entre otros, deben ser aquí recordados, remitiéndome a sus construcciones.*” (SOTELO, 2002, p. 175-219 e 188).

¹⁴⁹ Não obstante a identificação da *lide* como o objeto do processo - ou o seu *mérito* - tenha inspiração confessadamente *carneluttiana* como dito acima, tal identificação não foi realizada pela obra de Carnelutti, ao menos nos termos claros e radicais como os professados por BUZAID. De fato, ainda que CARNELUTTI tenha, em suas Instituições, definido a *lide* na forma citada por BUZAID, não há um estabelecimento explícito daquela como o objeto do processo, limitando-se, aquele doutrinador, em realidade, a definir o *objeto da lide* como “*objeto del interés es un bien. Tal es necesariamente también el objeto del conflicto de intereses y, por tanto, de la relación jurídica y de la litis*”. Dessa forma, a assertiva de que o “*juízo da lide é o juízo do mérito da causa*”





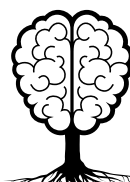
operando sua acepção em um sentido eminentemente sociológico, assim como o faz Guasp, pois compreendem que antes do juízo não haveria direito. O monismo processual foi por cada autor elaborado em suas peculiaridades, porém a corrente a qual aqui buscar-se-á explicar com maior ênfase é a elaborada pelo professor Darci Guimarães Ribeiro, que possui influência dos renomados processualistas citados.

O que todas as correntes monistas possuem em comum é ver no juízo jurisdicional algo que não se exaure na lei, sendo um primeiro passo para uma compreensão mais ampla do significado do processo civil ao direito. Algumas correntes monistas aportam que a lei se individualiza pela sentença, em razão da autoridade que está revestida, o que demonstra que o fato de alguns autores se filiarem a teoria monista não quer dizer que buscaram romper o positivismo clássico.¹⁵⁰ O monismo que aqui se busca aportar é mais amplo do que uma simples manifestação/confirmação do que era direito (lei), mas sim também a ampliação do direito pelo processo.

A visão dualista aporta uma visão estática do direito, razão pela qual a teoria monista acaba com a dualidade e reduz os dois términos a um problema apenas: a experiência processual do direito, por onde o direito é aquilo que os juízes dizem que é. Esta visão, assevera-se, buscará observar no processo o momento dinâmico do direito. O monismo busca enfocar-se, com maior precisão, nas relações privadas que se desenvolvem

pode ser atribuída somente ao próprio BUZAID. Entretanto, também cabe referir que o doutrinador também reconheceu a pertinência da crítica de LIEBMAN relativamente à identificação da lide *carneluttiana* como o mérito da causa. Para o Mestre, é inegável o reconhecimento do valor teórico e sistemático daquela concepção de lide, muito embora sua identificação com o mérito somente poderia ser aceita com alguns *reparos*. Isso porque nem sempre o *conflito de interesses* é submetido ao Juiz em sua inteireza, visto que as partes é que decidem – de forma soberana – a porção do conflito a ser trazida à conhecimento do Estado. Aliás, seria mesmo possível afirmar que não existe processo integral - isto é, que contenha toda a lide existente - visto que não existem conflitos de interesses que não apresentem aspectos diferentes daqueles configurados pelos advogados ou, ainda, problemas secundários que as partes entenderam por bem ignorar (WILD, 2016, p. 102).

¹⁵⁰ Deixe -se claro, portanto, que as concepções de Carnelutti e Calamandrei, apesar de filiadas à teoria unitária do ordenamento jurídico, não se desligaram da ideia de que a função do juiz está estritamente subordinada à do legislador, devendo declarar a lei. Na verdade, a distinção entre a formulação de Chiovenda e as de Carnelutti e Calamandrei está em que, para a primeira, a jurisdição declara a lei, *mas não produz uma nova regra, que integra o ordenamento jurídico*, enquanto, para as demais, a jurisdição, *apesar de não deixar de declarar a lei*, cria uma regra individual que passa a integrar o ordenamento jurídico (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 25).



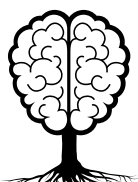


na sociedade, as quais superam o que é universal e fazem emergir as complexidades da vida, razão pela qual evidencia-se esta corrente e seus corolários como uma possibilidade para se compreender o processo na complexidade do direito.

O monismo pode ser tido como:

- a) o desejo de recuperar o primado da ação sobre o direito subjetivo, proveniente de autores que conhecem com profundidade o direito romano;
- b) o beco sem saída que chegaram as teorias dualistas no que concerne à relação entre direito e ação;
- c) a reação lógica contra a excessiva publicização do processo;
- d) as teses monistas se assemelham ao pensamento filosófico de corte realista, criando uma atmosfera de Direito como vontade constante, como experiência jurídica, ou como criação judicial, e que teve influências importantes de Kelsen e sua teoria monista (juízo constitutivo).¹⁵¹

¹⁵¹ *“Ciertamente las causas o preocupaciones que conducen a esta nueva orientación son complejas. Sin embargo, me atrevería a señalar unas cuantas que sin duda han sido decisivas: En primer lugar, ejemplo de la tradición romanista con el primado de la acción sobre el derecho subjetivo. No en vano los primeros epígonos de esta orientación son romanistas o autores que conocen con profundidad el derecho romano. Tal vez la añoranza o el deseo de recuperar en el derecho moderno aquella primacía o el simple planteamiento romano influyó en el intento. Pero ello no significa ni mucho menos que estas teorías sean un retorno a viejas concepciones hoy superadas, que, en definitiva, conduzcan a un retroceso de siglos en la ciencia procesal. Como se podrá comprobar su mérito estriba en haber replanteado los principales problemas del proceso desde una perspectiva diferente a la tradicional, esto es, chiovendiana, y en haber llegado a conclusiones, o a veces sólo intuiciones, que sus propios detractores no pueden por menos de considerar fascinantes. En segundo lugar. la vía muerta a que habían llegado las teorías dualistas en lo concerniente a las relaciones entre derecho y acción. Los intentos de contestación de ambos términos en su formulación moderada, sin ser concluyentes, apaciguaron un tanto los ánimos. Pero la insatisfacción era patente. Era éste el precio que se pagaba por la autonomía de la ciencia procesal y de ahí la conformidad de muchos autores. En este aspecto las teorías monistas son como el toque de atención que despierta del letargo a la teoría de la acción y que explica también el notable desarrollo y éxito de las tesis dualistas al tratar de afirmarse en sus posiciones. En tercer lugar, no es aventurado señalar que el monismo en este caso es la reacción lógica contra la excesiva publicización del proceso. Las teorías clásicas no abandonaban su férrea postura por un velado temor: la pérdida de la autonomía del derecho procesal, fatigosamente laborada. Las tesis monistas reclaman ahora una mayor atención para el individuo frente a la excesiva absorción de actividad por el Estado, sin que ello implique ningún riesgo para la independencia del proceso. En cuarto lugar, existe también un motivo de índole filosófica. En general, las tesis monistas se entroncan con el pensamiento filosófico de corte realista y a veces lo inspiran, aun sin hacerse referencias mutuas. Así la concepción del derecho como voluntad constante como experiencia jurídica, o como*





As teorias monistas reclamam agora uma maior atenção para o indivíduo frente a excessiva absorção da atividade pelo Estado, sem que isso implique risco para a independência do processo frente à *excessiva publicização trazida pela cientifização processual*, filosoficamente aderindo a um viés mais “realista”.¹⁵²

Carnelutti, um dos principais autores por trazer a tona o resgate do processo junto ao direito, aporta que na origem romana o processo civil era denominado *iudicium* (*ius* mais *dicere*), e o direito compreendido como *ius: iudicium* seria a encarnação do *ius*, e o direito não existe senão encarnado. A sujeição do juiz romano era muito menor do que é hoje e, em que pese haverem leis, a *dictor iuris* atribuía-se a ele: a lei declarava que um dever poderia existir, porém, não que existia, de modo que o direito nascia dos fatos.^{153,154}

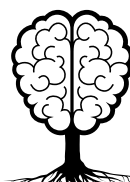
Isto porque antes da sentença somente existem interesses, e não direitos subjetivos *mediatos*. O ordenamento jurídico apresenta tanto uma solução abstrata aos conflitos, qual seja o direito em sentido

creación judicial, son ideas que se compaginan admirablemente con las teorías monistas de la acción. En particular, por lo que se refiere a estas últimas, en el campo procesal ha sido decisiva la influencia de KELSEN y CAPOGRASSI. En fin, todos estos motivos parciales confluyen en uno: la superación del dualismo acción-derecho, que no fue más que una construcción que inició la ciencia pandectística y que hizo fortuna en los primeros tiempos de emancipación del derecho procesal, pero que en la actualidad es totalmente injustificado y además no se corresponde con la realidad.” (MENDEZ, 1979, p. 97-98).

¹⁵² “*En fin, todos estos motivos parciales confluyen en uno: la superación del dualismo acción-derecho, que no fue más que una construcción que inició la ciencia pandectística y que hizo fortuna en los primeros tiempos de emancipación del derecho procesal, pero que en actualidad es totalmente injustificado y además no se corresponde con la realidad. Es revelador observar ya desde este momento cómo no se ha logrado ninguna crítica profunda de estas teorías.”* (MENDEZ, 1979, p. 97-98).

¹⁵³ Carnelutti (1971, p. 5-6 e p. 22-23).

¹⁵⁴ Anota-se, contudo, as críticas efetuadas hodiernamente por faltar, na doutrina em referência, o exame sob o ponto de vista da problematidade inerente à resolução das diferentes questões apontadas, ou seja, muito embora essas sejam identificadas segundo um critério metodológico claro, não subsiste um escorço teórico sobre a resolução dessas. Sobre o tema, cabe lembrar que BAPTISTA DA SILVA menciona que as grandes obras institucionais *carneluttianas* (as “*Lezioni*” e o “*Sistema*”) obedecerem ao mais profundo e radical dogmatismo, mas não discutem um único caso concreto e, tampouco, possuem a preocupação em referir a história dos institutos examinados. Trata-se, assim, da *pureza* do direito, a qual promove, no campo do processo, uma cisão indelével entre a ciência do direito processual e a problematidade do caso concreto, o que marcou o processo civil brasileiro, notadamente com a edição do citado CPC/73, enquanto herdeiro do pensamento *carneluttiano* (WILD, 2016, p. 149-150).





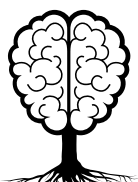
objetivo, assim como também apresenta o interesse de uma só pessoa, o direito em sentido subjetivo, o qual não pertence ao mundo propriamente jurídico, senão ao ético-social, que é a base sobre a qual o mundo jurídico se nutre quando o fato é relevante para a sociedade. Por esta razão, toda a construção sobre o processo para ser válida e frutífera deve ser sociológica, sem deixar, por esta razão, de ser jurídica. Por este sentido, compreende-se quando a doutrina monista afirma que o processo é jurídico por estar regulado pelo direito, porém, ao mesmo tempo, o processo civil é vivo e está em contato com a realidade, devendo moldar a juridicidade e adaptá-la a situação concreta em que se desenvolve (MENDEZ, 1979, p. 41 e 320).

Entretanto, a maneira como o direito subjetivo é compreendido pelo ordenamento jurídico é como se ele preexistisse ao juízo, pregado pela teoria dualista, cuja construção acerca do objeto processual foi construída em cima do conceito de ação.

É a ação processual ou a pretensão processual¹⁵⁵ o objeto do processo? Se dissermos que é a ação, estaremos ligando a um sentido mais material do Direito, e não processual. Se dissermos que é a pretensão processual, será num sentido *processualizado* do Direito. É a pretensão processual assim o objeto do processo. Por esta visão, a pretensão a tutela jurídica não é o objeto do processo, ela é um poder que todos temos de postular a tutela jurídica do Estado; a ação processual é um direito subjetivo imediato de exercer contra o Estado. Desse modo, a pretensão a tutela jurídica não é o objeto do processo, e nem o é a ação processual, pois é o objeto do processo a pretensão processual.¹⁵⁶

¹⁵⁵ “El concepto de pretensión procesal fue desarrollado por Rosenberg como recepción contra la teoría de la pretensión de tutela del derecho. Para Eosenberg, pretensión es la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y en cuanto sea necesario por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamentación. En la pretensión hay que distinguir el fundamento y la consecuencia jurídica; el fundamento lo constituye los acaicimientos de la vida real en que el factor funda su petición; la consecuencia jurídica debe hallarse prevista por la norma.” (DOMÍNGUEZ, 2008, p. 52-53 e p. 214-215).

¹⁵⁶ “Para nosotros, la pretensión a la tutela jurídica no es el objeto del proceso, es solamente el poder que legítima el ejercicio de la acción procesal, como despues veremos, por lo que el objeto del proceso es la pretension procesal. Como podemos observar, la teoría de WACH no distingue entre pretension a la tutela jurídica y pretension procesal, razon por la cual no podemos admitirla.” (RIBEIRO, 2004, p. 129).





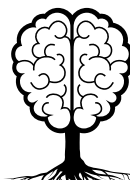
Para chegar a concretização do juízo, a teoria monista de Darci Guimarães Ribeiro utiliza, ao invés do conceito de ação, o conteúdo do objeto do processo como *pretensão processual*, e não como ação, para determinar o conteúdo do processo, aquilo que se discute, como o direito se apresenta no processo: o conceito de pretensão processual/objeto do processo/mérito abarca tanto a noção de *causa petendi* como a de *petitum*, na medida que a declaração de vontade não se realiza por uma simples petição, mas sim por uma petição (*petitum*) fundada (*causa petendi*).^{157,158}

A concepção conforme apontado, foi responsável por não desvincular a ideia de objeto do processo do direito substantivo, entretanto, quando este problema é posto em termos monistas, observa-se que o direito material vive no processo somente em um estado de afirmação, de modo que somente a afirmação jurídica do direito material se torna o objeto do processo. Na doutrina, há uma diversidade de posturas quando ao objeto do processo, muitas vezes numa dimensão eminentemente processual, e noutras numa configuração substantiva, ambas visões em um dualismo entre direito e processo. O objeto do processo deve ser visto junto à atividade das partes e do juiz, cuja dinâmica caminha na busca do juízo (MENDEZ, 1979, p. 272-275).

Deste modo, a pretensão processual busca resgatar a ciência processual do conceito de ação (MENDEZ, 1979, p. 84-85), compreendendo a pretensão processual como o objeto do processo, que se inscreve, que apresenta uma importante evolução em termos de relação direito-processo. Crítica importante, que evidencia o modo como a teoria da ação não é a adequada para se compreender o processo, consiste no

¹⁵⁷ Ribeiro (2004, p. 265).

¹⁵⁸ Pretensão Processual, mérito e objeto do processo, são, portanto, conceitos sinônimos que supõem uma declaração de vontade feita pelo autor através de uma petição, não está se referindo a qualquer declaração de vontade, senão a uma declaração de vontade específica com o fim de obter um concreto pronunciamento por parte dos órgãos jurisdicionais, onde este assume a função essencial de individualizar o tipo de declaração de vontade. Esta declaração petitoria não se trata de uma afirmação de direito, primeiramente, pois a declaração de vontade não é uma declaração de ciência nem de sentimento, mas sim, um querer, haja vista quem quer pede, ou seja peticiona. Assim é preferível chamar objeto do processo de petição do que chama-lo de afirmação de direito (RIBEIRO, 2016, p. 71-73).

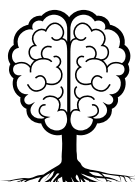




fato de que muitos acreditam que a ação busca explicar no estudo das partes no processo civil por ter nascido para explicar o conceito de “objeto do processo”; porém, por óbvio, o papel das partes no processo civil supera em muito a apuração do objeto (FENOLL, 2008, p. 295-343 e 307), sendo esta perspectiva crítica decorrente da constitucionalização do processo, pois insere no processo civil uma democratização dos institutos processuais, operando uma abertura no conceito do objeto do processo e papel das partes.

Para uma visão monista do processo, com respeito à constitucionalização do direito, destaca-se, faz-se necessário compreender o direito subjetivo como direitos subjetivos *mediatos* e *imediatos*, pois esta compreensão abarca tanto a visão da existência de direitos subjetivos antes da sentença, bem como uma visão que abarca o direito subjetivo após a sentença. Direitos subjetivos imediatos são indeterminados, pois todos os possuem e atingem também a esfera do outra pessoa, são potestativos e atingidos pela decadência, bem como não dependem da intervenção do estado pela sentença, de modo que sua criação *independe de sentença* e não podem sofrer controle político pelo juízo, pois sua existência é indiscutível.¹⁵⁹ Já os mediatos são determinados e necessitam da intervenção do Estado, pois atingem a esfera jurídica de outra pessoa, de modo que sua criação *depende de sentença*. Assim, antes do processo, existem direitos subjetivos imediatos, mas não existe direito subjetivo

¹⁵⁹ Exemplo de um ordenamento que não distingue entre direitos subjetivos e potestativos muito bem exposto por Calamandrei: “O primeiro código civil comunista não aboliu, como é sabido, os direitos subjetivos individuais, reconheceu-os, até mesmo, em numerosas categorias, e deixou aberto, para fazê-los valer em caso de controvérsia, o recurso aos tribunais. Também naquele ordenamento, pois, encontra-se uma ‘tutela jurisdicional’ dos direitos, no mesmo sentido em que se fala dela em nosso código civil. Mas há uma diferença: enquanto em nosso ordenamento o juiz que tenha verificado a existência de um direito subjetivo individual, deve, antes de mais nada, se concorrerem o interesse e a legitimação, lhe emprestar amparo como a lei abstratamente promete, segundo o código russo o juiz deve, em cada caso, verificar se o direito subjetivo abstratamente reconhecido pela lei é concretamente exercitado de conformidade com sua finalidade socioeconômica e quando se convencer do contrário, deve negar-lhe a tutela jurisdicional solicitada. Isto significa que, segundo o código russo, o direito objetivo substancial não pode contrariar com a ajuda da jurisdição como uma indefectível proteção. A tutela jurisdicional pode ser concedida ou negada pelo juiz segundo uma concreta valoração de caráter político, do mesmo modo que o praetor romano, até nos casos em que sobre a base do *ius civile* preexistia ao processo um direito subjetivo substancial, podia denegar a ação como contrário a equidade concreta. (CALAMANDREI, 2003, p. 114-115).





mediato, somente uma vantagem objetiva que simboliza uma regra social de conduta que necessita ser confirmada por uma sentença, intrínseca e coercitivamente para adquirir a verdadeira proteção definitiva.¹⁶⁰

A cisão entre direitos subjetivos mediatos e imediatos realiza um “balanceio” entre uma visão extremamente subjetivista e privatista do processo e de uma visão objetivista e publicista do processo civil, indo de acordo com os anseios constitucionais. Público e privado constituem os componentes intrínsecos de todo o processo civil: é portanto inevitável que qualquer proposta de reforma parta do diverso ponto de equilíbrio que, em relação aos inúmeros nós do processo, se pretende alcançar para a composição deste eterno contraste.^{161,162,163}

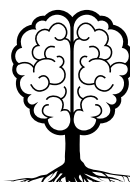
Para Guasp, obra referênciada no tema *pretensão processual*, todos os direitos são mediatos, ou seja, somente existem depois da sentença judicial; porém Guasp não desenvolve nenhuma teoria interpretativa que denotaria o que seria esta decisão judicial, atendo-se ainda ao positivismo. Segundo Guasp, a pretensão processual seria a série de atos que compõe

¹⁶⁰ “[...] es conveniente explicar esta aparente contradicción, y para eso utilizaremos la misma pregunta que CHIOVENDA hizo para objetar la doctrina de Wach, a saber: ‘¿existe este derecho antes del proceso?’ debemos acudir a la distinción que he realizado entre derechos subjetivos mediatos e inmediatos, pues, la acción procesal es un derecho subjetivo inmediato, ya que la simple ventaja objetiva concedida por el ordenamiento jurídico es suficiente para que el mismo pueda existir, esto es, una vez que no existe ‘limitación’ a la esfera jurídica de otra persona no se requiere proceso alguno que legitime la intromisión del Estado en la esfera jurídica de terceras personas. La acción procesal además de ser un derecho subjetivo inmediato también presenta un carácter público no solo por el hecho de dirigirse contra el Estado, sino también porque **‘en la efectividad de su ejercicio está interesada la comunidad, que ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución’**. Modernamente, el derecho de acción forma parte de los llamados derechos fundamentales y encuentra sus directrices en las constituciones más recientes.” (RIBEIRO, 2004, p. 60 e 73 e p. 145-146).

¹⁶¹ Pisani (2001, p. 22-42).

¹⁶² “[...] el diseño de los procedimientos es sensible a las variaciones particulares de la ideología imperante, especialmente las oscilaciones entre individualista y colectivista, liberal y autoritaria, u otras posiciones con ese tipo de etiquetas. En el proceso civil, se ha argumentado, estas variaciones tienen un impacto directo en cuanto al poder real de las partes privadas para dirigir el curso de los juicios indudablemente un tema importante en la elección de la forma de procedimiento.” (DAMASKA, 1986, p. 21-22).

¹⁶³ Para o autor, a existência de um estado *laissez faire* (voltado ao privado) ou intervencionista (voltado ao público) oferece diferentes ideias sobre o desenho do processo legal, porém “es más posible encontrar híbridos y contaminaciones antes que formas puras. Sólo em el arsenal ideológico de las teorías políticas extremas se encuentra un apoyo y justificación adecuados para las visiones polarizadas de las administraciones de justicia do tipo **laissez faire y dirigistas**.” (DAMASKA, 1986, p. 125-126).





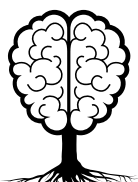
o processo, bem como é uma declaração de vontade na qual se solicita uma atuação do órgão jurisdicional frente a uma pessoa determinada e distinta do autor da declaração. No processo o que interessa é o ato que está condicionado, e não o direito ou poder de onde emana, de modo que se distingue tanto do direito subjetivo quanto do direito de ação, pois a relação jurídica material deduzida só terá sua existência verificada com a sentença judicial. À Guasp reconhece-se a importante evolução de ter visto a relação direito processo não mais a partir da ação, dando especial enfoque à pretensão processual como objeto do processo.^{164,165}

A ação processual é abstrata e universal, enquanto que a pretensão processual é um ato concreto e particular de declaração de vontade, reflexo jurídico do direito material, sendo ele verificado no processo. A eficácia da sentença está conectada com o direito material pretendido através da relação jurídica processual (RIBEIRO, 2004, p. 266-267 e p. 302-308). Deste modo, a ação será sempre abstrata e universal e a pretensão processual, por sua vez, será sempre concreta e particular, por isso se falar em pretensão a tutela jurídica e em pretensão processual, diferenciando ambas.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Mendez (1979, p. 86-90).

¹⁶⁵ *“Al examinar la teoría de la acción llega Guasp a una doble conclusión: no es aceptable la idea de la acción como un derecho concreto, puesto que el proceso se inicia lo mismo por quien tiene derecho que por quien carece de él; pero concebir la acción como un derecho abstracto depende de una serie de consideraciones extraprocerales, que sitúan el problema fuera del ámbito del mismo derecho procesal. El callejón sin salida a que llegado la doctrina depende de haber estudiado no el acto de parte en cuya virtud existe un proceso, sino el derecho de cuyo ejercicio constituye tal acto una manifestación: derecho procesal, extraprocerales o metaprocerales irrelevantes para el mundo del proceso. Al proceso, lo único que interesa es el acto al que él esta condicionado, no el poder de que tal acto deriva, poder cuya existencia hay que decidirla con arreglo a criterios de derecho civil o derecho político, según ¿a idea misma que de su concepto se tenga. Con lo que en definitiva proporciona Guasp a la doctrina procesal dos conclusiones de gran valor: la distinción entre derecho de acción y acción propiamente dicha, con lo que el problema se simplificaba extraordinariamente. [...] la segunda, la posible coexistencia de las dos teorías dominantes sobre la acción: la teoría concreta que parte de una consideración civilística: puede demandar quien tenga el derecho, y quien tiene derecho se determina mediante criterios extraños al proceso e irrelevantes para el tratamiento de éste; y la teoría abstracta fundada en consideraciones de derecho público: cualquier persona, tenga o no razón, tiene derecho a acudir los tribunales para que éstos examinen sus pretensiones.”* (DOMÍNGUEZ, 2008, p. 215-216).

¹⁶⁶ *“No podemos confundir ‘accion procesal’ con ‘pretension procesal’, así como tampoco confundir causa con efecto pues, como hemos visto, aquella es la causa de esta, por consiguiente, la pretension procesal es un efecto nacido del ejercicio de la accion procesal. Sin causa no puede existir efecto, ya que todo efecto logicamente debe tener una causa anterior que lo origine, principalmente en el proceso donde no puede haber actos abstractos. Ahora, dentro del proceso, existir la causa (accion procesal) sin existir el efecto (pretension procesal), seria algo inutil y sin sentido, pues, ejercer el derecho contra el Estado a la realizacion de una prestacion positiva, sin hacer una declaracion de*

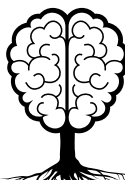




O momento dinâmico do Direito é a ação processual. Esta, por sua vez, se trata de um direito subjetivo, sendo um mecanismo de exercício da pretensão a tutela jurídica. Se trata de um direito porque o Estado, quando adere para si a o dever de prestação de justiça, reconhece, em contrapartida, o dever de todos de pedi-la; porém, é um direito subjetivo porque, em que pese reconhecer a todos, quando o pedido é dirigido aos Tribunais, este é individualizado e a pessoa deve preencher requisitos previstos em Lei (p.ex. pode ter ocorrido a prescrição do direito, o que obsta a possibilidade de exigir). A ação é um direito subjetivo imediato, pois é um ato, e não um poder, e passa a ser um direito de exercer contra o Estado (dinâmico). O poder de exercer pressupõe o poder de exigir: a ação pressupõe o poder de exigir do Estado (estático) e pertence à pretensão a tutela jurídica (RIBEIRO, 2004, p. 131-140 e 155). O conteúdo da ação processual como momento diâmico de acesso aos tribunais culmina no exercício da pretensão da tutela jurídica, cuja finalidade é criar a pretensão processual, que é o verdadeiro objeto do processo, e não a ação como objeto do processo.¹⁶⁷

voluntad solicitando del Estado esta prestacion positiva, seria un contrasentido.” (RIBEIRO, 2004, p. 401-402).

¹⁶⁷ “Entendemos tambien que la accion procesal es un derecho subjetivo, pues, no obstante asegurarse a todos los ciudadanos el derecho de acceso a los tribunales, cada uno de ellos cuando ejercita la pretension a la tutela juridica individualiza lo suyo, es decir, a pesar de que todos poseen el derecho de accion procesal en virtud del monopolio de la jurisdiccion, solo a traves del concreto derecho subjetivo puede ejercerse el derecho de accion. Cada individuo puede ejercer su propio derecho de acción procesal sin posibilidad de interferir en el derecho de acción ajeno. Como afirmamos anteriormente que no pueden existir derechos subjetivos antes de la sentencia y ahora decimos que existe un derecho publico y subjetivo de accion frente al Estado, es conveniente explicar esta aparente contradiccion, y para eso utilizaremos la misma pregunta que CHIOVENDA hizo para objetar la doctrina de Wach, a saber: ‘¿existe este derecho antes del proceso?’. Para responder a esta interrogante debemos acudir a la distincion que he realizado entre derechos subjetivos mediatos e inmediatos, pues, la accion procesal es un derecho subjetivo inmediato, ya que la simple ventaja objetiva concedida por el ordenamiento juridico es suficiente para que el mismo pueda existir, esto es, una vez que no existe ‘limitacion’ a la esfera juridica de otra persona no se requiere proceso alguno que legitime la intromision del Estado en la esfera juridica de terceras personas. Cuando se trata de la accion procesal estamos ante lo que algunos autores suelen llamar derecho subjetivo fundamental o derecho cívico. La accion procesal ademas de ser un derecho subjetivo inmediato tambien presenta un caracter publico, no solo por el hecho de dirigirse contra el Estado, sino tambien porque **‘en la efectividad de su ejercicio está interesada la comunidad, que ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consignadas en la Constitución’**. Modernamente, el derecho de accion forma parte de los llamados derechos fundamentales y encuentra sus directrices en las constituciones mas recientes, como por ejemplo, la Constitucion espanola, en el art. 24.1; la Constitucion italiana, en el art. 24.1; y la Constitucion brasilena, en el par. XXXV, del art. 50, de ahí su denominacion de derecho constitucional



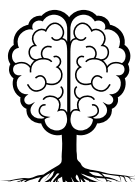


A partir do que foi exposto, pode-se compreender que no momento em que o Estado monopoliza o direito, surge para todos a pretensão a tutela jurídica e a ação processual. O acesso aos tribunais em seu momento estático é denominado *pretensão a tutela jurídica*, um poder do qual todos gozamos, e é o que legitima o *exercício da pretensão a tutela jurídica*, a ação processual, direito subjetivo imediato e momento *dinâmico* do acesso aos tribunais. Do exercício da pretensão a tutela jurídica, surge a *pretensão processual*, uma nova relação jurídica, distinta da pretensão material existente entre os particulares e regida por normas de direito privado. Poderá existir uma pretensão de direito material sem que essa possa ser exercitada pela ação processual, como é o caso de um direito prescrito, ou seja, sem exigibilidade. A eficácia da *pretensão processual* não se esgota com sua aparição, mas se mantém continuamente em uma sucessão de causa e efeito.^{168,169}

*de acción*³⁴⁸. Las garantías subjetivas inherentes al ejercicio de la función jurisdiccional pertenecen, por tanto, a las reglas superiores del ordenamiento jurídico, que, según palabras de FRANCOIS GENY, **'forman, por decir así, a las condiciones vitales de la sociedad'**. b) Utilizamos la palabra ejercer en el concepto para identificar la acción procesal con el aspecto dinámico del acceso a los tribunales, y así separarla de la pretensión a la tutela jurídica que es el aspecto estático. La noción de acción procesal presupone la idea de un acto y no la de un poder, pero, es cierto que para actuar es necesario la existencia de un poder anterior que lo legitime. Con otras palabras: no se puede confundir el **poder de exigir del Estado, que es estático y pertenece a la pretensión a la tutela jurídica, con el derecho de ejercer contra el Estado, que es dinámico y pertenece a la acción procesal. El derecho de ejercer presupone lógicamente el poder de exigir**, sin el cual sería puro arbitrio y violencia legítima. La acción procesal, ontológicamente hablando, solo existe cuando esta en ejercicio, en acto, esto es, solo cuando el ciudadano efectivamente ejercita la pretensión a la tutela jurídica, no siendo posible hablar, antes del ejercicio, de un derecho subjetivo de acción, como máximo habrá un derecho público de acción. Los autores que no hacen la distinción entre estos dos momentos tienden a decir que la acción procesal no interesa al derecho procesal sino al constitucional. c) utilizamos la expresión contra el Estado para indicar la dirección que debe seguir la acción procesal. Como indicamos en su momento, la creación del derecho de acceso a los tribunales genera para el Estado el deber de prestar la tutela jurisdiccional siempre que alguien lo solicite. De ahí que, si el Estado tiene el deber de prestar la tutela jurisdiccional y el individuo la necesidad de proteger sus intereses mediante el, al prohibirse la propia realización de la justicia, la acción procesal debe ir hacia quien tiene el deber de prestar la justicia. [...] En definitiva, el contenido de la acción procesal, como momento dinámico del acceso a los tribunales, es el ejercicio de la pretensión a la tutela jurídica, y su finalidad es la creación de la pretensión procesal que es el verdadero objeto del proceso, como veremos mas adelante." (RIBEIRO, 2004, p. 153-154).

¹⁶⁸ Ribeiro (2004, p. 84-136).

¹⁶⁹ Por fim, importa destacar que o Código de Processo Civil de 2015 continuou filiando-se à terminologia do código revogado, elaborado por Buzaid, o qual assenta o objeto do processo na lide e no mérito. Inclusive, a legislação brasileira adota a concepção de mérito sob influência de Carnelutti: Pode-se anotar, a partir do que se expôs acima, que o CPC/73 está muito próximo da arquitetura





4.3.1 Dialética Processual e Participação: objeto do debate processual

Em contraposición al tempo-yo, que es aislado e individualizado, el tempo del outro funda la comunidad. Solamente el tempo del outro rescata al you narcisista de la depresión y del agotamiento. (HAN, 2016, p. 10).

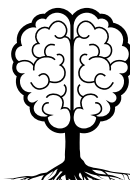
Ser capaz de entrar em um diálogo é a verdadeira humanidade do homem.¹⁷⁰

O processo não se esgota na pretensão processual, pois há também o objeto do debate processual, responsável por dinamizar o direito pelo debate entre as partes. O objeto do debate processual recebe especial atenção junto à teoria monista, constituindo elemento fundamental para a construção do juízo que reaviva o contraditório, outorgando constitucionalidade ao juízo processual. São os elementos aportados no objeto processual que servirão ao juízo, concretizado em suas complexas singularidades.

Consiste o objeto do processo no *meritum causae* e o objeto do debate processual nas questões relativas ao *meritum causae*. O objeto é definido pelo autor e a resistência do demandado não altera o objeto do processo, mas poderá ampliar o debate processual, ampliando a matéria de cognição do juízo (RIBEIRO, 2016, p. 77-81), razão pela qual a teoria erigida

processual contida na doutrina *carneluttiana*, o que não significou o rompimento com o pensamento *chiovendiano*. Segue, assim, o pensamento rigorosamente metodológico do doutrinador em referência, disciplinando a própria previsão da resolução da *questão incidente* por via de decisão interlocutória, bem como sua definição de dispositivo sentencial como parcela da sentença em que o juiz resolve as questões que as partes lhe submetem. Além disso, criou uma forte coordenação entre o despacho saneador e a sentença, que faz muito sentido no contexto acima referido (WILD, 2016, p. 101 e 149).

¹⁷⁰ “Sólo no oye, o en su caso oye mal, aquel que permanentemente se escucha a sí mismo, aquel cuyo oído está, por así decir, tan lleno del aliento que constantemente se infunde a sí mismo al seguir sus impulsos e intereses, que no es capaz de oír al otro. Este es, en mayor o menor grado, y lo subrayo, el rasgo esencial de todos nosotros. El hacerse capaz de entrar en diálogo a pesar de todo es, a mi juicio, la verdadera humanidad del hombre.” (GADAMER, 1998, p. 208-209).





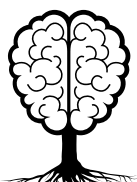
pelo professor Darci Guimarães Ribeiro apresenta importantes traços de democraticidade ao direito e ao processo civil (vistos em unidade).

Em consequência do princípio, as decisões judiciais devem se referir não só ao objeto do processo, mas também ao do debate, pois engloba tanto a pretensão processual deduzida pelo autor, como as exceções trazidas pelo demandado. A lide, deste modo, corresponde ao objeto do debate, e não somente ao do processo, não podendo ser confundida com o mérito, razão pela qual o objeto das decisões judiciais é maior do que o objeto do processo, pois consiste no objeto do processo em suas complexidades. Ao se referir também ao objeto do debate, ocorre um enfoque integral no *princípio dispositivo*, pois o objeto do debate processual é mais amplo que o objeto do processo, pois consiste no objeto do processo em suas complexidades.¹⁷¹

Conforme visto, no século XIX e anteriormente difundiu-se na ciência jurídicas exaurimento da função axiológica do princípio do contraditório. Ainda chamava-se princípio do contraditório, mas a fórmula perde a referência originária ao direito, pois por princípio não está mais a se indicar uma entidade preexistente as normas processuais, mas um procedimento baseado em abstração das normas. A partir da primeira metade do século XX, sob o influxo da teoria normativa do direito, passou-se a uma maior atenção ao ato processual, mas o contraditório ainda permaneceu à margem do fenômeno processual (PICARDI, 2008, p. 138-139).

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**

¹⁷¹ “Para singularizar el objeto del proceso bastan dos elementos: el elemento objetivo, *petitum* (Antrag) y el elemento causal, *causa petendi* (Sachverhalt), puesto que el nucleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, ‘*meritum causae*’, fondo) presentada por el actor, esto es, el *thema decidendum*. En cambio, para individualizar el objeto del debate son necesarios três elementos: el elemento subjetivo, actor y demandado; el elemento objetivo, *petitum*; y el elemento causal, *causa petendi*, ya que, en virtud de una vision completa del principio dispositivo que engloba tanto la pretension procesal del actor como las excepciones del demandado, el nucleo en torno al que giran las actividades de las partes constituye el analisis de todas las cuestiones relativas al fondo, e. g., cuestiones previas (presupuestos y requisitos procesales), cuestiones incidentales, condiciones de la accion, excepciones, entre otras.” (RIBEIRO, 2004, p. 81-84 e 236).





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. 101-120 e 111).

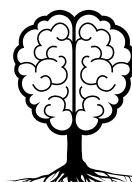
Na fase denominada “direito de influenciar”, que advém com a constitucionalização do ordenamento jurídico, o processo passa a ser compreendido como um espaço público de debates, envolto por uma concepção democrática (RIBEIRO, 2014, p. 101-120 e p. 1140-115): “observe-se que o processo não busca decisões justas, mas assegura às partes participarem de forma isonômica na construção do provimento.” (LEAL, 2016, p. 139).

Esta visão faz possível que sejam flexibilizados princípios processuais como a congruência processual,¹⁷² uma vez que na complexidade social na qual se vive as pretensões, advindas de interesses, exigem do juízo uma abertura semântica ampla calcada no objeto do debate processual. Assim, o processo tem como seu norte a resolução dos conflitos: a apreensão fática do conflito no caso concreto, o que não é delimitado apenas pela lide, mas também pelo debate processual. As novas tendências processuais ampliam as *potestades judiciais* no trâmite das causas, através da flexibilização de certos princípios processuais, como o da congruência processual.¹⁷³

Para evidenciar a dialética processual/contraditório necessário à democracia participativa realizada pelo processo, utiliza-se a dialética Gadameriana, cuja filosofia exaspera um encontro da discussão com o contexto social e com a existência, inclusive para afastar o monólogo do

¹⁷² Acerca da flexibilização da congruência processual, ver Santos (2018).

¹⁷³ “Las nuevas tendencias en este aspecto indican un reforzamiento de las potestades judiciales en el ambito del comando y la ordenacion del tramite de las causas. Las tecnicas apropiadas pueden ser diversas. Algunas estan vinculadas con la flexibilizacion de ciertos principios procesales (como el de preclusion, que deriva en la preclusion elastica 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 publicos del proceso y la rapida definicion del litigio, se exterioriza mas genericamente a traves de las tecnicas de gestion, propias del denominado case management, que suponen dejar librada al juez, en buena medida, la gestion de las distintas etapas del proceso y particularmente de la produccion y recepcion de las pruebas. Bien que siempre bajo reglas abiertas que proporciona la propia ley.” (BERIZONCE, 2010b, p. 184-197 e 92).



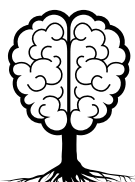


juiz na decisão judicial, aportando assim a importância da cooperação entre partes e judiciário na construção do juízo.

Dialética significa o amplo conjunto da tradição ocidental da metafísica (lógica e *logos*). Heidegger, ao buscar afastar-se da metafísica, deu um passo atrás e distanciou-se da dialética. Gadamer, por sua vez, realiza o giro hermenêutico voltado à conversação, e não busca retroceder à dialética platônica, senão aponta por detrás do giro socrático a seu pressuposto GADAMER (1998, p. 354-359). O que é dito não possui uma verdade em si mesmo, senão se remete para trás e para frente ao não dito. Tudo que é dito, é motivado, e a motivação abre o âmbito desde o qual se pode obter e dar uma resposta. Perguntar e responder implicam um diálogo interminável em cujo espaço estão a palavra e a resposta, onde está o que é dito GADAMER (1998, p. 150-151).

Com a *dialética dialógica* não se busca a última redução do real a um conceito definitivo. Diferente da dialética Hegeliana, a dialética Gadameriana não constitui um instrumento formal, mas envolve o sujeito no processo. Com a superação da dialética hegeliana em diálogo, supera-se a ideia de uma razão pré-constituída e abstrata. O diálogo é humano e se preocupa com as respostas, de modo que não pode ser imposto ou pré-determinado por alguém ou por um dado externo. Na dialética, um assume posição frente ao outro, assumindo os riscos deste movimento como imprevisível. O diálogo implica ouvir, receber, procurar e captar, para compreender o que o outro quis dizer: ouvir não significa anular-se ou realizar o que o outro diz, mas sim compreender o outro no seu horizonte e a própria disposição de acatar (ou não) um argumento diferente ou até oposto ao seu. Neste diálogo a ser expressado como uma *colaboração/cooperação*, procura-se um consenso que não denota uniformidade, por suas implicações ético-políticas (ROHDEN, 2004, p. 193-198).

O diálogo/dialética de perguntas e respostas não busca derrotar a outra pessoa, mas testar suas afirmações a luz do próprio tema. No mesmo sentido, o diálogo hermenêutico busca, no texto, tirá-lo da alienação



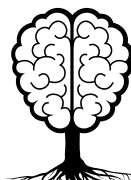


(forma rígida, escrita), recolocando-o junto ao contexto, ao presente vivo do diálogo, através da pergunta e resposta. A partir da dialética ocorre uma fusão de horizontes: o encontro com o horizonte do texto transmitido ilumina nosso horizonte e leva a autocompreensão (revelação ontológica). Essa revelação que ocorre pela fusão de horizonte faz com que se compreenda algo que ignorávamos, que se dá pela linguagem (PALMER, 1969, p. 201-204). A democracia assenta-se sobre a dialética, que faz aparecer o diferente e trazer ao debate.

Entretanto, pelo que é asseverado pelo paradigma da modernidade, a arte da conversação vem desaparecendo, estabelecendo-se o monólogo, a monologização da conduta humana. A capacidade para o diálogo é natural ao humano, e a linguagem somente existe na conversação. Porém, o papel da conversação entre as pessoas é variado, pois a incapacidade para o diálogo refere-se mais bem à abertura de cada um aos demais, para que os fios da conversação vá de um a outro. A condição decisiva é ver o outro como outro: para ser capaz de conversar, temos que saber escutar (GADAMER, 1998, p. 203-205).

A dialética vai mais além da matemática do mundo, o que já era defendido por Platão. A dialética não pode ser visto apenas como um modo de superar argumentos, pois mais bem leva ao outro, ao interlocutor, que confesse sua falta de conhecimento e a que pense por si mesmo. Nesse sentido a dialética tem uma função exclusivamente propedêutica (GADAMER, 2007, p. 79-80). A forma poética-dialógica de Platão ainda vai no sentido de evidenciar definições fixas, demonstrando-se a serviço da continuidade do pensamento. A dialética tem que converter-se em diálogo e o pensamento tem que mostrar a sua validade através do ato conjunto da conversação.

Segundo é propalado pela política, todo o acordo em uma comunidade humana é possível porque seus membros compartilham uma pré-compreensão do bem comum. Porém, os diálogos Socráticos desvelam a inverdade nisso: é duvidoso que todos possuem o pensamento similar





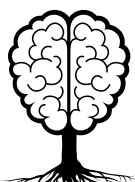
acerca do que seria o bem e a virtude. Assim, o diálogo é fundamental como condição de possibilidade da comunidade e servindo como instrumento letal contra a política hegomonica e a dominação dos poderosos. Ocorre que na atualidade a nossa sociedade apenas oferece bases para uma ética utilitária cujo bem último é o prazer individual (LÓPEZ, 2007, p. 60-61).

Em um processo o juiz não está sozinho, pois não se trata de um monólogo, e sim de um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas e respostas, e esta dialética é a característica fundamental do processo atual, pois retira do juiz a vontade soberana e absoluta, que se torna condicionada (CALAMANDREI, 1968, p. 679). 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. Os conflitos atuam na sociedade para manifestar essas reivindicações e o Estado-juiz deve estabelecer mecanismos que possibilitam a resolução pacífica dos conflitos.¹⁷⁴ No processo dialético a sentença é a consequência incerta cujo fim dar-se-á com o andamento do processo (CALAMANDREI, 1968, p. 81).

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 reformulacion de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o mas distanciando.*” (OST, 2017, p. 15-48 e 45)

O contraditório, a um nível mais profundo, consiste na natureza de o direito sempre unir polos humanos, a partir das diferenças que crescem nesta relação. O direito não é mais que o debate contínuo, onde o terceiro garante que a diferença opere e que a palavra circule “*La cifra 3 (o la institucion del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamas el 1*

¹⁷⁴ “Bajo un regimen juridico, la paz que caracteriza una sociedad no significa ausencia de conflictos, sino mas bien el establecimiento de mecanismos susceptibles de resolverlos pacificamente: un estado ‘agonal’, ‘civil’ en cuyo seno se hacen valer unas reglas del juego que son las que presiden la confrontacion entre los protagonistas.” (OST, 2017, p. 15-48 e 21).





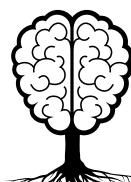
se va a encerrar en si mismo, o de que el 2 jamas va a absorber al 1 [...]" (OST, 2017, p. 15-48, 47 e 39).

O princípio constitucional do 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. 470-515 e 506), pois “*La que nosotros llamamos tutela del derecho es en realidad tutela del proceso.*” (SATTA, 1971b, 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.¹⁷⁵

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.

¹⁷⁵ 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, p. 582).





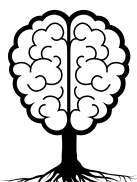
4.4 PROCESSO E DIREITO PELO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE: JUÍZO COMO COLABORAÇÃO PROCESSUAL

Lo natural del derecho consiste en estar íntimamente penetrado con la sociedad, es decir, estar en 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).

Compactuamos que do direito deve ser expurgado traços de autoridade antidemocráticas, pois não coaduna com a filosofia (científica e social, vistas na unidade, conforme apontado por Latour) desta época e com a participação social que o processo civil busca trazer pelo paradigma da complexidade. O direito não pode se identificar com o poder e com a cobertura de desigualdades e opressões, razão pela qual a discussão sobre a importância do processo civil é fundamental, pois é capaz de dar elemento de dinamicidade ao direito legítimo, razão pela qual não se compactua nem com a liberdade irrestrita do juízo e nem com o legalismo estrito, pois são duas facetas da instituição do poder discricionárias.

Ao destacar a necessidade de politização do direito e, conseqüentemente do processo, conforme feito em tópico anterior, buscou-se apontar que o direito não pode ser neutro,¹⁷⁶ alheio às dinamicidades de mundo, pois uma vez neutro já não mais sustenta-se em um cenário de globalização, onde problemas tecnológicos, econômicos e sociais são novos e muito diferentes do que até então o direito normatizava

¹⁷⁶ “[...] apesar da aparente neutralidade dos juristas, é amplamente conhecido o papel do direito na formação dos sistemas políticos da modernidade, que se valem, sem dúvida, dos princípios jurídico-processuais que os protegem. [...] Nosso direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõem-se ao comunitário, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da Idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno.” (SILVA, 2006, p. 303-305).





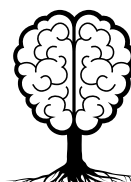
“O fato de que uma norma atenda às circunstancia imperantes num determinado espaço-tempo histórico leva erroneamente à impressão de que se trata de uma regra formulada com caracteres definitivos.”¹⁷⁷ Não se buscou, importa destacar, apontar um aumento do poder político na mão do juiz, mas sim uma politização do direito pelo processo civil:

A procura obsessiva de um direito assegurador de situações jurídicas de dominação que, a cada dia, migram de grupos dominantes para novos grupos dominantes, num duelo vertiginoso que se faz por sucessão ou anexação de patrimônios na sociedade capitalista do século XX, agravou a autocracia de um formalismo jurídico, tecido de modo voluntariamente confuso, difuso e assistemático, com vestimentas e máscaras uniformizadoras e pseudocientíficas (forma pela forma e rito pelo rito) com vistas a preservar, pela fetichização ético moral dos ordenamentos jurídicos, os privilégios milenares dos grupos de comando econômico-social e pelo bloqueio do reconhecimento efetivo de direitos fundamentais pelo povo.¹⁷⁸

A criação processual do direito não se trata de um ato legislativo, mas sim de uma original atividade jurisdicional, como também ocorre com decisões estruturantes calcadas no *ius facere* jurisdicional, também ampliado pelo paradigma da complexidade. Legislação e jurisdição diferenciam-se na medida em que a legislação é uma produção do direito *sub specie* normativa (normas jurídicas), não para casos concretos. A jurisdição, por seu turno, produz preceitos para cada caso singular, o que denota sua dinâmica (CARNELUTTI, 1942, p. 130-131).

¹⁷⁷ “BR[...] apesar da aparente neutralidade dos juristas, é amplamente conhecido o papel do direito na formação dos sistemas políticos da modernidade, que se valem, sem dúvida, dos princípios jurídico-processuais que os protegem. [...] Nosso direito é um produto da modernidade. A concepção jurídica moderna opõem-se ao comunitário, tanto da filosofia clássica quanto da estrutura social da Idade Média. Por sua vez, também a democracia caracteriza-se por ser um regime político que, não apenas pressupõe o conflito, como o tem como uma de suas virtudes naturais. É o conflito que gera a competição, matéria prima do progresso e do desenvolvimento, as ideologias básicas do pensamento moderno.” (SILVA, 2006, p. 303-305).

¹⁷⁸ “trascendental del juicio se logra a través de la jurisprudencia. Aquí, más allá de *Ja culminación del proceso*, se observa el derecho en la vida misma, cumpliendo la función específica que le está encomendada en la realidad social. Con palpable exactitud puede decirse que en este momento se cierra el ciclo del problema derecho-proceso.” (MENDEZ, 1979, p. 227).

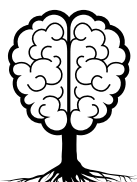




Sí no me equivoco, una sentencia judicial es norma en un triple sentido: como norma particular, como norma profesional y como norma pública: 1º Es norma particular para las partes afectadas por el fallo, para los litigantes; se entiende en la medida en que aquella sentencia tiene fuerza de cosa juzgada. Entre los litigantes la sentencia impone una indiscutible, pues su conflicto de intereses ha sido resuelto de conformidad con aquel criterio judicial contenido expreso o implícitamente en la sentencia. 2º Es norma profesional por cuanto cada sentencia constituye un precedente, que tendrá una influencia más o menos intensa sobre las futuras sentencias de aquel mismo juez o de otros jueces. 3º Es norma pública, ya que aquella muestra de conducta judicial será tenida en cuenta por todos los que tengan que intervenir en un caso análogo, y los técnicos del derecho, en especial, no olvidarán aquella muestra cuando se trate de dar consejo al público. A esto debe unirse el valor generador que tienen las sentencias judiciales respecto a las otras fuentes que de ella se derivan: la costumbre, la ley, la ley privada negocial, etc. (D'ORS, 1953, p. 17-18, grifo nosso).

Não se perde com isto o dado palpável da lei, porém sem esta transformação a lei entificar-se-ia. Mesmo em uma perspectiva dualista, se tem admitido ao menos o predomínio da função criativa do juiz; porém, em uma perspectiva monista da jurisdição, não se trata de uma atividade criativa, mas uma atividade consequência da própria natureza da jurisdição: o processo possui vocação social (MENDEZ, 1979, p. 41, p. 201-206 e 320).

A jurisdição não visa simplesmente à atuação de direitos subjetivos privados, declaração da vontade concreta da lei ou à justa composição da lide, como se a interpretação e a aplicação do direito não colaborassem de forma ativa na positivação da ordem jurídica e, portanto, não importassem como direito vigente. E se tudo isso é verdade, então parece igualmente evidente que a jurisdição também tem um papel de outorga de unidade ao direito, dissipando -se dúvidas interpretativas e desenvolvendo o direito de acordo com as necessidades sociais, não sendo apenas um meio para resolução de casos concretos. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 35).

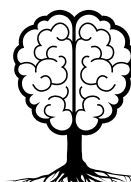




O paradigma da complexidade reflete a superação do Estado Liberal de Direito para um Estado Democrático, onde a lei se submete às normas constitucionais, conformadas por princípios e direitos fundamentais. O processo civil, por esta nova perspectiva do direito, mais do que nunca é elementar, pois traz ao direito elementos participativos e construtivos para a criação judicial, legitimando as decisões. Ainda, em um Estado Constitucional, a decisão judicial não somente é proferida por um funcionário burocrata, mas deve ser reconhecido ao juiz medidas estruturantes em suas decisões, para que o processo ganhe potência prática; ou seja, que na prática sejam protegidos os direitos humanos e fundamentais resguardados pelo processo civil. Ocorre criação diante do caso concreto, o que evidencia que a tarefa interpretativa não é meramente declaratória e cognitiva de uma norma preexistente:

De modo que a criação da norma jurídica mediante a conformação da lei e da legislação pode ser caracterizada como uma *norma jurídica criada diante do caso concreto, mas não uma norma individual que regula o caso concreto*. Ou seja, há necessidade de distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é *voltada especificamente à regulação de um caso concreto*. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 81).

O juízo jurisdicional é o direito objetivo à concreta situação de complexidade apresentada. Direito, no senso objetivo, como norma operadora em uma determinada comunidade humana ou experiência jurídica, levando em consideração que o direito objetivo pode ser considerado o comando emanado da autoridade em um dado território, ou a expressão do espírito do povo, ou o critério de conduta proveniente da natureza do homem. As diversas concessões do direito objetivo variam segundo a concessão do direito se dê em uma vertente positivista, historicista, jusnaturalista, etc. Essa dimensão objetiva dos direitos é capaz





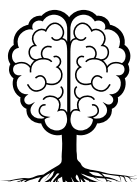
de abranger as complexidades.¹⁷⁹ A partir do que foi compreendido, o direito objetivo deve ser o conjunto dos dados carregados processualmente a partir do debate processual, tangenciado pela normativa do caso que pode ser ampliada ou construída.

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 justificação 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:

A jurisdição diferencia -se da legislação não mais por ter que aplicar a norma por essa criada, mas por colaborar com a realização do direito mediante a justificação de suas decisões interpretativas diante de um determinado caso concreto. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 86).

A colaboração processual, possibilitada pela adesão do paradigma complexo no processo civil, demarca uma nova visão sobre o direito, que passa a ser construído e desvelado a partir da sociedade, abrindo uma nova fronteira junto à participação processual, que dá espaço à criação processual do direito, pois este não pode estar à mercê do voluntarismo legal e jurisdicional, “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.” (PICARDI, 2008, p. 142). A colaboração processual aporta as complexidades de mundo, discutidas pelo objeto do debate processual, o qual será a base de fundamentação da decisão judicial.

¹⁷⁹ “La cada vez más compleja naturaleza jurídica de los derechos fundamentales Los derechos fundamentales tienen una cada vez más compleja naturaleza. En efecto, aunque se empiezan concibiendo como derechos subjetivos (A) y específicamente como derechos subjetivos de “defensa” (B), pronto también se concebirán como derechos subjetivos de ‘de prestación’ (C). Pero, además, más adelante, los derechos fundamentales no serán solo entendidos como derechos subjetivos, sino también como normas con una dimensión objetiva (D). A todo ello se añadirá, también su comprensión bajo el prisma de la dimensión cultural-nacional (E).” (MIGUEL, 2016, p. 134-142).



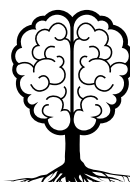


A estrutura do juízo confirma que é a sede aonde se produz a o direito, sem cingir direito e processo, que não vivem apartados dentro de uma sociedade dinâmica e geradora de complexidades. A geração do direito pela dinâmica processual acaba com o cientificismo exacerbado dos últimos tempos, superando o dualismo entre direito material e processual, fato e direito, silogismo judicial e voluntarismo jurisdicional.

A evolução que se observa desde a passagem do juiz como boca morta da lei até o pensamento que propõe a concreção do ordenamento jurídico por obra do juiz, e, hoje, como juízo reflexo da colaboração processual, demonstra que a estrutura do juízo jurisdicional é a sede aonde se produz a conjunção direito e processo, que supera a simples atividades das partes, mas sim a geração do direito pela dinâmica processual. O caso concreto, onde se localizam as complexidades sociais, é um argumento que denota a superação do dualismo entre direito material e direito processual. Por isto dizer que a experiencia do direito é posterior ao juízo, mesmo que em nossa cultura jurídica atual se apresenta como algo simultâneo (MENDEZ, 1979, p. 174-185 e 202).

Não se espera dos julgadores prudência judicial e reflexão aprofundada, pois está além de sua função. Deve ser traçado *limites objetivos* ao seu trabalho.¹⁸⁰ Por esta razão, o processo é meio de diminuição do Valorativismo presente tanto no *legislador* como no *juiz*, garantindo às partes meio de participação na construção do ordenamento jurídico pelo *juízo*. A pretensão processual como objeto processual junto ao objeto do debate em uma perspectiva monista não contemplam o juízo positivista em um sentido legalista e/ou normativista num sentido solipsista: um juízo que trará elementos provenientes do objeto do debate processual, reformulando os elementos do processo para superar

¹⁸⁰ “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).





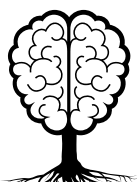
o paradigma moderno do processo civil, visando à tutela do direito e a adesão de fundamentos democráticos no processo judicial e no direito.

O aumento dos poderes dos juiz concedido nos últimos tempos não reflete o poder de uma figura autoritária (como o juiz Hércules (STRECK, 2010b, p. 24-26)), mas a necessária visão de um direito e um processo apoiado em novos valores devido à dinâmica de mundo, onde coexiste à abertura cooperativa do processo¹⁸¹ e aos poderes do juiz o apoio à conciliação, mediação e arbitragem; onde cada vez mais é necessária a existência de medidas estruturantes implantadoras de políticas públicas de cunho social; onde os problemas tornam-se mais complexos e inalcançados pela norma posta em uma estrutura piramidal.

4.4.1 Hermenêutica Fenomenológica e Paradigma da Complexidade

Chamaremos esta última fase da vida do direito de a fase de *interpretação*. Devolvamos a esta palavra seu antigo sentido. Ela possuía mesmo na linguagem jurídica romana uma acepção bem mais ampla. *Intermediário* entre o caso litigioso e sua solução, o *interpres* é em geral o *jurisconsulto*: os *jurisconsultos* presidiam a todos os momentos da obra do direito. Inventores de regras gerais, continuam sua tarefa no estádio do processo, aconselhando o juiz. O que é nesse momento a “interpretação”? Seu ofício não se reduz a reconstituir cientificamente o significado das leis. O intérprete, apoiando-se nas leis, vai *mais longe do que as leis*, continua o trabalho do legislador. (VILLEY, 2003, p. 148).

¹⁸¹ “Senza alcun dubbio il potere dei giudici è aumentato negli ultimi dieci anni. Tuttavia, è necessario misurare tale potere: il suo ruolo non è più quello di una figura autoritaria (come invece per i predecessori Giove e Ercole), ma piuttosto quella di un personaggio paradossale il cui potere si concretizza in un sorta di non-potere, caratteristico di un approccio conciliativo più che assertivounilaterale. Lungi dal volersi posizionare ai vertici della nuova piramide (come per esempio, quella del «governo dei giudici»), il giudice-Erme incarna un potere invisibile, diffuso e collettivo tipico dell’esercizio dell’autorità in rete. Ma allora, come si possono ridefinire i compiti dei giudici quando non sono più solo gli anelli di una catena o il livello di una piramide, ma anche, e sempre di più, i nodi di una rete multipolare in ricomposizione permanente? Potremmo già dare una primissima e sommaria risposta: ovvero che la nuova cultura giudiziaria sia connotata da uno spostamento dai valori dell’obbedienza a quelli della collaborazione.” (OST, 2013, p. 701-727 e 705).



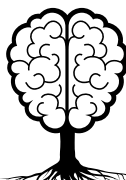


Até o presente momento, a ora dissertação buscou evidenciar a importância do processo ao direito, apontando o processo civil como possibilidade de dinâmica existencial ao direito. Agora, destaca-se como proposta interpretativa ao direito, através de uma ciência marcada pelo paradigma da complexidade, a hermenêutica fenomenológica, por exasperar a visão indutiva e realista necessário ao juízo, uma vez que versa sobre o fato histórico e a atividade humana.

As doutrinas que tem como centro a interpretação como declaração do direito pressupunham que a norma preexistiria ao ato da interpretação, de modo que a atividade interpretativa reduzir-se-ia a uma atividade cognitiva a partir da dedução. Ocorre que a atividade de interpretação não é descritiva de uma norma preexistente, de modo que seu objeto não é a norma, mas o texto e o contexto.

A interpretação não consiste no seu fim último, mas indica a modalidade de aproximação cognitiva, sendo o fim último a compreensão (VIOLA, 2015, p. 57-74 e 62). O juiz-hermes produz uma mudança significativa: inaugura uma nova forma de Estado e de criação do direito, posto em uma sociedade em rede, onde o Estado torna-se mais modesto, reflexivo e, sobretudo, *processual*. O conflito não é mais solucionado pela Lei e a sentença não é mais dedutiva, mas sim comparativa e adaptável, atenta à observância da lei da relatividade, aos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, cuja importância é agora reconhecida.¹⁸²

¹⁸² “Ma il cambiamento principale è avvenuto con l'introduzione di una terza figura – ovvero il “giudice-Erme” – reso necessario dalla comparsa di una nuova forma di Stato e di un nuovo modo di produrre il diritto: lo Stato e il diritto sono in rete. Erme, dio dei viaggiatori e delle comunicazioni, infatti, illustra perfettamente il fenomeno di una nuova regolamentazione propria di una società dove le regole e i governi istituiti gerarchicamente lasciano il posto ad una moltitudine di reti e di poteri in costante interazione. Lo Stato di oggi è ormai modesto (“Stato moderno, Stato modesto”): questo tipo di stato rinuncia alle grandi politiche di welfare e diventa riflessivo e procedurale, preferendo affidare ai partner interessati lo sviluppo di un diritto concordato, flessibile, regolabile e fluido. Situato nel cuore dell'interazione di queste diverse fonti del diritto, al crocevia di tutti questi poteri che spesso si accavallano e competono, il giudice cambia ancora una volta il suo metodo, sostituendo la spada dei codici e delle politiche pubbliche con la bilancia degli interessi. Non è più il caso di risolvere una controversia sulla base di una legge o di un programma specifico, ma occorre comporre una serie virtualmente infinita di interessi che si trovano in competizione. La sentenza non è più deduttiva o induttiva, ma diventa comparativa e adattabile, attenta all'osservanza della legge della relatività, dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, di cui si riconosce oggi l'importanza.” (OST, 2013, p. 701-727 e 703).



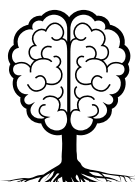


Dado que o paradigma da complexidade observa o direito e o processo como ciência, eliminando os subjetivismos, primando pela visão do direito como ciência neutra e sem ideologias, à serviço do progresso humano, e não do poder, sem a cisão entre o que é social e o que é científico e observando sempre como evolução, é mister que o juízo jurisdicional obedeça aos elementos objetivos carreados no processo, junto à hermenêutica fenomenológica, que aceita a interferência subjetiva, pois nenhuma interpretação é pura, entretanto busca eliminar todo o subjetivismo possível. Esta visão, ressalta-se, coaduna com o que se propõe acerca do paradigma da complexidade no processo civil.

Conforme buscou evidenciar esta monografia, a interpretação é consequência natural do processo, pois o direito é concretizado a partir da complexidade trazida pelo caso concreto. O objeto do debate processual, que carrega a carga de dialeticidade processual, aporta em si elementos imprescindíveis para a fundamentação, que poderá, respeitado o justo processo, ser ampliado.

A discricionariedade como consequência do juízo é previsto tão somente em uma perspectiva dualista do processo, pois para o monismo, se trata de uma abertura hermenêutico-interpretativa a partir do objeto do debate processual: direito é sempre um direito das partes, individualizado pela sentença, que marca o nascimento do direito, documentando a presença do direito na realidade social. A sentença é sempre a resolução de um caso concreto, de um problema humano que encerra interesses contrapostos. Um conflito simples recebe uma formulação técnica e refinada pelo processo. *“Esta observación elemental hace emerger un núcleo en el cual confluyan acción, jurisdicción y proceso: el juicio.”* (MENDEZ, 1979, p. 166 e 220).

O direito não é algo acabado e formulado, mas é algo que se há de buscar incessantemente. As normas não são outra coisa que uma generalização em ordem a satisfazer pretensões, entretanto a dinâmica





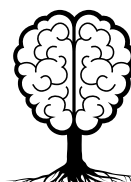
processual atua na busca de uma visão mais realista da experiência jurídica (MENDEZ, 1979, p. 230-231).

Desta feita, desde começos do século XX foi-se abrindo a teoria do direito à ideia de que o Direito não se esgota ao texto legislado, introduzindo a interpretação como essencial para a concreção do enunciado legal. A interpretação, com a hermenêutica fenomenológica, passou a ser concebida como sempre carregando consigo os elementos contextuais e pessoais (AMADO, 2003, p. 191-211 e p. 192).

A hermenêutica fenomenológica busca a renovação das ciências humanas frente ao domínio das ciências da natureza, referendadas pelo positivismo e pelo racionalismo, o que se coaduna com o paradigma da complexidade que neste trabalho se aponta. A hermenêutica carrega uma carga ontológica (círculo hermenêutico), que busca englobar tanto o sujeito como o objeto – as coisas definidas e as condições da definição. As condições da definição não são somente linguísticas e gnoseológicas, senão sobretudo intencionais. O compreender hermenêutico supõe um novo tratamento da situação sujeito-objeto, sem alicerçar-se em extremos (HENRÍQUEZ, 2015, p. 27-28).

A fenomenologia, de um lado, é a teoria da significação, e a hermenêutica, por outro, é a teoria do sentido e do compreender, estabelecendo que a compreensão implica mais do que um vínculo cognitivo com um objeto, senão que o sujeito também está comprometido. Fenomenologia e hermenêutica estão vinculadas profundamente na experiência subjetiva fática (HENRÍQUEZ, 2015, p. 25). A hermenêutica fenomenológica tem como ontologia fundamental a existência, *facticidade*, pois a experiência hermenêutica parte de um mundo de vida, da experiência em sentido radical e pleno, apresentando-se pelas complexidades sociais as quais implicam um sentido de pluralidade vital-cultural.

O processo hodierno sob efeito da constitucionalização normativa, acaba aderindo um *ethos* compartilhado de responsabilidades no tocante a governança processual das partes, observando à boa-fé e lealdade





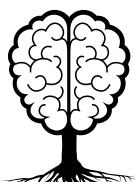
processual (RIBEIRO, 2005, p. 57-70). Derradeiramente, com isso, acaba se respeitando os direitos fundamentais e humanos, a dignidade da pessoa humana, o respeito à democracia como meios de assegurar um aprimoramento do debate democrático (RIBEIRO, 2010, p. 96).

No hay duda de que el apartamiento del iusnaturalismo y del positivismo jurídico y el acercamiento a la hermenéutica jurídica no significa facilitamiento alguno ni para el legislador ni para el juez. Por el contrario, se hace más difícil establecer o decir derecho, aunque también se hace más humano. El derecho natural racionalista y el positivismo jurídico habían convertido a los juristas, y más aún al juez, en funcionarios. La hermenéutica jurídica quiere devolverles personalidad. (ZACCARIA, 2015, p. 142).

As reflexões hermenêuticas sempre ocorrem em uma dupla perspectiva: há uma perspectiva *teórica*, que busca descrever como o processo de interpretação e compreensão ocorrem, de que maneira esse conhecimento se resolve na mente do sujeito que conhece dada a dualidade sujeito objeto. A segunda perspectiva é a *prática*, que busca estabelecer regras e métodos que conformem o processo de interpretação e compreensão para tornar possível reduzir os erros que podem surgir no processo interpretativo. A hermenêutica fenomenológica, assim, não somente busca reunir um conjunto de conhecimentos teóricos, mas também, em uma linha de racionalidade, estabelecer critérios de certeza e objetividade no processo de interpretação e compreensão (STRECK, 2012, p. 217-233 e 219).

O processo é assim o canal redutor desse subjetivismo que tem dois caminhos, tanto o momento de criação da norma geral como no momento de criação da norma individual, ou seja, o caso concreto na sua particularidade e o momento histórico do fenômeno, desvencilhando-se de considerar o geral pelo geral, mas considerando sua particularidade.

A hermenêutica fenomenológica pode ser visualizada como a desobjetivação do fenômeno jurídico, possui uma carga de potencialidade



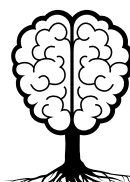


do fenômeno jurídico, que o torna dinâmico. Por esta visão, o Direito não se esgota e não se resolve em um conjunto de regras e princípios, pois se “esconde” detrás dos materiais jurídicos culturais, cobrando ser atualizado pela interpretação. O Direito é compreensivo em sua natureza elementar, baseado em valores de um contexto determinado (ZACCARIA, 1996, p. 227-266 e p. 235-236).

A vontade do legislador já não é onipotente e se redesenha o panorama do ordenamento jurídico, aumentando o papel criativo e dinâmico da jurisprudência (ZACCARIA, 2010, p. 281-292 e 282), principalmente em razão do direito fundamental à tutela judicial efetiva, onde a justiça é vista como uma obra a ser continuamente feita a partir de uma série de conflitos evidenciados pelos casos concretos, que não podem ser tratados de forma idêntica a partir de decisões pré-estabelecidas.

Toda interpretação correta tem que proteger-se contra a arbitrariedade e contra a limitação dos hábitos imperceptíveis do pensar e orientar seu olhar à coisa mesma. O que importa é manter o olhar atento à coisa através das desvios a que se vê constantemente submetido o interprete em virtude de suas próprias ocorrências.¹⁸³ Aquele que busca compreender um texto sempre realiza um projetar, pois tão pronto apareça um primeiro sentido do texto, o intérprete projeta um sentido. A compreensão consiste precisamente na elaboração deste projeto prévio, que vai sendo revisado conforme se avança na penetração do sentido. Toda a revisão do primeiro projetar permite antecipar um novo projeto de sentido, de modo que a interpretação começa sempre com conceitos prévios que tendem a ser substituídos progressivamente por outros mais adequados. O compreender está exposto a erros de opiniões prévias que não se comprovam na coisa mesma, de modo que a arbitrariedade torna-se uma opinião previa inadequada que no processo de aplicação acaba sendo aniquilada. Por isso, é importante que o intérprete não se dirija aos

¹⁸³ O problema da verdade – e, portanto, da manifestação da verdade no próprio ato judicante – não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva (STRECK, 2013, p. 19).





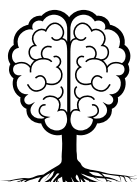
textos diretamente, desde opiniões prévias, mas sim que examine tais opiniões na sua origem e validez (GADAMER, 1999, p. 332-334).

A lei não possui sentido único/verdadeiro, pois a dinâmica exige um enriquecimento produtivo do texto; o que significa não somente atualizar o texto, mas ir em direção da dinâmica social. Caso a lei tivesse um sentido único, a interpretação hermenêutica seria impossível (SILVA, 2006, p. 281-282). O “acesso hermenêutico às realidade jurídicas contingentes, fica, conseqüentemente, vedado ao pensamento dogmático” caso não se construa uma autêntica democracia, que não se constrói sob um pensamento único e dogmático (SILVA, 2006, p. 307).

São identificáveis dois grandes modelos de hermenêutica no Direito. No primeiro, a interpretação jurídica é entendida como compreensão textual, na qual a mensagem normativa está encerrada no texto, proveniente da natureza, da divindade, da tradição ou da razão. O intérprete busca desvelar o conteúdo da Lei em um enunciado compreensível, tornando-se a interpretação uma técnica para a verdade normativa. A era da codificação expressa esse momento em que a essência do Direito reside na organização racional de um objeto, tornando o Direito Positivo e Dogmático e tendo na metodologia uma ferramenta fundamental de interpretação do saber jurídico. Em um segundo momento, busca-se combinar prática e conhecimento, situando uma norma fundamental, partindo de uma realidade social normativamente efetiva ou de um ponto de vista interno no qual o ato cognoscitivo conecta-se com o compromisso moral (círculo hermenêutico). O pensamento hermenêutico, nesse momento, supera a técnica e o instrumento, adquirindo um sentido fundador no Direito, tornando-se uma hermenêutica *construtiva* e não *desveladora* do sentido jurídico.¹⁸⁴

Diante da Constituição moderna, com a hermenêutica jurídica filosófica, a Constituição torna-se pragmática para incluir/reconhecer

¹⁸⁴ “En esta misma línea, la conocida concepción de la interpretación jurídica que distingue entre una interpretación subjetiva y otra objetiva, remite, en definitiva, a estos dos momentos hermenéuticos. La concepción subjetiva de la interpretación pertenece, en efecto, al horizonte de la interpretación



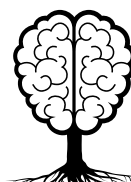


formas de convivência a essa complexidade social que expressa múltiplas visões de justiça e muitas interpretações da mesma Constituição. Os princípios jurídicos expressam a civilidade jurídica, valores fundamentais para assegurar o vínculo social que permite que as pessoas convivam juntas (ZACCARIA, 2015, p. 606).

Nesse sentido, a epistemologia hermenêutica fenomenológica tenta superar essas afirmações de certeza dedutivas que ocorrem na formação da jurisdição e do Processo na atualidade. A lógica racional e a lógica formal ainda exercem influência ampla no *thema decidendum* e no *thema probandum*, com consequência exasperada no fechamento do ciclo lógico-dedutivo resumindo o fenômeno conflitológico de interesses a meras justificações e evidências, tidas como verdades absolutas em razão de uma epistemologia fundada na lógica. De outro lado, a partir da análise hermenêutica-fenomenológica do fenômeno conflitual desvelado pelo objeto do debate processual, ocorre a desconstrução da lógica formal lógico-dedutiva de maneira a possibilitar a compreensão do fenômeno a partir dessa reavaliação da epistemológica, pois centra-se na existência, dimensão fundamental da condição humana.

Os percalços da interpretação jurídica tornam-se agudos em um momento de grande complexidade social, pois o Direito é, por excelência, na sociedade, chamado a construir modelos de convivências. O enfoque hermenêutico, por outro lado, torna-se especialmente importante quando é visto como uma práxis social interpretativa “[...] *una cuestión hermenéutica por excelencia es la de la relación entre los diferentes mundos culturales, el de la interacción dialógica y comunicativa entre diferencias*”, diferenças expressas no “[...] *pluralismo que caracteriza las sociedades*

textual, y dentro de ésta, a la versión historicista centrada en la psicología del autor, con su pretensión de interrogarle para poner de manifiesto el sentido del enunciado normativo. Y, sin embargo, la concepción objetiva, alude a un modo de entender el Derecho muy diferente. Emancipado de la voluntad del legislador, el Derecho adquiere una sustancialidad y un perfil metafísico en los que es inútil dirigirse al autor, ya que el enunciado adquiere sentido por sí mismo, conformando una especie de ser que ha de hacerse presente en cada momento histórico. De este modo, pues, el protagonismo se traslada a la aplicación del Derecho, con lo que autor y lector vienen a hacerse equivalentes.” (CARRERES, 2011, p. 221-239 e p. 236-238).

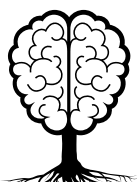




contemporâneas representa un terreno y un contexto particularmente propicio para el desarrollo de un enfoque hermenéutico.” (ZACCARIA, 2015, p. 604).

O jurista contemporâneo não pode refugiar-se na especulação e fechar os olhos para a realidade, não se resignando a ser puro exegeta do direito escrito (BIONDI, 1953, p. 161), ou, de outro lado, ignorando os avanços científicos proporcionados pela filosofia hermenêutica, superadoras do solipsismo/idealismo jurídico. Participação, cooperação, colaboração e boa-fé processual são princípios norteadores do processo civil atual, princípios que denotam a dialética processual construtora do direito.¹⁸⁵

¹⁸⁵ “En la experiencia hermenéutica, como han aclarado Heidegger y Gadamer, superando la perspectiva psicologista de Schleiermacher, el significado es siempre intersubjetivo, se produce y se esclarece dentro de un diálogo interpretativo, para el cual el comprender es siempre primariamente un abrirse y, por tanto, un relacionarse. Es preciso por eso analizar el acto de la comunicación, cuyos participantes, al compartir un lenguaje, se colocan en un contexto de significados previamente compartidos.





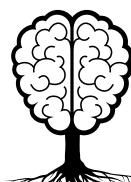
5 CONCLUSÃO

El coste de la experiencia individual del juicio aspira socializarse en cada nueva hipótesis. Esta fuerza vital expansiva del juicio jurisdiccional es como la savia que vivifica el ordenamiento jurídico y que le insufla su continuo dinamismo, vedando por lo tanto cualquier consideración estática. Esta vocación trascendental del juicio se logra a través de la jurisprudencia. Aquí, más allá de la culminación del proceso, se observa el derecho en la vida misma, cumpliendo la función específica que le está encomendada en la realidad social. Con palpable exactitud puede decirse que en este momento se cierra el ciclo del problema derecho-proceso. (MENDEZ, 1979, p. 227).

A contraposição entre os paradigmas científicos realizados no trabalho buscou evidenciar a necessidade de uma nova visão da ciência processual. A análise na ciência processual hodierna revela que o processo, ainda está assentada sob um paradigma científico proveniente de séculos passados, pois continua preso ao processo romano-canônico e assentado na dualidade processual, metafísica responsável por cingir fato e direito e por assentar o direito sob um positivismo que já não corresponde aos atuais anseios democráticos. Restou evidenciado, também, que pelo paradigma moderno o pensamento jurídico classifica o conteúdo material das normas como algo essencial e, em detrimento, classifica a norma processual como algo meramente adjetivo, criando uma divisão entre norma de direito material e norma processual, reduzindo a segunda a ser um aditamento necessário por razões práticos-organizativas, tão somente.

A pesquisa evidenciou que com o paradigma moderno/cartesiano/mecanicista, o direito é invadido por uma epistemologia centrada na razão fechada, onde o conhecimento avança pela especialização, sendo tanto mais rigoroso quanto mais restrito é o objeto sobre o qual incide. Por essa

Mediante la comunicación de significados se realiza y se instaura la cooperación social, una práctica común de discurso y de acción. La comunicación es particularmente importante para el derecho, el cual tiene entre sus principales objetivos precisamente el aceptar y promover la comunicación entre sujetos que son entre sí diversos y lejanos. El derecho mismo es en cierto sentido comunicación.” (VIOLA; ZACCARIA, 2007, p. 129-130).

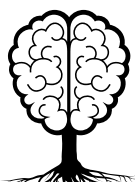




epistemologia, o direito cria uma cisão entre as demais ciências, fechando-se no “mundo jurídico”, ciência apartada das ciências sociais, físicas, biológicas, antropológicas e etc. A esse paradigma, importante ressaltar, pode ser reconhecida a democratização da ciência noutras épocas (a verdade não mais pertence ao subjetivismo dos poderosas), bem como progressos no campo científico e filosófico; porém, sua nocividade passa a refletir na medida em que se adentra no século XX, momento em que se torna uma *inteligência cega*, fechada em sua objetividade e especialização.

Através do paradigma moderno, o direito e o processo inserem-se em um contexto de democracia sólida, reflexo também da construção política do momento, onde imperava a separação de poderes, a constitucionalização formal do direito e a racionalização do direito pela lei. A democracia sólida exprime um consensualismo e o desaparecimento de política junto à sociedade, onde os conflitos que exasperam à norma não adentram no mundo jurídico, e aqueles que adentram são enquadrados conforme a prescrição legal, sem ser considerado suas particularidades: da mesma forma que se buscou a despolitização social, a principal forma de despolitizar a intervenção dos juristas e apresentar o veredito jurídico como uma opção puramente científica, apartada dos fenômenos sociais, deu-se a partir da construção dos juristas como acadêmicos distantes e neutros, com história jurídica formalista, erudita e afastada das questões sociais, construindo teorias colossais.

No direito processual, o paradigma moderno realiza a passagem da procedimentalização à cientificação do processo civil, inaugurando a autonomia do direito processual como ciência apartada do direito material, desvelando a existência de uma relação pública com o Estado, o que cria uma relação diferente da relação material (ação material/ação processual) e indo além do procedimentalismo, que apenas ditava um procedimento para aplicar o direito material. Entre as maiores conquistas da modernidade, a proteção da subjetividade manifestou a filosofia da época, pelo fortalecimento do indivíduo pelos direitos fundamentais,



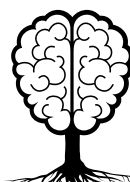


cujo reflexo foi a cientifização do direito processual e a construção das teorias da ação. A criação da ciência processual denota a superação da exegese pelo método do sistema e a criação de teoria do processo, entretanto, a proposição cartesiana de que somente as verdades claras e evidentes poderiam ser aceitas pela ciência marcam o contorno das ideias racionalistas, incidindo diretamente para a posterior formação do processo civil.

Em um primeiro momento, no vigor das teorias da ação e sua problemática com o direito subjetivo levou a uma visão subjetivista da jurisdição: está se concebe como a função do Estado que tutela os direitos subjetivos dos particulares. Na medida em que a ciência descobre os direitos subjetivos, ocorre uma mudança importante na instituição: se insiste que a jurisdição estabelece fundamentalmente para a atuação do direito objetivo promulgado pelo Estado; ou seja, ao exercitar a jurisdição o juízo substituiria a vontade da lei, da norma jurídica. Este influxo de pensamento foi reavivado pela corrente positivista e pelo descobrimento da norma jurídica. Esse pensamento é o reflexo do dualismo direito-processo; este dualismo impediu descobrir o verdadeiro significado da jurisdição com relação ao direito, qual seja a sua missão de criar a norma, o direito ao caso concreto. O direito mesmo só existe em juízo.

O dualismo, iniciado pelos romanos, foi asseverado pela doutrina legalista e pandectista, mas na atualidade é totalmente injustificada e não corresponde com a realidade, *pois se limita a conceitos*. Assim, a perspectiva clássica do processo é o dualismo processual, reflexo da construção do direito processual como disciplina científica. Por esta visão, direito e processo seriam dois entes diferentes, estando o primeiro ocupado com o problema de fundo do caso concreto, considerando o direito material preexistente ao processo, e o segundo com o procedimento.

Os juízos de *probabilidade* são abandonados em prol da certeza. Nada mais apropriado do que a manutenção da neutralidade do juiz e a supressão da verossimilhança e o procedimento ordinário, onde a sentença

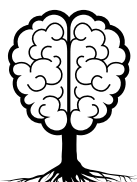




apenas condenatória impera como forma de tutela. Repudia-se o estudo do caso, a tradição e a busca da justiça ao caso concreto, sendo o direito uma ciência racional que prescinde da experiência exata das verdades matemáticas. A partir deste quadro montado pelo direito romano clássico, é evidente que a ciência do direito processual civil nasce baseada tão somente na matemática e na busca da uma verdade do conceito, e comprometida com um direito racionalista. Essa ideologia é responsável, por exemplo, pela formação da tendência a se privilegiar demandas plenárias em detrimento das tutelas sumárias de tutela processual. O procedimento ordinário é capaz de manter a neutralidade do juiz e subsumi-lo à lei, reduzindo a possibilidade de atos de vontade e ordem.

De outro lado, também expressa um sentido nocivo do dualismo no direito processual, o normativismo positivista. Kelsen e Hart acabam por promover uma virada no positivismo, por meio de uma derrota do positivismo exegético para o voluntarismo. Kelsen, principalmente, foi quem impulsionou o voluntarismo judicial como ato de vontade e poder através do normativismo. Nesta senda, na atualidade, o positivismo exegético foi suprimido quase em sua integralidade, porém, impera o positivismo normativista pós-kelseniano, o qual admite decisionismo e protagonismo judicial: o normativismo positivista caracteriza-se por ser autoreferencial e monológico, suprimindo qualquer traço de dialeticidade.

Já no que toca ao paradigma da complexidade, este foi trazido ao trabalho como uma possibilidade de renovação da ciência processual. O direito processual encontra-se inserido em uma sociedade complexa que tem como marco a judicialização de conflitos vários, que busca dar conta de interesses que exasperam o direito como lei, assim como de novas complexidades que desafiam a dogmática. A velocidade com as quais as novas complexidades apresentam-se ao direito exige que a ciência jurídica reconheça no processo local por excelência para adequação texto e contexto, criando-se direito pela decisão judicial, como local para debate democrático-participativo. A produção jurídica do Direito não pode se

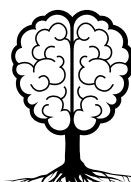




limitar somente ao que é lei (representação), pois a sociedade é complexa e em constante criação e novos conflitos que muitas vezes, por interesses vários, não são absorvidos pelo legislativo, mas que ameaçam/lesionam interesses existenciais. Nem pode, por outro lado, estar a jurisdição a disposição do voluntarismo judicial, a partir da abertura propiciada pela constitucionalização do direito.

A proposta para essa nova visão do direito processual, por um processo justo, pelo paradigma da complexidade, exige que se fale em constitucionalização dos institutos processuais, sejam eles os princípios fundamentais que norteiam o processo, ou os objetos processuais: a principiologia processual revisada pela cooperação e boa-fé processual, a pretensão processual (objeto do debate e objeto do processo) vista a partir de uma abertura dialogal, expressam uma visão democrática e renovada do processo civil. O juízo jurisdicional deve submeter-se ao trâmite processual, onde por modo de alegações as partes expõem sua vivência do direito, aportando o objeto do processo. Estas afirmações são os juízos das partes sobre o seu direito. A afirmação da titularidade do direito legitima a parte, sendo supérfluo buscar as condições da ação. As partes, assim, movem os fios do processo. O juízo, na sequência, adquire abertura participativa por meio de decisões estruturantes, que refletem o que na atualidade se compreende como divisão de poderes.

Com o paradigma da complexidade a constitucionalização do processo civil ganha a força necessária, correspondendo a uma atual e democrática perspectiva constitucional do processo: 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, 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.



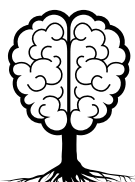


A profunda reforma constitucional operada no sistema jurídico brasileiro consagrou uma série de novos direitos e garantias, próprio das modernas gerações, incluindo a tutela de direitos difusos e coletivos e a proteção do meio ambiente. O processo civil se tornou o campo mais afetado por esta constitucionalização, pois a jurisdição teve de se reestruturar e aderir novos e complexos instrumentos e técnicas processuais para assegurar a tutela ao novo catálogo de direitos e garantias. A democracia atua como invenção constante sem estar apoiada na verdade como palavra de ordem. Uma sociedade democrática encontra-se fundamentalmente comprometida com a necessidade de prover as condições de possibilidade de um desenvolvimento pleno, autônomo, de todos os membros da sociedade.

Nessa senda, a visão dualista aporta uma visão estática do direito, razão pela qual a teoria monista acaba com a dualidade e reduz os dois términos a um problema apenas: a experiência processual do direito, por onde o direito é aquilo que os juízes dizem que é. Esta visão, assevera-se, buscará observar no processo o momento dinâmico do direito.

Para chegar a concretização do juízo, a teoria monista de Darci Guimarães Ribeiro utiliza, ao invés do conceito de ação, o conteúdo do *objeto do processo como pretensão processual, e não como ação*, para determinar o conteúdo do processo, aquilo que se discute, como o direito se apresenta no processo. São os elementos aportados no objeto do debate que servirá de base para o juízo, trazendo assim as singularidades do caso concreto. A partir do que foi compreendido, o direito objetivo deve ser o conjunto dos dados carregados processualmente a partir do debate processual, tangenciado pela normativa do caso que pode ser ampliada ou construída, o que evidencia as complexidades de mundo que não se limitam ao pré-estabelecido.

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

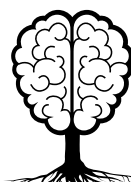




concepção democrática: “observe-se que o processo não busca decisões justas, mas assegura às partes participarem de forma isonômica na construção do provimento”.

Pelo que é asseverado pelo paradigma da modernidade, a arte da conversação vem desaparecendo, estabelecendo-se o monólogo, a monologização da conduta humana. A capacidade para o diálogo é natural ao humano, e a linguagem somente existe na conversação. Porém, o papel da conversação entre as pessoas é variado, pois a incapacidade para o diálogo refere-se mais bem à abertura de cada um aos demais, para que os fios da conversação vá de um a outro. O processo oferece uma segunda chance ao debate, já não mais a nível de lei, senão na escala individual do caso. Ao deixar de ser pura substância política/moral, a Constituição adquire dimensão processual quando se concedem garantias processuais aos direitos Constitucionais. A politização do processo também amplia o poder judicial na forma de decisões regulativas, que manifestam o necessário poder que à jurisdição deve ser reconhecido frente às complexidades que os conflitos coletivos e individuais. Com a possibilidade de decisões regulativas, concretiza-se o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

As complexidades contextuais reavivam a necessária unidade entre processo e direito, buscando-se, a partir disso, observar no processo civil uma abertura democrática à participação social na (re)construção do direito, de modo que o processo não é uma instância meramente declarativa, pois o processo é indissociado do direito. Além disso, também envolve o estabelecimento de políticas e articulações regulatórias, concepção de jurisdição/processo necessária para resgatar a potestade jurisdicional. Ocorre assim uma conexão essencial entre administração da justiça e sociedade, bem como condicionando à segunda a uma evolução da primeira. Hoje em dia é possível apontar uma série de elementos que dão ensejo a um repensar da estrutura da administração da justiça. Dentre esses elementos, de cunho eminentemente social, podemos destacar



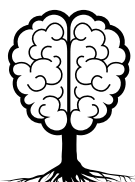


o número cada vez maior de pessoas que desejam uma mudança social na estrutura organizacional do Estado, a consciência de que a sociedade merece um tratamento de qualidade que assegure as garantias previstas nos textos de Lei, a melhoria do acesso a funções públicas estáveis, o crescente número de fiscalização da sociedade aos atos emanados pelo Judiciário, um entendimento maior sobre a atuação dos juízes. Necessário despolitizar a magistratura e repolitizar o processo, como forma de redução dos valorativismos e como forma de adesão de elementos objetivos provenientes do debate processual para construção do direito.

Ao destacar a necessidade de politização do direito e, conseqüentemente do processo, buscou-se apontar que o direito não pode ser neutro, alheio às dinamicidades de mundo, pois uma vez neutro já não mais sustenta-se em um cenário de globalização, onde problemas tecnológicos, econômicos e sociais são novos e muito diferentes do que até então o direito normatizava. Não se buscou, importa destacar, apontar um aumento do poder político na mão do juiz, mas sim uma politização do direito pelo processo civil.

Não se perde com isto o dado palpável da lei, porém sem esta transformação a lei entificar-se-ia. Mesmo em uma perspectiva dualista, se tem admitido ao menos o predomínio da função criativa do juiz; porém, em uma perspectiva monista da jurisdição, não se trata de uma atividade criativa, mas uma atividade consequência da própria natureza da jurisdição: *o processo possui vocação social*. A estrutura do juízo confirma que é a sede aonde se produz a o direito, sem cingir direito e processo, que não vivem apartados dentro de uma sociedade dinâmica e geradora de complexidades. A geração do direito pela dinâmica acaba com o cientificismo exacerbado dos últimos tempos, superando o dualismo entre direito material e processual, fato e direito, silogismo judicial e voluntarismo jurisdicional.

A evolução que se observa desde a passagem do juiz como boca morta da lei até o pensamento que propõe a concreção do ordenamento

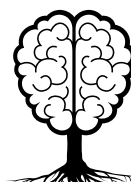




jurídico por obra do juiz, demonstra que a estrutura do juízo jurisdicional é a sede aonde se produz a conjunção direito e processo, que supera a simples atividades das partes, mas sim a geração do direito pela dinâmica processual. Os principais atores, por seu turno, são as partes. A estrutura do juízo confirma que é a sede aonde se produz a o direito, sem cingir direito e processo, que não vivem apartados dentro de uma sociedade dinâmica e geradora de complexidades. A geração do direito pela dinâmica acaba com o cientificismo exacerbado dos últimos tempos, superando o dualismo entre direito material e processual, fato e direito, silogismo judicial e voluntarismo jurisdicional.

Dado que o paradigma da complexidade observa o direito e o processo como ciência, eliminando os subjetivismos, primando pela visão do direito como ciência neutra e sem ideologias, à serviço do progresso humano, e não do poder, sem a cisão entre o que é social e o que é científico e observando sempre como evolução, é mister que o juízo jurisdicional obedeça aos elementos objetivos carreados no processo, junto à hermenêutica fenomenológica, que aceita a interferência subjetiva, pois nenhuma interpretação é pura, entretanto busca eliminar todo o subjetivismo possível. Esta visão coaduna com o que se propõe acerca do paradigma da complexidade no processo civil.

A discricionariedade como consequência do juízo é previsto tão somente em uma perspectiva dualista do processo, pois para o monismo, se trata de uma abertura hermenêutico-interpretativa a partir do objeto do debate processual. A hermenêutica fenomenológica busca a renovação das ciências humanas frente ao domínio das ciências da natureza, referendadas pelo positivismo e pelo racionalismo, o que se coaduna com o paradigma da complexidade que neste trabalho se aponta. A hermenêutica carrega uma carga ontológica (círculo hermenêutico), que busca englobar tanto o sujeito como o objeto – as coisas definidas e as condições da definição. As condições da definição não são somente linguísticas e gnoseológicas, senão sobretudo intencionais. O compreender hermenêutico supõe um



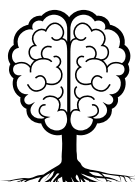


novo tratamento da situação sujeito-objeto, sem alicerçar-se em extremos. A hermenêutica fenomenológica tem como ontologia fundamental a existência, *facticidade*, pois a experiência hermenêutica parte de um mundo de vida, da experiência em sentido radical e pleno, apresentando-se pelas complexidades sociais as quais implicam um sentido de pluralidade vital-cultural.

Desta forma, contraposição entre os paradigmas evidenciou que o paradigma moderno no processo civil não mais comporta a ciência jurídica atual: o paradigma da complexidade no processo civil busca aderir uma ideia de ciência descolada de ideologizações e politizações que visam interesses pessoais, buscando inserir no direito uma ciência que não produza verdades indiscutíveis, mas discutíveis, com especial atenção no debate democrático processual como forma de reconhecer dinamicidade ao direito.

Pelos motivos acima aportados, bem como pelos atuais influxos sociais causados pela globalização, que cria um sem número de novos conflitos, a ora monografia denotou que é evidente que o processo civil precisa ser revisado em sua ciência, principalmente para repensar o que é propagado pelo senso comum teórico no que diz respeito a vários pontos da ciência processual.

A simplicidade das leis constitui uma simplificação arbitrária da realidade que nos confina a um horizonte mínimo para além do qual outros conhecimentos da natureza, provavelmente mais ricos e com mais interesse humano, ficam por conhecer. De outro lado, apoiar-se no subjetivismo do juízo por muito corroe a ciência do direito, o que justifica essa nova visão do Processo Civil posto a transmodernidade, capaz de visualizar a ciência do processo sem “ismos”. Não há regras previas das quais é possível deduzir uma solução, nem tampouco regras empíricas para deduzir uma solução. Porém, não se deve ter na incerteza da ciência um ídolo. A questão é que a opinião equivocada de que a ciência se assenta na sua pretensão de ter razão é quebrada (razão ocidental) por uma visão de que o homem da ciência não possui o conhecimento da verdade, senão



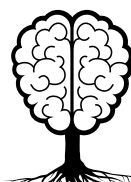


está constantemente se indagando por matrizes críticas sobre a solução. É uma incertidão “criativa”, que obriga ao homem incansavelmente buscar uma solução mais eivada de justiça social e melhor (sempre provisória).

Deste modo, tem-se como respondido o *problema formulado* por esta dissertação,¹⁸⁶ pois uma vez que o paradigma da complexidade adere ao direito elementos como neutralização ideológica dos poderes, cientificidade às decisões, participação e politização social, o processo civil é visto como local de debate dialógico, onde efetivamente ocorre discussão sobre a normativa imposta e consequente destruição de simbologias imbuídas de ideologias (judicial e legislativa), promovendo a tutela judicial efetiva pela colaboração processual (decisão judicial fundamentada no objeto do debate processual), criando-se o direito pela complexidade do caso concreto.

A resposta positiva ao problema formulado confirma a hipótese inicialmente proposta, qual seja a de que a sociedade que hoje se vive é complexa e globalizada, pois é o contexto que absorve toda a complexidade, onde os interesses criam cotidianamente rupturas com as certezas produzidas por um direito apregoadado ao formalismo e dogmatismo. O contexto sobrelevasse ao 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 desnudam o que é complexidade. É precisamente através do processo que se tutela de diversas formas de conflitos, por onde se carrega material para a *interpretação das normas*, buscando o *direito no caso concreto* a partir das complexidades das relações que se desenvolvem na dinâmica social, constituindo o processo uma verdadeira abertura de horizontes para contemplar o direito em sua dinâmica. Reaviva-se assim a discussão sobre o elemento central do processo: é o juízo, porém este visto pelo trabalho de forma *colaborativa* (partes e juiz), que reaviva a chama da experiência

¹⁸⁶ A partir da superação que se propõe é possível que o processo civil realize a tutela judicial efetiva e seja local de democracia participativa, concedendo ao direito a necessária dinâmica existencial, afastando a concepção do direito como lei e/ou vontade do juízo forjada pelo paradigma moderno?



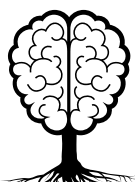


jurídica. O juízo não é local em que é possível caminhar às cegas, sendo necessário *elementos objetivos*, como aqueles aportados no processo civil por seus objetos, para que o juízo não seja *solipsista* e autoritário, vazio de conteúdo democrático, promovendo a tutela judicial efetiva pela colaboração processual.

No mesmo sentido, restou alcançado o *Objetivo Geral* deste trabalho, qual seja desvelar o senso comum teórico acerca do processo civil, delineando bases para se falar de uma passagem do paradigma moderno para o paradigma da complexidade na ciência processual.

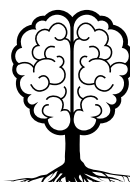
Por tudo que fora exposto, em uma sociedade temos uma série de interesses, hierarquizados sucessivamente pelo processo civil e, quando fundamentalmente justificadas evoluções e adaptações sociais, opera-se a construção da norma, juridicizando expressões do contexto social. A jurisdição, legitimada pelo debate processual atua para a criação do direito no caso concreto e para a evolução do direito. Esse é o reflexo de um direito vivo, de um paradigma complexo da ciência, não mais fechado em um dualismo processual resultado de uma cisão artificial entre processo e direito que opera no fechamento do direito no direito subjetivo/objetivo, resquícios do positivismo no ordenamento jurídico.

O paradigma da complexidade reflete a superação do Estado Liberal de Direito para um Estado Democrático, onde a lei se submete às normas constitucionais, conformadas por princípios e direitos fundamentais, o que exaspera a possibilidade da tutela judicial efetiva. O processo civil, por esta nova perspectiva do direito, mais do que nunca é elementar, pois traz ao direito elementos participativos e construtivos para a criação judicial, legitimando as decisões pelo processo justo, colaborativo, dialogal e fundamentado. Ainda, em um Estado Constitucional, a decisão judicial não somente é proferida por um funcionário burocrata, mas deve ser reconhecido ao juiz medidas estruturantes em suas decisões, para que o processo ganhe potência prática; ou seja, que na prática sejam protegidos os direitos constitucionais resguardados pelo processo civil.





Por tudo que foi dito, conclui-se complexidade do mundo reflete a necessidade de uma mudança necessária no modo de entender e fazer a ciência processual, buscando-se ver o processo como local de debate e participação democrática para a construção do direito, buscando-se a tutela judicial efetiva tendo como principal exigência um processo civil revalorizado e visto como imprescindível para a dinâmica existencial do direito, em vista de sua relação orgânica e substancial com este.





REFERÊNCIAS

ALONSO, Pedro Aragoneses. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid: Aguilar, 1960.

ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

AMADO, Juan Antonio García. *Filosofía Hermenéutica y Derecho*. *Azefea, Revista de Filosofía, Salamanca*, n. 5, p. 191-211, 2003.

AMADO, Juan Antonio García. *Sobre Constituciones, Proceso y Derecho*. *Prólogo a: Henrique Pozo Cabrera, Derecho procesal constitucional*. Cuenca, Ecuador: Universidad Católica de Cuenca, 2015.

ANGEL-MAYA, Augusto. *La Aventura de los Símbolos: um visión ambiental de la historia del pensamiento*. Bogotá: Econfondo y Fundación Colombia Multicolor, 2014.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem Fronteiras. Entre Globalização e Pós-Globalização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

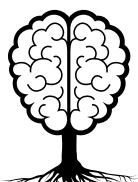
ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. In: AROCA, Juan Montero; VELLOSO, Adolfo Alvarado (coord.). *Proceso Civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant to Blanch, 2006.

AROCA, Juan Montero. *Introducción al Derecho Jurisdiccional*. Peru: Enmarce, 1999.

ATIENZA, Manuel. Entrevista a François Ost. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, v. 40, p. 387-413, 2017.

BECHTEL, William. *Filosofía de la mente. Una panorámica para la ciencia cognitiva*. España: Tecnos, 1991.





BENAVENTE, Omar Sumaria. La Sociedad de la Decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del proceso. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal PUC-P*, Perú, v. 4, n. 1, p. 1-28, 2010a.

BENAVENTE, Omar Sumaria. La Sociedad de la Decepción: el sistema de la tutela jurisdiccional y la crisis del Sistemas Procesales: el sistema de la tutela jurisdiccional y la relación con el sistema político. *Thëmis*, Perú, n. 58, p. 11-22, 2010b.

BERIZONCE, Roberto O. Activismo Judicial y Participación en la Construcción de las Políticas Públicas. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 3, p. 46-74, sept./dic. 2010a.

BERIZONCE, Roberto O. Bases para Actualizar el Código Modelo Procesal Civil para Iberoamérica. *Thëmis*, Perú, n. 58, p. 184-197, 2010b.

BERIZONCE, Roberto O. Ideologías y Proceso. *REDP*, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 2, p. 470-515, maio/ago. 2017.

BERIZONCE, Roberto O. Procesos Colectivos de Interés Público y Funcion de Garantía para la Efectividad de los Derechos Fundamentales. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, Colombia, n. 39, p. 365-382, 2013.

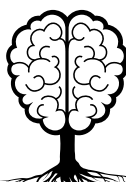
BERMAN, Marshall. *Todo Lo Solido Se Desvanece en el Aire: la experiencia de la modernidad*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1988.

BIONDI, Biondo. *Arte y Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1953.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html. Acesso em: 2 nov. 2018.

BRUS, Florence. *Le Principe Dispositif et le Proces Civil*. 2014. 423 p. Thèse (Docteur en Droit) – Université de Pau et des Pays de L’adour, [Mont-de-Marsan](http://www.mont-de-marsan.fr), 2014.

BRUTAU, José Puig. *A Jurisprudência como Fonte do Direito*. Porto Alegre: Coleção AJURIS, 1977.





CALAMANDREI, Piero. *Estudos de Direito Processual na Itália*. Campinas: LZN Editora, 2003.

CALAMANDREI, Piero. *La Casación Civil. Tomo I. Historia y Legislaciones*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1945.

CALAMANDREI, Piero. *Opere Giuridiche*. oli: Morano Editore, 1968. v. 1.

CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAPONI, Remo. Autonomia Privada e Processo Civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 13, 2009.

CAPONI, Remo. Diritti Sociali e Giustizia Civile: Eredità Storica e Prospettive di Tutela Collettiva. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, ano 62, v. 202, n. 1, gernaio/marzo 2012.

CAPRA, Fritjof. *El Tao de la Física. Una exploración de los paralelismos entre la física moderna y el misticismo oriental*. 9. ed. Malagra: Sirio, 2000.

CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 10. ed. Paris: EJA, 2001.

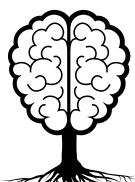
CARNELUTTI, Francesco. *Arte del Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – America, 1948.

CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Geral do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1942.

CARRATA, Antonio. La funzione sociale e processo civile, fra XX e XXI secolo. In: MACARIO, Francesco; MILETTI, Marco Nicola (org.). *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*. Roma: RomaTrE-press, 2015.

CARRERES, Joaquín Almoguera. Filosofía Hermenéutica y Filosofía del Derecho. *Icade, Revista Cuadrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 82, p. 221-239, 2011.





CASTORIADIS, Cornelius. *As encruzilhadas do labirinto*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

CHARLES, Sébastien. *Cartas sobre a hipermodernidade*. São Paulo: Barcarolla, 2009.

CHASE, Oscar G. *Derecho, Cultura y Ritual. Sistemas de Resolución de Controversias en un Contexto Intercultural*. Barcelona: Marcial Pons, 2011.

CHAUMET, Mario E.; MENICOCCI, Alejandro A. El Proceso Civil ante la Crisis de la Subjetividad Moderna. *Investigacion y Docencia*, v. 23, p. 51-58, 1994.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CINCA, Carlos Diego Martínez. Paradojas de la “Soberanía Popular”. Un Análisis en Clave Filosófica. *RYD, Revista República y Derecho*, Cuyo, Mendoza, v. 3, p. 1-26, 2018.

COMMAILE, Jacques. Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités. *Droit et Société*, n. 76, p. 695-713, 3. bim. 2010.

COUTURE, Eduardo J. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1978.

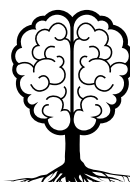
COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1951.

COVER, Robert. *Derecho, Narracion y Violencia: Poder Constructivo y Poder Destructivo*. En la Interpretacion Judicial. Barcelona: Gedisa, 2002.

CRUZ, Manuel. *Ser sin Tiempo*. Barcelona: Herder, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del Proceso Legal*. Santiago: Editorial Juridica del Chile, 1986.

DE LA TORRE, Alberto Clemente. *Física Cuántica para Filósofos*. Mexico: Fondo de Cultura Economica, 2008.





DEL VALLE, Agustín Basave Fernández. *Filosofía del Derecho: Fundamentos y Proyecciones de la Filosofía Jurídica*. México: Porrúa, 2001.

DEVANEY, Robert L. *An Introduction to Chaotic Dynamical Systems*. New York: [s. n.], 1989.

DÍAZ, Vicente Lozano. *Hermenéutica y Fenomenología: Husserl, Heidegger y Gadamer*. Valencia: Edicep, 2006.

DINAMARCO, Candido R. *Instrumentalidade do Processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. *Jurisdicción, Acción y Proceso*. Barcelona: Atelier, 2008.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Liberalización y socialización del proceso civil. In: CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL, 5., 1971, México, 1971. *Anales* [...]. México, 1971.

D'ORS, Alvaro. *Principios para una Teoría Realista*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Madrid: Anuario de Filosofía del Derecho, 1953.

ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao Positivismo Jurídico: Princípios, Regras e o Conceito de Direito*. Porto Alegre: Fabris, 2001.

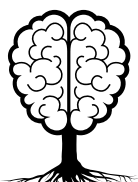
ENGELMANN, Wilson. O Ensino Jurídico no Cenário da Emergência das Nanotecnologias. In: PETRY, Alexandre; MIGLIAVACCA, Carolina (org.). *Ensino Jurídico no Brasil: 190 anos de histórias e desafios*. Porto Alegre: OAB/RS, 2017.

FENOLL, Jordi Nieva. Imprecisiones Privatistas de la Ciencia Jurisdiccional. *Justicia*, n. 3-4, p. 295-343, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris*. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

FERRER, Luis Alfredo Brodermann. La Unidad de la Relación Jurídico-Procesal. In: FRÖDE, Carina Gómez; CARILLO, Briseño García (coord.). *Nuevos Paradigmas del Derecho Procesal*. México: Unam, 2016.





GADAMER, Hans Georg. *El estado oculto de la salud*. Barcelona: Gedisa, 2009.

GADAMER, Hans Georg. *El Giro Hermenéutico*. Barcelona: Catedra, 2007.

GADAMER, Hans Georg. *Verdad y método*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1998.

GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Metodo*. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1999.

GALIMBERTI, Umberto. *Psiche e Techne: L'uomo nell'età della tecnica*. Milão: Giangiacomo Feltrinelli Editore Milano, 2002.

GANUZAS, Francisco Javier Ezquiaga. *Iura Novit Curia y Aplicación Judicial del Derecho*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2000.

GEHLEN, Arnold. *El Hombre. Su Naturaleza y su Lugar em el Mundo*. 2. ed. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987.

GORDILLO, Agustín. *Introducción al Derecho: Derecho público y privado. Common-Law y derecho continental europeo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *El Debido Proceso: estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2017.

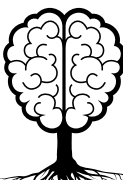
GROSSI, Paolo. *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre Poder e Ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUILLEN, Víctor Fairen. Bases uniformes de legislación procesal. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO PROCESAL, 5., 1970, Bogotá. *Anais [...]*. Bogotá, 1970.

HAN, Byung-Chul. *Hiperculturalidad*. Barcelona: Herder, 2018.

HAN, Byung-Chul. *Por favor cierra los ojos. A la búsqueda de otro tiempo diferente*. Barcelona: Herder, 2016.





HAN, Byung-Chul. *Tipología de la Violencia*. Barcelona: Herder, 2013.
HENRÍQUEZ, Fernando José Vergara. *Sociohermenéutica trágica de la modernidad. Razón, interpretación e identidad*. Chile: Universidad Católica Silva Henríquez, 2015.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milénio*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2017.

JOBIM, Marco Félix. *Medidas Estruturantes: Da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

JOBIM, Marco Félix. *Teoria, História e Processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JUNG, Carl Gustav. *O Homem e seus Símbolos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1964.

JUNOY, Joan Picó I. El Derecho Procesal entre el Garantismo y la Eficacia: un debate mal planteado. *Derecho y Sociedad*, ano 23, n. 38, p. 274-281, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

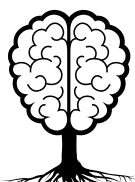
LATOUR, Bruno. *Jamais Fomos Modernos*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

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

LATOUR, Bruno. *The Making of Law*. Malden: Polity Press, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos Hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004.





LÓPEZ, Antonio Marino. Diálogo y Phrónesis en el Pensamiento de H.-G. Gadamer. Meditación de sus aporías. In: CAMPOS, Raúl Alcalá; ESCOBAR, Jorge Armando Reyes (org.). *Gadamer y las Humanidades: Filosofía, Historia, Ciencias Sociales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

LOPEZ, Modesto Saavedra. *Interpretación del Derecho y Critica Juridica*. México: Fontamara, 1994.

LOPEZ, Modesto Saavedra. La legitimidade judicial en la crisis del imperio de la ley. *Jueces para la democracia*, n. 18, p. 3-9, 1993.

LÓPEZ, Sonia Calaza. Una Aproximación Procesal de Acción. *UNED*, n. 6, p. 113-143. 2010.

LUISS, Guido Carli. 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, Giurisprudenza*, n. 2, 2005.

LYOTARD, Jean François. *La Condicion Postmoderna*. Catedra: Madrid, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

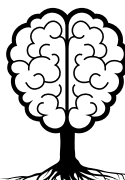
MATURANA, Humberto. *La Objetividad. Un Argumento para Obligar*. Santiago de Chile: Dolmen, 1997.

MENDEZ, Francisco Ramos. *Derecho y Proceso*. Barcelona: Bosch, 1979.

MIGUEL, Carlos Ruiz. Nuevos Desarrollos de la Teoría de los Derechos Fundamentales como retos para el Derecho Procesal Constitucional. *Vox Juris*, Lima-Perú, n. 31, p. 134-142, 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. *Sistema de Ciência Positiva do Direito. Introdução à Ciência Positiva do Direito*. Campinas: Bookseller, 2000.

MONCADA, L. Cabral. O Processo perante a Filosofia do Direito. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, Portugal, v. 1, p. 55-100, 1961.





MORELLO, Augusto M. *El Derecho y Nosotros*. La Plata: Librería Editora Platense, 2000.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005a.

MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 2005b.

NUSSBAUM, Martha. *El ocultamiento de lo humano: repugnancia, vergüenza y ley*. Buenos Aires: Kartz, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Efetividade e Processo de Conhecimento*. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Carlos%20A%20de%20Oliveira%283%29%20-formatado.pdf>. Acesso em: 9 out. 2018.

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

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

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

PALMER, Richard E. *Hermeneutica*. Lisboa, Portugal: Edições 70, 1969.

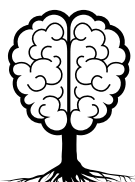
PASSOS, J. J. Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo: julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. La giurisdizione come emanazione della sovranità. *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, Roma, n. 2, p. 43-78, giovane editore, 2011.

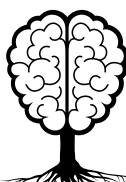
PISANI, Andrea Proto. Público e Privado no Processo Civil na Itália. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 16, p. 22-42, 2001.

POPPER, Karl. *A Miséria do Historicismo*. São Paulo: Edusp, 1980a.





- POPPER, Karl. *Conjecturas y Refutaciones*. Brasília, DF: Ed. UnB, 1980b.
- PRIGOGINE, Ilya. *El nacimiento del tiempo*. Buenos Aires: Metatemas, 2006.
- PUGA, Mariela. *Litigio Estructural*. 2013. 250 p. Tese (Doutorado em Direito) – Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2013.
- RANCIÈRE, Jacques. *O Desentendimento Político e a Filosofia*. São Paulo: Editora 34, 1996.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- REGNASCO, María J. *El Poder de las Ideas: El carácter subversivo de la pregunta filosófica*. Editorial Buenos Aires: Biblos, 2004.
- RHEE, C. H. Van. *Evolución del Derecho Procesal Civil en Europa: como el juez activo se convirtió en lo normal*. Belgium: Antwerpen, Oxford, 2005.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. *Da Tutela Jurisdiccional às Formas de Tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. 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, Darci Guimarães. *La Pretensión Procesal y la Tutela Judicial Efectiva*. Barcelona: Marcial Pons, 2004.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. Objeto do Processo e Objeto do Debate: dicotomia essencial para uma adequada compreensão do Novo CPC. In: JOBIM, Marco Félix; RIBEIRO, Darci Guimarães (org.). *Desvendando o Novo CPC*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O Sobre-princípio da boa-fé processual como decorrência do comportamento da parte em juízo. *Revista Forense*, v. 381, p. 57-70, 2005.





ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1998.

ROCHA, Leonel Severo. O Direito, A ciência e a Educação: Relações Intersistêmicas. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 129-153, 2018.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica Filosófica: uma configuração entre amizade aristotélica e dialética dialógica. *Síntese*, Belo Horizonte, v. 31, n. 100, 2004.

ROUSSEAU, Dominique. La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles. *Confluences Méditerranée*, n 73, p. 31-36, 2. sem. 2010.

SANTOS, Andrés de la Oliva. *Escritos sobre Derecho, Justicia y Libertad*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. El uso Contra-Hegemónico del Derecho en la Lucha por una Globalización desde Abajo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, España, n. 39, p. 363-420, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7. ed. Porto: Edições Afontamento, 1994.

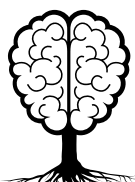
SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Paulo Junior Trindade dos. *Filosofia do Direito Processual (da jurisdição ao processo): o fenômeno conflitológico de interesses como gênese do direito*. 2018. 844 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2018.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971a.

SATTA, Salvatore. *Soliloquios y Coloquios de un Jurista*. Buenos Aires: Ediciones Juricias Europa-America, 1971b. v. 3.

SCHUTZ, Alfred; LUCKMANN, Thomas. *Las estructuras Del mundo de La vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.





SCIALOJA, Vittorio. L'arbitrio del legislatore nella formazione del diritto positivo. In: REINA et al. (per cura). *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze. Terza Riunione*. Padova: Società Italiana per il Progresso delle Scienze, 1909.

SICHES, Luis Recásens. *Nueva Filosofía de la Interpretacion del Derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa, 1973.

SICHES, Luis Recásens. *Tratado Geral de Filosofia del Derecho*. 10. ed. México: Editorial Porrúa, 2008.

SILVA, Fernando Laércio Alves da. 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, Ovídio A. Baptista. Democracia Moderna e Processo Civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (org.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

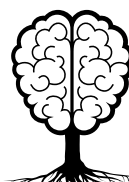
SILVA, Ovídio A. *Processo e Ideologia*. Porto Alegre: Forense, 2006.

SMART, Barry. *A Pós-Modernidade*. Mem-Martins, Portugal: Edições Europa América, 1993.

SOTELO, José Luis Vázquez. In: JORNADAS DEL INSTITUTO IBEROAMERICANO, 18., 2002, Montevideo. *Anales [...]*. Montevideo, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e Ensino Jurídico em Terrae Brasilis. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, v. 46, p. 27-50, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e (pos) positivismo: por que o ensino jurídico continua de(sin)formando os alunos. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010a.





STRECK, Lenio Luiz. La Expansión de la Hermenéutica Filosófica en el Derecho. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 35, p. 217-233, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) Positivismo e os Propalados Modelos de Juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – Dois Decálogos Necessários. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, p. 15-45, jan./jun. 2010b.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TARUFFO, Michele. El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales. *Ius et Praxis*, Talca, v. 12, n. 1, p. 69-94, 2006. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-00122006000100004&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 28 oct. 2016.

TARUFFO, Michele. Jueces y Política: de la subordinación a la dialéctica. *Isonomía*, n. 22, abr. 2005.

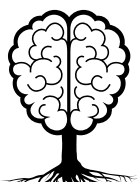
TOURRAINE, Alain. *Podemos vivir juntos: el destino del hombre em la aldea global*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1996.

VARELA, Francisco J.; THOMPSON, Evan; ROSCH, Eleanor. *De Cuerpo Presente. Las ciencias cognitivas y la experiencia humana*. 2. Ed. Barcelona: Gedisa, 1997.

VIAL-DUMAS, Manuel. Los Jueces y la Ciencia del Derecho em el Nuevo Orden Constitucional, uma Comparación entre el Mundo Premoderno y la Posmodernidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 112, p. 177-204, 2018.

VILAR, Sergio. *La Nueva Racionalidad. Comprender la Complejidad con métodos transdisciplinarios*. Barcelona: Editorial Kairós, 1997.

VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito: Definições e fins do direito. Os meios do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.





VIOLA, Francisco. Il diritto come arte della convivenza civile. *Rivista di filosofia del diritto*, Bologna, p. 57-74, june 2015.

VIOLA, Francisco; ZACCARIA Giuseppe. *Derecho e Interpretación. Elementos de Teoría Hermenéutica del Derecho*. Madrid: Dykinson, 2007.

WARAT, Luis Alberto. *A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. v. 2.

WILD, Rodolfo. *A Epistemologia do Princípio do Livre Convencimento: reminiscência de um paradigma autoritário no processo no âmbito do novo código de processo civil*. 2016. 245 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

ZACCARIA, Giuseppe. De nuevo sobre la Interpretación y los Principios Jurídicos. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 44, p. 281-292, 2010.

ZACCARIA, Giuseppe. Dimensiones de la Hermenéutica Jurídica e Interpretación Jurídica. *Persona y Derecho, Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, Salamanca*, n. 35, p. 227-266, 1996.

ZACCARIA, Giuseppe. Hermenéutica jurídica, comprensión del derecho. In: LLANO, Cristina Hermida del; ARNAIZ, José Antonio Santos (coord.). *Una filosofía del derecho en acción: homenaje al profesor Andrés Ollero*. Madrid: Editorial Congreso de los Diputados, 2015.

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

